Dictamen DNCP/DJ N° 3109/22

DATOS DEL PROCEDIMIENTO

Procedimiento Jurídico:	Investigación.
Fecha de Dictamen:	12/4/2021
ID:	412737
Procedimiento de Contratación:	Licitación Pública Nacional
Modalidad Complementaria:	Subasta a la Baja Electrónica.
Nombre de la Licitación:	"Provisión de alimentos sólidos para el servicio de desayuno y Merienda Escolar – Plurianual 2022/2023.
Entidad Convocante:	Ministerio de Educación y Cultura.
Denunciante:	Sistema de Gestión de Denuncias Caso N°114/22.
Tema General:	Pliego de Bases y Condiciones.
Tema Específico:	EE.TT. limitativas, restrictivas o Direccionadas.

RESULTADO

1. Disponer el cierre de la denuncia individualizada como Caso N°114/22.

2. Comunicar a quienes corresponda y cumplida archivar.

CUESTIÓN CONTROVERTIDA

Del escrito de denuncia se desprende el interés del denunciante en la reformulación de los requisitos establecidos en el Pliego de Bases y Condiciones.

Específicamente lo referente a la experiencia requerida del ITEM 1 - **FRUTA FRESCA BANANA** - RACION DE DOS UNIDADES Y EL ITEM 2 "**GALLETITAS DULCES SABOR VAINILLA**".

Que la argumentación expuesta por el denunciante hace referencia a criterios puntuales de calificación, específicamente en relación a la capacidad de cumplimiento del requisito de los oferentes que tengan interés en participar, por lo tanto, estos potenciales oferentes -que se encuentran interesados en participar- son los que cuentan con un interés legítimo de impugnar requisitos por los cuales se sientan agraviados, por considerarlos limitantes; y la vez éstos se vuelven coadyuvantes del Estado y se encuentran sometidos al deber de colaboración para que la entidad logre el fin del interés público que persigue.

Abg. Tania Ledesma
Direccion Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Mg. Eugenia Otazo
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

En este sentido, se ordena el cierre del Caso N°114/22, al constatarse un interés particular en la convocatoria, y en razón a que la vía de impugnación no es la denuncia sino la protesta, de conformidad a lo establecido en el art. 142 del Decreto Nº2992/19.

DENUNCIA:

Ingresa denuncia con protección de identidad, en fecha 05/06/2022, a través del Módulo de Investigaciones Electrónicas, individualizada como CASO 114/21, que expresa cuanto sigue:

"Por la presente vengo a realizar denuncia fundada por hechos irregulares en el llamado de licitación realizado por el Licitación 412737 - LPN SBE N° 04/2022 "PROVISION DE ALIMENTOS SOLIDOS PARA EL SERVICIO DE DESAYUNO Y MERIENDA ESCOLAR PLURIANUAL 2022/2023

HECHOS

Que el mismo PBC solicita cuanto sigue:

*PARA EL ITEM 1 - **FRUTA FRESCA BANANA** - RACION DE DOS UNIDADES Y EL ITEM 2 "**GALLETITAS DULCES SABOR VAINILLA**"*

El oferente deberá proporcionar evidencia documentada que demuestre su cumplimiento con los siguientes requisitos de experiencia:

*a) Se estudiará la antigüedad del oferente en el **ramo de producción y venta o distribución de productos alimenticios;** y a tal efecto deberá acreditar poseer experiencia mínima de 2 años en el rubro a ser cotejado con la inscripción en la SET, en los rubros correspondientes a elaboración y/o venta y/o distribución de productos alimenticios.*

*b) Acreditar haber proveído satisfactoriamente en **concepto de "productos alimenticios"** a instituciones públicas y/o privadas del mercado nacional, en la sumatoria de los años 2018, 2019 y 2020, como mínimo el 30% (treinta por ciento) del monto total ofertado en la presente licitación, a cuyo efecto deber presentar:*

- Contratos con sus respectivas recepciones finales y/o constancias de presentación satisfactoria expedida por la contratante o cliente receptor de los bienes/servicios proveídos.; y/o

Abg. Tania Ledesma
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Ma. Ingenia Utazo
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

- Facturas contado; y/o

- Facturas crédito, con sus correspondientes recibos de cancelación de pago o documento que acredite haber percibido el pago respectivo o sus respectivas recepciones finales y/o constancias de prestaciones satisfactorias expedida por la contratante o cliente receptor de los bienes/servicios proveídos.

A dicho efecto, podrán presentarse la cantidad de contratos y/o facturas que fueren necesarios para acreditar el volumen o monto solicitado, siempre que hayan sido formalizados en el periodo mencionado, y la documentación que acredite un desempeño satisfactorio.

Al emitir unos requisitos totalmente fuera del ámbito de lo que se quiere contratar la convocante evidentemente no ha evaluado ni se ha percatado de que no se puede comparar la provisión de por ejemplo yerba o azúcar con la provisión de BANANA o GALLETITAS, y viendo que en el caso de BANANA es más grave aún la dejadez con que emiten requisitos ya que este producto primeramente esta reglado por Ley y protege tanto a la alimentación escolar como la producción Paraguay y se estaría cercenado la posibilidad de productores de poder ofertar productos naturales porque al permitir que cualquier posible oferente que nunca se haya dedicado a la producción y venta de banana podría saber que se requieren de múltiples registros que no se tienen en cuenta en el presente llamado y dando paso a que empresas que no se dedican al rubro en este caso específico de producción y venta de banana puedan ofertar y muchas de estas empresas ya conocidas como empresas de amigos o empresas de maletín lo que buscan es facilitar la participación omitiendo la necesidad de presentar documentación inherentes a la producción de la banana. Y como se ha visto recientemente por publicaciones periodísticas que muchas empresas solo buscan lavar su dinero mediante licitaciones compitiendo supuestamente a precios irrisorios o en otros casos precios abultados para compensar la ayuda prestada para poder competir.

Solicitamos a DNCP intervenga en el presente llamado y solicite que el llamado se ajuste a lo que verdaderamente se quiere contratar. Son muchos los productores de bananas en el país y muchas más son las fábricas de galletitas por lo que nunca se podría limitar la participación si se solicita que la experiencia sea acorde a lo que se quiere comprar ya sea experiencia en banana para los que oferten banana y galletitas para los que oferten galletitas. Y no maquillar el llamado facilitando el ingreso de empresas de maletín o lavadoras de dinero que solo pretender participar para esconder de donde realmente proviene su dinero. La corrupción ya ha hecho mucho daño a nuestro país y por eso pedimos que se tenga en cuenta lo que corresponde como se dice vulgarmente "zapatero a sus zapatos".

Abg. Tania Ledesma
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Ma. Eugenia Díaz
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

Por todo lo manifestado en la presente denuncia solicito Sr Director

1 téngase por formulada la presente denuncia y ordene ADECUACION DEL PBC CONFORME A LAS LEYES VIGENTES.

2 ordenar como medida de prudencia administrativa a la convocante prorrogue el plazo del llamado para realizar las adecuaciones conforme a la legislación vigente.

SERA JUSTICIA".

ACUMULACIÓN DE CASOS:

No aplica.

ANTECEDENTES/PEDIDOS DE INFORME:

No aplica.

NOTIFICACIONES:

No aplica.

CONTESTACIONES:

No aplica.

ANÁLISIS:

Del escrito de denuncia se desprende el interés del denunciante en la reformulación de los requisitos establecido en el Pliego de Bases y Condiciones.

Específicamente lo referente a la experiencia requerida del ITEM 1 - **FRUTA FRESCA BANANA** - RACION DE DOS UNIDADES Y EL ITEM 2 "**GALLETITAS DULCES SABOR VAINILLA**".

Alega que tales requisitos estarían cercenados la posibilidad de productores de poder ofertar productos naturales, al permitir que cualquier posible oferente que nunca se haya dedicado a la producción y venta de banana podría saber que se requieren de múltiples registros que no se tienen en cuenta en el presente llamado.

Abg. Tania Ledesm
Dirección Jurídica - DNCP
Abogada Instructora

Abg. Ma. Eugenia Otazo
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

Al respecto, al remitirnos al SICP vemos que en el Pliego de Bases y Condiciones, REQUISITOS DE CALIFICACIÓN Y CRITERIOS DE EVALUACIÓ -**EXPERIENCIA REQUERIDA**, PARA EL ÍTEM 1 - FRUTA FRESCA BANANA - RACIÓN DE DOS UNIDADES Y EL ÍTEM 2 "GALLETITAS DULCES SABOR VAINILLA" menciona: *"El oferente deberá proporcionar evidencia documentada que demuestre su cumplimiento con los siguientes requisitos de experiencia: a) Se estudiará la antigüedad del oferente en el ramo de producción y venta o distribución de productos alimenticios; y a tal efecto deberá acreditar poseer experiencia mínima de 2 años en el rubro a ser cotejado con la inscripción en la SET, en los rubros correspondientes a elaboración y/o venta y/o distribución de productos alimenticios . b) Acreditar haber proveído satisfactoriamente en concepto de "productos alimenticios" a instituciones públicas y/o privadas del mercado nacional, en la sumatoria de los años 2018, 2019 y 2020, como mínimo el 30% (treinta por ciento) del monto total ofertado en la presente licitación, a cuyo efecto deberá presentar: - Contratos con sus respectivas recepciones finales y/o constancias de presentación satisfactoria expedida por la contratante o cliente receptor de los bienes/servicios proveídos.; y/o - Facturas contado; y/o - Facturas crédito, con sus correspondientes recibos de cancelación de pago o documento que acredite haber percibido el pago respectivo o sus respectivas recepciones finales y/o constancias de prestaciones satisfactorias expedida por la contratante o cliente receptor de los bienes/servicios proveídos. A dicho efecto, podrán presentarse la cantidad de contratos y/o facturas que fueren necesarios para acreditar el volumen o monto solicitado, siempre que hayan sido formalizados en el periodo mencionado, y la documentación que acredite un desempeño satisfactorio".*

Cabe aclarar que la argumentación expuesta por el denunciante hace referencia a criterios puntuales de calificación, que guardan relación con la capacidad de cumplimiento del requisito de los oferentes que tengan interés en participar, por lo tanto, estos potenciales oferentes -que se encuentran interesados en participar- son los que cuentan con un interés legítimo de impugnar requisitos por los cuales se sientan agraviados, por considerarlos limitantes; y a la vez éstos se vuelven coadyuvantes del Estado y se encuentran sometidos al deber de colaboración para que la entidad logre el fin del interés público que persigue.

En ese sentido, resulta importante aclarar al denunciante que en caso de disconformidad respecto a alguna condición o requerimiento del PBC por considerarla restrictiva o limitante cuenta con el mecanismo de impugnación de la **PROTESTA** previsto en la normativa, al que deben recurrir las partes si es que consideran que se ha vulnerado los derechos de los oferentes en el proceso de contratación o que se han lesionado sus derechos como oferente en el proceso de contratación.

Que la **protesta,** es un mecanismo de impugnación regulado en los Art. 79 y 80 de la Ley 2051. Asimismo, es reglamentado por el **Decreto N°2992/19** ***"POR EL CUAL SE REGLAMENTA LA LEY N°2051/2003 'DE CONTRATACIONES***

Abg. Tania Ledesma
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Ma. Magdalena
Dirección Jurídica - DNCP

PÚBLICAS' Y SU MODIFICATORIA LA LEY N°3439/2007", *ART. 129° De la forma en cuanto a la presentación de protesta y denuncias.*

Así también, se señala que se encuentra vigente la **Resolución DNCP N°572/20** ***"POR EL CUAL SE ABROGAN LA RESOLUCIÓN DNCP N°5702/19 Y SE REGLAMENTA LOS PROCEDIMIENTOS SUSTANCIADOS EN LA DIRECCION JURÍDICA DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS"***.

Conforme a todo lo expuesto, indicamos que **el denunciante debe PROTESTAR CONTRA EL PLIEGO DE BASES Y CONDICIONES**, puesto que las bases de la convocatoria solo pueden ser modificadas de manera previa a la etapa citada. Atendiendo a la "NATURALEZA CONTRACTUAL DE LOS PLIEGOS" como conjunto normativo y regulador del relacionamiento entre la Administración y el Adjudicado, necesariamente el PBC debe adquirir "FIRMEZA JURÍDICA" con respecto a los participantes y, especialmente con respecto al adjudicado.

"...Los pliegos de las licitaciones o concursos públicos contienen un conjunto de prescripciones que comprenden desde reglas de procedimiento, requisitos técnicos y financieros de las ofertas y criterios de selección hasta cláusulas de naturaleza contractual que regirán la futura relación con el adjudicatario..."[1];

"...Antes de la publicidad de los pliegos -requerida normativamente- no operan efectos jurídicos directos en la esfera de los particulares interesados, por lo que permanecen como actos internos de la Administración. Pero una vez que han cobrado publicidad, los pliegos asumen una condición normativa o reglamentaria hasta el momento de la presentación de las ofertas... A partir de allí y hasta la adjudicación, los pliegos no pierden su carácter normativo o reglamentario, aunque bajo un régimen peculiar que, en principio, excluye la posibilidad de modificar las reglas de juego sobre las cuales los oferentes formularon sus propuestas..."[2].

Por todo lo expuesto, en base a lo denunciado y al hecho que la denuncia no es el medio de impugnación pertinente dispuesto en la normativa para los casos de interés particular en la reformulación de las bases concursales **y que el denunciante cuentan aún con plazo legal para efectuar formal protesta contra el pliego de bases y condiciones**, corresponde a esta Dirección Jurídica concluir en virtud de lo dispuesto en el Art. 142 del Decreto 2992/19: *"Las investigaciones sólo serán abiertas cuando, a criterio de la DNCP, sea constatada la existencia de méritos o elementos suficientes que indiquen que los hechos que lleguen a su conocimiento sean susceptibles de causar daños o perjuicios al*

[1] CASSAGNE, Juan Carlos. "EL CONTRATO ADMINISTRATIVO". Tercera Edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires – Argentina, Año: 2009, pág. 75.-
[2] Ob. cit. pág. 75 y 76.-

Abg. Tania Ledesma
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Ma. Eugenia Ocampo
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

Estado; y cuando la vía pertinente no sea la Protesta", el cierre de la denuncia individualizada como Caso N°114/22, con la salvedad que de surgir reclamos puntuales actuaremos en el ámbito de nuestra competencia.

ABG. TANIA LEDESMA
Dpto. de Investigaciones - DNCP

ABG. MARIA EUGENIA OTAZO APONTE
Dirección Jurídica - DNCP