Dictamen DNCP/DJ N° 16.378/19

DATOS DEL PROCEDIMIENTO

Procedimiento Jurídico:	Cierre Directo
Fecha de Dictamen:	06 de diciembre del 2019
ID:	357600
Procedimiento de Contratación:	Concurso de Oferta
Modalidad Complementaria:	No aplica.
Nombre de la Licitación:	"Adquisición de Equipos para Sistemas de Control"
Entidad Convocante:	Administración Nacional de Electricidad
Denunciante:	Módulo de Investigaciones Electrónicas con protección al denunciante/CASO 386
Tema General:	Adjudicación
Tema Específico:	Inconsistencia/incongruencias de documentos y/o datos.

RESULTADO

1. Ordenar el cierre del Caso N° 386.
2. Recomendaciones al denunciante.
3. Comunicar a quien corresponda.

CUESTIÓN CONTROVERTIDA

La disconformidad del denunciante respecto al hecho que la firma Atenas Energía S.A. no presentaría ciertas documentaciones con su oferta técnica en la apertura de sobres, tales como catálogos técnicos y la planilla de datos garantizados por no ser documentos sustanciales. El denunciante alega que dicha práctica desvirtúa la igualdad de condiciones como la transparencia de una oferta pública, por lo que solicita la anulación de la oferta de la firma Atenas Energía S.A. La Convocante menciona que la licitación se encuentra en etapa de evaluación de ofertas desde la fecha 14 de noviembre del corriente. Se recomienda al denunciante que esté pendiente a las resultas de la misma, y se ordena el cierre del CASO 386.

Abog. Macarena Medina Vargas
Dirección Jurídica
DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abg. Ma. Eugenia Otaño
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

DENUNCIA:

La denuncia recibida en fecha 18 de noviembre de 2018 a través del Sistema de Gestión de Denuncias del Portal de Contrataciones Públicas –MÓDULO DE INVESTIGACIONES ELECTRÓNICAS, Resolución DNCP N° 718/18- e individualizada como Caso N° 386 expresa:

"...Denuncio que se está instalando la mala práctica en algunos oferentes de NO PRESENTAR SU OFERTA TECNICA EN LA APERTURA DE UNA CONVOCATORIA. Para ser más específicos, el Oferente Atenas Energía S.A. está incurriendo en esta práctica, basándose en que "NO ES UN DOCUMENTO SUSTANCIAL PRESENTAR: CATALOGOS TECNICOS DEL BIEN OFERTADO y PLANILLA DE DATOS GARANTIZADOS DEL BIEN OFERTADO" y que la convocante lo debe solicitar posteriormente en caso de tener mejor precio.

Esta práctica legal artera DESVIRTÚA LA TRANSPARENCIA DE UNA OFERTA PÚBLICA, pues erosiona la capacidad de los demás oferentes en el Acto de Apertura, de inspeccionar las ofertas de la competencia, desvirtuando seriamente LA IGUALDAD DE CONDICIONES. Además de dar unos días adicionales para preparar la oferta técnica una vez requerida por al convocante lo cual representa un privilegio ilegal y falto de ética.

Específicamente en la Lco 1066 Atenas Energía S.A. ha incurrido nuevamente en esta práctica desleal.

Expresado lo anterior se solicita la anulación de la oferta de Atenas Energía S.A en la Lco 1066/2019, basado en que este oferente ha obtenido un privilegio indebido de tiempo adicional para la presentación de su oferta técnica, y la negación a los demás oferentes o cualquier interesado en ver su oferta en el acto de apertura.

Si esta mala práctica de solo presentar los documentos sustanciales se empieza a extender a otras convocatorias, inclusive Internacionales y Financiadas por Organismos Multilaterales, otros oferentes empezaran a realizar lo mismo, desvirtuando la transparencia y equidad para todos los participantes de un acto público.

Por lo tanto, se solicita una respuesta, y dictamen en carácter URGENTE de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas respecto a este caso, que se está haciendo habitué en algunos oferentes...".

ACUMULACIÓN DE CASOS:

No aplica.

Abog. Macarena Medina Vargas
Dirección Jurídica
DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abg. Ma. Eugenia Ortiz
Directora Jurídica - DNCP

ANTECEDENTES/PEDIDOS DE INFORME:

A los efectos de clarificar lo denunciado, este juzgado de Instrucción mediante nota solicita a la Entidad Convocante que informe y justifique todo lo referido en la denuncia, además comuniquen en qué estado se encuentra el proceso, todo esto en una nota detallada dirigida a la Dirección Jurídica.

NOTIFICACIONES:

Nota DNCP/DJ N° 15.122/19 pedido de informe a la Convocante –Administración Nacional de Electricidad- (ANDE).

CONTESTACIONES:

La Entidad Convocante manifiesta en su escrito de descargo mediante NOTA UOC/DCP/DVN/ANDE/ N° 90/2019 de fecha 25 de noviembre del 2019: *"...al respecto mencionamos que la citada licitación se encuentra en etapa de evaluación de ofertas desde la fecha 14 de noviembre de 2019, fecha la cual fue realizada la apertura de ofertas conforme puede verificarse en el Acta de Apertura y el Interno de Remisión de Ofertas. La mencionada denuncia fue arrimada al Comité de Evaluación de Ofertas para su análisis correspondiente..."*.

ANÁLISIS:

Que, del texto de la denuncia se desprende la disconformidad por parte del denunciante acerca de la mala práctica que se está instalando en los oferentes, al presentar en el acta de apertura de sobres únicamente los documentos sustanciales, no así los documentos que componen la oferta técnica.

En el caso que nos ocupa, menciona el denunciante, que la firma ATENAS ENERGIA S.A. que se encuentra incurriendo en dicha práctica desleal, alega que la misma se basa en que los Catálogos técnicos y la planilla de datos garantizados del bien ofertado, no son documentos sustanciales. Por lo que la Convocante, puede solicitarlos posteriormente en caso de contar con el mejor precio, expresado lo anterior el denunciante solicita la anulación de la oferta de Atenas Energía S.A basándose que el oferente ha obtenido un privilegio indebido de tiempo adicional para la presentación de su oferta técnica.

Sobre el hecho denunciado citamos el Artículo 54 del Decreto Reglamentario N° 21.909/03 que expresa: *"... al momento de la apertura de las ofertas, se leerán en voz alta y se registrarán en el acto, el nombre del oferente, el precio de la oferta y cualquier otro detalle que la Convocante estime apropiado anunciar. Es este acto, se realizará una verificación preliminar y meramente cuantitativa de la documentación presentada por el oferente, sin entrar al análisis detallado de su contenido, el cual se efectuará durante el proceso de evaluación de las ofertas.* ***Si en la verificación cuantitativa de los documentos presentados, se verificare la falta de presentación de algún documento formal no sustancial o sustancial, se dejará constancia en el acta. Dichas omisiones serán analizadas en oportunidad del proceso de evaluación a los efectos de las decisiones que fuesen pertinentes****. Durante el acto de apertura, solo podrán rechazarse las ofertas, solicitudes de retiro o*

Abog. Macarena Medina Vargas
Dirección Juridica
DNCP

Abg. Ma. [illegible] Ortiz
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

modificaciones de oferta presentadas después de la hora y fecha límite de presentación de ofertas, las cuales serán devueltas al oferente sin abrir…". Por lo tanto, corresponde al Comité Evaluador de Ofertas realizar el análisis respecto al contenido del mismo y su cumplimiento a lo requerido en las bases de la contratación.

Así mismo, la Resolución DNCP N° 4136/15 de fecha 30 de diciembre del 2015, de la cual se desprende en el Anexo el **Manual Técnico Comité de Evaluación de Ofertas** menciona en el punto 3.3.1 **Constatación de la falta de presentación de documentación:** *"… Si en la verificación cuantitativa de los documentos presentados por los oferentes participantes se constata la OMISIÓN en la presentación de un documento formal o sustancial, se dejará constancia de ello en el Acta de Apertura de Ofertas. Estas omisiones deben ser analizadas en la etapa de evaluación de ofertas a los efectos de las decisiones que fuesen pertinentes (Art.54° del Decreto N° 21.909/03) y en ningún caso el o los funcionarios que llevan adelante el acto de apertura de ofertas deben emitir opiniones o juicios de valor sobre las documentaciones, omisiones o deficiencias de las ofertas. Esta disposición exige que el Comité de Evaluación se pronuncie sobre las observaciones vertidas en el acta de apertura de ofertas, respecto de la ausencia de documentos, sean estos formales o sustánciales, sobre todo de aquellas ofertas que luego serán recomendadas para la adjudicación…"*

Continua el **Manual Técnico Comité de Evaluación de Ofertas** mencionando en el punto **3.4. Contenido del Acta de Apertura:** En el Art 54° del Decreto N° 21909/03 - que fue modificado por el Decreto N° 3719/15- se indican aquellas cuestiones que MÍNIMAMENTE deben constar en el Acta de Apertura de Ofertas, siendo determinante para una correcta evaluación de las ofertas, que el funcionario responsable de presidir el acto de apertura deje constancia de los siguientes puntos exigidos en el artículo mencionado:

*Fecha, lugar y hora en que se llevó a cabo dicha etapa

*Nombre del funcionario público encargado de presidir el acto y de los otros funcionarios públicos responsables que se encuentren presentes; Nombre de los Oferentes cuyas ofertas fueron abiertas en el acto.

*Nombre de los Oferentes cuyas ofertas fueron desechadas por presentación tardía.

*Los precios totales de las ofertas, conforme al sistema de evaluación.

*Las ofertas alternativas si se hubiesen permitido en el Pliego de Bases y Condiciones.

*La existencia o falta de una garantía de mantenimiento de oferta.

*Constancia de la presentación del formulario de oferta firmado.

*Constancia de las omisiones detectadas en la verificación cuantitativa.

*Toda la información dada a conocer a los o por los asistentes al acto.

Abog. Ma. Florencia Otazo
Dirección Jurídica - DNCP

Abog. Madarena Medina Vargas
Dirección Jurídica
DNCP

*En caso de que los oferentes o sus representantes hayan solicitado la suscripción de documentos que forman parte de las ofertas de sus competidores, deberá quedar constancia de ello en el acta.

Reiteramos que resulta fundamental que en el Acta de Apertura de Ofertas se deje constancia de las cuestiones mencionadas más arriba especialmente las citadas en los incisos g), h), D, j) y k), ya que sobre las mismas el Comité de Evaluación debe expedirse indefectiblemente.

Sobre el particular, es importante destacar que conforme consta en el Portal de Contrataciones Públicas como de las manifestaciones de la Convocante mediante NOTA UOC/DCP/DVN/ANDE/ N° 90/19, el procedimiento licitatorio de referencia se encuentra en etapa de evaluación de ofertas; por lo cual, esta Dirección no puede intervenir ni expresar parecer alguno durante la etapa de evaluación de ofertas, ya que **cualquier intento de influir sobre el sentido de la decisión del comité de Evaluación, puede ser considerada falta grave**, de conformidad a lo establecido en el **Art. 27 de la Ley 2051/03 De Contrataciones Públicas**, la cual reza: *"Será considerada falta grave el intento de influir sobre el sentido de la decisión de los miembros del Comité de Evaluación, a través de cualquier procedimiento que pueda afectar su independencia de criterio"*.

Igualmente, se deja en claro que no habiéndose dictado aún la Resolución de adjudicación en el proceso de referencia, no existe acto administrativo que cause agravio alguno, lo que sumado al periodo de confidencialidad que rodea a esta etapa del proceso, hace que la utilización de los mecanismos de impugnación, se encuentren condicionadas al pronunciamiento de la Convocante, en cuanto al resultado del proceso -conforme lo manda el último párrafo del **art. 28 de la Ley 2051/03 De Contrataciones Públicas** - que reza: *"La Convocante dará a conocer la adjudicación de la licitación en acto público, dentro de un plazo que no deberá exceder de veinte días calendario desde la fecha de apertura de ofertas, pudiendo diferirlo hasta por otros veinte días calendario, debiendo constar la adjudicación en un acta que firmarán los asistentes que lo deseen. En sustitución de dicho acto público, la Convocante podrá optar por notificar la adjudicación de la licitación por escrito a cada uno de los participantes, dentro de los cinco días calendario siguientes a su emisión..."*.

Así las cosas, indicamos al denunciante que si bien solicita que esta Dirección Nacional investigue hechos supuestamente irregulares no ha probado ningún hecho irregular que pudiese afectar la regularidad del proceso licitatorio de referencia, en efecto, no basta la simple alegación de hechos que considera irregulares, más aún sin prueba que la sustente.

Por otro lado, una denuncia en los términos aquí visto no puede poner en riesgo la continuidad de un procedimiento de contratación cuyo objetivo sea la satisfacción de una necesidad de la Convocante, en la que se ve involucrado el interés público. "*El interés general está por sobre el interés particular*", éste constituye un principio de rango constitucional.

Finalmente, en base a las aclaraciones realizadas al denunciante y la manifestación de la Convocante acerca de la etapa en que se encuentra el presente procedimiento licitatorio sumado al hecho que indicó que la denuncia será remitida al Comité de Evaluación para su consideración, corresponde a esta Dirección Jurídica concluir que no hay méritos suficientes para la apertura de una investigación de oficio, en virtud de lo dispuesto en el Art. 13 del Decreto 7434/11, que establece: "*Las investigaciones sólo serán abiertas cuando, a criterio de la DNCP, sea constatada la existencia de méritos o elementos*

Abog. Macarena Medina Vargas
Dirección Jurídica
DNCP

Abog. Ma. Eugenia Frazo
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

suficientes que indiquen que los hechos que lleguen a su conocimiento sean susceptibles de causar daños o perjuicios al Estado; y cuando la vía pertinente no sea la Protesta", por lo que, **corresponde ordenar el cierre de la presente denuncia por encontrarse el proceso licitatorio en etapa de evaluación de ofertas, y recomendar el denunciante que se esté pendiente a las resultas de la misma, haciendo la salvedad que de surgir reclamos puntales y/o hechos nuevos actuaremos en el ámbito de nuestra competencia.**

ABG. MACARENA MEDINA VARGAS.
Dirección Jurídica – DNCP.

ABG. MARIA EUGENIA OTAZO APONTE
Directora Jurídica – DNCP.