DNCP/DJ N° 1672/11 **Caso N°1631**

Asunción, 3 de agosto de 2011.-

"INVESTIGACIÓN PRELIMINAR SURGIDA A PARTIR DE DENUNCIA RECIBIDA A TRAVÉS DEL SISTEMA DE GESTIÓN DE DENUNCIAS CON PROTECCIÓN AL DENUNCIANTE, Y LA DENUNCIA PROMOVIDA POR LA FIRMA CONSTRUCTORA FENAR INGRESADA COMO EXPTE N° 10264, REFERIDAS A LA CONTRATACION DIRECTA PARA "LA REVITALIZACION DE LA RED VIAL DE LA CIUDAD" ID 222443 Y LA CONTRATACION DIRECTA PARA LA CONSTRUCCION DE EMPEDRADO ID 222442 CONVOCADAS POR LA MUNICIPALIDAD DE VILLETA.----------

La primera denuncia fue recibida por el Sistema de Gestión de Denuncias del Portal de Contrataciones Públicas; y la identidad del denunciante se encuentra protegida conforme a lo establecido en la **Convención Interamericana contra la Corrupción**, suscrita el 29 de marzo de 1996, en Caracas – Venezuela, aprobada por nuestro país por Ley N° 977/96, Y la segunda denuncia por nota ingresada como Expte N°10264.--

La primera denuncia expresaba que: *"…en el llamado no aparece el nombre la calle y la identificación exacta del barrio, es que se presta a confundir por qué es posible que la calle a ser empedrada ya tenga el empedrado, así mismo llama la atención que para un llamado a contratación directa se exija una facturación exagerada de 500.000.000 (quinientos millones) y haber realizado una cantidad exagerada de trabajos similares lo cual hace suponer que el llamado esta direccionado solo a unas empresas con esa facturación violando la libre competencia……..*"----------

En fecha 20 de julio de 2011 por nota DNCP/DJ N° 1512/11 esta Dirección Jurídica, a efectos clarificar lo denunciado, solicitó a la Convocante que justifique lo referido y adjunte la documentación que considere pertinente.----------

En fecha 27 de julio de 2011, por mesa de entrada virtual, la encargada de la UOC de la Municipalidad de Villeta ha contestado la denuncia expresando lo siguiente:

"*…a) En fecha 18 de julio de 2011 esta Municipalidad con mucha anterioridad a la fecha de la nota de referencia, para ambos llamados ha remitido a la DNCP la Adenda N° 1 por la cual se disminuyen las cantidades establecidas en el Anexo I, numeral 10, incisos "j" y "m" quedando el "j" en "constancia de haber ejecutado durante el año 2010, 800m2 de empedrado para lo cual deberá presentar el respectivo contrato, únicamente donde actuó como contratista, con su respectiva certificación de haber cumplido satisfactoriamente con el trabajo encomendado, y el "m" en Haber facturado durante el año 2010, como mínimo la suma de 300.000.000 para lo cual deberá presentar el balance correspondiente al citado año". b) Resulta demás que obvio que el denunciante no tiene la menor idea de lo que representa la*

Abog. Leticia Espinola
Dirección Jurídica - DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abog. Myrta C. Godoy A.
Dirección Jurídica - DNCP

construcción de empedrado atendiendo que para calles de ciudades del interior el ancho es de 7m, lo que implicaría que 1000m2 equivale a una longitud de 143 ml o sea menos de 1 ½ cuadra y si prorrateamos este dato para un año, que es lo establecido en el llamado. Arroja un total de 12 ml por mes, que es lo que solicitamos como experiencia. Ante este dato, es descabellado o exagerado lo que solicitamos como experiencia?..c) Para la facturación de Gs. 500.000.000 que exige las condiciones del llamado en un año equivale a que la empresa oferente debe haber facturado un promedio mensual de Gs. 41.670.000 suma que para una firma constructora es ínfima. d) Con relación a los nombres de las calles, por medio de la Adenda Nº 2 ya se ha remitido el listado de las calles a ser afectadas por los trabajos objeto de esta Contratación…." ----------

Posteriormente **en fecha 28 de julio de 2011,** por nota ingresada como Expte Nº 10264, ha ingresado a esta Dirección Nacional otra denuncia, de la firma CONSTRUCTORA FENAR en la cual dicha firma expresa entre otras cosas cuanto sigue: "*…En los siguientes puntos del Anexo Nº 1 surgen las consideraciones:* ***Punto 3-*** *Empresas con antigüedad de 10 años, es decir que las empresas de creación menor a 10 años es discriminado y no pueden participar, no concuerda con el espíritu de la ley.* ***Punto 4-*** *Si el llamado fue impugnado, consecuentemente se deberá habilitar una nueva fecha para la visita de zona de obra atendiendo que el certificado expedido por la Municipalidad es de "presentación obligatoria con la oferta" tampoco concuerda con el espíritu de la ley atendiendo que se puede presentar una declaración jurada.* ***Punto 5-*** *En el llamado con ID Nº 222442 Construcción de empedrado se encuentra la adenda 1/11 que se refiere al llamado con IDNº 222443 Revitalización de la red vial de la ciudad, en donde la hora de recepción es de 7:15 y la apertura de 7:30 horas, sin embargo en el portal figura hora de entrega 7:15 y de apertura 7:45, el horario de apertura es ambiguo y se presta a confusión y la adenda no corresponde al id del llamado.* ***Punto 11. J)*** *Se requiere la construcción de una cantidad determinada de la misma obra dentro de un año determinado. O sea que la empresa que por más experiencia que posea y haya ejecutado varias obras de la misma naturaleza pero en otros años diferentes a lo solicitado son discriminados y no pueden participar.* ***Punto 11k)****. Aquellas empresas cuyo representante técnico son Arquitectos dedicados a la construcción no podrá participar (pide que sea ingeniero civil)* ***Punto 11 M*** *La facturación se refiere a un solo año y por un monto prácticamente 4 veces mayor a lo estipulado para la obra, considerando el monto máximo para contrataciones directas.* ***Punto 18 e)*** *Consideramos que no corresponde la preferencia del 10% aplicable a los productos, sino el 70% de contratación de mano de obra del inciso c: del art. 2 del decreto mencionado…En los siguientes puntos del anexo Nº 3 surgen las consideraciones: Punto 3. Consideramos que para cualquier llamado es una condición la existencia de disponibilidad presupuestaria (CDP), sin embargo, en este llamado se condiciona el pago a la disponibilidad presupuestaria. También se observa que no se cuenta con el plano de la obra. En el portal en lugar de plano se ha colocado nuevamente las especificaciones técnicas…".*----------

Abog. Letizia Espinola
Dirección Jurídica - DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abog. Myrta C. Godoy A.
Dirección Jurídica - DNCP

Por consiguiente, en fecha **1 de agosto de 2011 por nota ingresada como Expte. Nº 101981,** por mesa de entrada virtual ha constado la Convocante la segunda denuncia manifestando lo siguiente:

"*...Para ambos llamados se han puesto el mismo día y horario para la presentación de los sobres ofertas, no si el horario de apertura que sin diferentes lo que no es ninguna ambigüedad y solo se presta a confusión para aquellos que así lo quieren b) para ambos llamados se solicita una mínima experiencia en obras similares en el último año, para nuestro caso 2010. Este requisito tiene como objetivo contar con una firma que tenga experiencia actualizada en los trabajos similares a lo solicitado, que como se ha explicado, es MINIMO lo que de ninguna manera este requisito puede limitar la participación de firmas interesadas. c) En ambos llamados se ha solicitado como representante técnico "ingeniero civil" por tratarse de obras viales, hecho que de ninguna manera puede limitar la presentación de los interesados, se asume que una firma constructora cuenta con un plantel de profesionales (permanente o contratado) a quienes acudir, conforme a la necesidad. d) se ha establecido que el margen de preferencia a establecer es de conformidad al Decreto Nº 6625/11 artículo 2, inciso c) mano de obra a emplear 70% local) e) Es falso que el nivel de facturación solicitado (300.000.000) sea 4 veces mayor al monto estipulado de la obra, eso es un CALCULO ERRONEO del denunciante, lo que demuestra que no está al tanto de los montos que se maneja en el rubro de la construcción, y de ahí se denuncia sin sustento. No aclaramos cual es el porcentaje de facturación solicitado (1.5,2, 3 veces el monto de la obra) para no revelar el costo del trabajo. f) Sabido que las Municipalidades hacen frente a sus obligaciones contractuales mediante sus ingresos tributarios (impuesto inmobiliario, patente comercial, expedición de licencias de conducir, etc.) como también de los Royalties y Compensaciones que son desembolsados por Ministerio de Hacienda en forma fraccionada. Ambos llamados se hallan previstos en el Programa Anual de contrataciones, pero para el pago de las obras previstas se depende del desembolso que hace el Ministerio de Hacienda (ya que ambos son de los Royalties) que nunca se sabe la fecha exacta, por eso la aclaración "de acuerdo a la disponibilidad presupuestaria*

En base a las manifestaciones expuestas por las partes, esta Dirección Jurídica realiza el siguiente análisis:

El primer denunciante objeta el hecho de que en los presentes llamados no se encuentran la ubicación de la calle y la identificación del barrio en donde se realizarán los trabajos solicitados en los llamados a contratación. La Convocante ha contestado que por Adenda Nº 2 se ha subsanado dicho error, indicando los datos de los lugares que serán afectados para los trabajos a realizarse objeto de los presentes llamados.----------

Abog. Leticia Espinola
Dirección Jurídica - DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abog. Myrta C. Godoy A.
Dirección Jurídica - DNCP

Esta dirección Jurídica habiendo observado los documentos publicados en el portal de contrataciones públicas se ha percatado de que efectivamente por adenda Nº 1 se han consignado las calles y barrios en el cual se realizaran las refacciones correspondientes conforme indican los llamados a contratación.----------

Por otro lado, en la **primera denuncia** así como en el **punto 11.J y punto 11.M de la segunda** denuncia se objeta la parte del Anexo 1 de los llamados en cuestión en donde se requiere como experiencia la cantidad de 500.000.000 Gs. en facturación solo en el año 2010, y que dicha suma además de ser sumamente elevada y superar el monto total de las obras a ser realizadas, estaría limitando la participación a aquellas empresas que si bien no poseen dicha experiencia en el año 2010, si poseen en años anteriores.----------

La Convocante ha contestado que para la facturación de Gs.500.000.000 que exige las condiciones del llamado en un año equivale a que la empresa oferente debió haber facturado un promedio mensual de Gs.41.670.000 suma que para una firma constructora es ínfima y que tal requisito tiene como objetivo contar con una firma que tenga experiencia actualizada en los trabajos similares a lo solicitado.----------

Hemos observado que por Adenda Nº 1, modifican el monto de facturación en el año 2010 a la "suma mínima de Gs.300.000.000". En relación a dicho punto consideramos que si los denunciantes entienden que en el proceso, existen actos que contravienen lo dispuesto en la Ley o que agravien su condición de oferente, correspondería que los mismos apelen a la **utilización de la protesta,** como medio de impugnación.

Asimismo, cabe aclarar que la protesta es el mecanismo de impugnación previsto en la normativa, al que deben recurrir las partes si es que consideran que se han lesionado sus derechos como oferente en el proceso de contratación. De esta forma, la denuncia se halla previsto para denunciar hechos de corrupción para quienes no son parte en el proceso de contratación y para aquellas situaciones en donde la protesta no fuere lo pertinente. ----------

Así, según el antes citado Artículo 79º, las personas interesadas pueden protestar ante la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP) en cualquier etapa del procedimiento de contratación, cuando existan actos que contravengan las disposiciones que rigen las materias objeto de la ley. La protesta debe ser presentada, dentro de los DIEZ (10) días hábiles siguientes a aquél en que ocurra el acto o el promotor tenga conocimiento de éste —por ejemplo, a través de la cédula de notificación del resultado del proceso—. ----------

Abog. Leticia Espinola
Dirección Jurídica - DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abog. Myrta C. Godoy A.
Dirección Jurídica - DNCP

Por otro lado, en el **punto 3 de la segunda denuncia**, el denunciante manifiesta que **el anexo 1** de los presentes llamados se requiere que las empresas participantes tengan una antigüedad de 10 años, y que de esta forma las empresas que poseen una antigüedad menor son discriminadas ya que no podrían participar. ----------

En referencia al párrafo anterior, esta Dirección Jurídica ha procedido a verificar el Anexo 1 en donde indican: *"…Podrán participar en este procedimiento únicamente los Oferentes domiciliados en la República del Paraguay, con antigüedad mínima de diez años, que no se encuentren comprendidos en las prohibiciones o limitaciones para presentar propuestas o para contratar establecidas en el artículo 40 de la Ley N°2051/03…."*----------

En este sentido, creemos que teniendo en cuenta que no se trata de obras de gran magnitud, la antigüedad de 10 años efectivamente estaría limitando la participación de aquellas empresas que cuentan con la experiencia necesaria pero que aún no poseen dicha antigüedad, **por lo que correspondería disminuir la antigüedad** de las empresas a fin de evitar limitar la participación de potenciales oferentes interesados en los presentes llamados.----------

Es importante recordar el art. 4 de la ley 2051/03 que expresa: "*…b) Igualdad y Libre Competencia: Permitirán que todo potencial proveedor o contratista que tenga la solvencia técnica, económica y legal necesaria y que cumpla con los requisitos establecidos en esta ley, en su reglamento, en las bases o pliegos de requisitos y en las demás disposiciones administrativas, esté en posibilidad de participar sin restricción y en igualdad de oportunidades en los procedimientos de contratación pública…."*----------

Así también el art. 20 de la referida ley expresa: *"…Las especificaciones técnicas, plazos, tolerancias, porcentajes u otras disposiciones de similar naturaleza que deban contener las bases o los pliegos de requisitos de licitación, se establecerán con la mayor amplitud de acuerdo con la naturaleza específica del contrato, con el objeto de que concurra el mayor número de oferentes; sin embargo, deberán ser lo suficientemente claras, objetivas e imparciales, para evitar favorecer indebidamente a algún participante. Asimismo, respecto de los tipos conocidos de materiales, artefactos o equipos, cuando únicamente puedan ser caracterizados total o parcialmente mediante nomenclatura, simbología, signos distintivos no universales o marcas, únicamente se hará a manera de referencia, procurando que la alusión se adecue a estándares internacionales comúnmente aceptados…."*

En el **punto 4 de la segunda denuncia,** el denunciante solicita una nueva fecha para la visita de zona de obra atendiendo a que la Convocante ha indicado que el certificado expedido por la Municipalidad es de "presentación obligatoria con la oferta" La Convocante ha contestado que se ha establecido que el margen de preferencia a

Abog. Leticia Espinola
Dirección Jurídica - DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abog. Myrta C. Godoy A.
Dirección Jurídica - DNCP

establecer es de conformidad al Decreto Nº 6625/11 artículo 2, inciso c) mano de obra a emplear 70% local).----------

Sin embargo, habiendo nuevamente verificado los llamados en cuestión, hemos notado que en el Anexo 1 de los mismos la Convocante expresa: *"...e) se dará preferencia en un 10% a los productos de origen nacional, conforme lo establece el artículo 2º del Decreto Nº 6225 de fecha 04/03/2011 por el cual se establecen mecanismos de apoyo a la producción y empleo nacional, a través de los procesos de contrataciones de gobernaciones y municipalidades, regidos por las leyes nº 2051/03 y Nº 3.439/07...."* Así también en la adenda Nº 1 la Convocante señala: *"...Con relación al margen de preferencia, no se menciona en el llamado por ser una obra vial donde el 100% de los materiales a ser utilizados son de industria nacional, así como la mano de obra..."*----------

En base a lo señalado en el párrafo anterior, cabe recordar a la Convocante lo mencionado en el inciso c) del Decreto Nº 6225/11 por el cual se establecen mecanismos de apoyo a la producción y empleo nacional, márgenes de preferencia y criterios para la realización de los procesos de contratación regidos por la ley 2051/03 cuanto sigue: "...*En las contrataciones de obras que realicen las Municipalidades y Gobiernos Departamentales, la Convocante podrá disponer que por lo menos el 70% de la mano de obra a ser empleada por quienes resulten adjudicadas, deberá ser personal domiciliado en el territorio de la Convocante y de la Gobernación de Central para la Municipalidad de la Ciudad de Asunción...".*----------

Como podemos observar la exigencia del referido decreto es que <u>por lo menos el 70% de la mano de obra deberá ser personal domiciliado en el territorio de la Convocante,</u> de ninguna manera se exige que los materiales utilizados sean de origen nacional exclusivamente, por lo que correspondería que la Convocante **<u>modifique dicho punto</u>** y se ajuste a lo establecido en el Decreto mencionado. Asimismo, establezca el porcentaje de mano de obra que deberá ser domiciliado en el territorio de la Convocante.----------

En cuanto al **punto 11.k.** en donde el denunciante objeta el hecho de que se requiere como representante técnico un ingeniero civil y de esta manera estaría limitando la participación a aquellas empresas que tengan como representante técnico un arquitecto; la Convocante ha contestado al respecto que en ambos llamados se ha solicitado como representante técnico "ingeniero civil" por tratarse de obras viales, y que cualquier empresa constructora debería contar con un plantel de profesionales y entre ellos ingenieros civiles.----------

Abog. Leticia Espinola
Dirección Nacional Jurídica
DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abog. Myrta C. Godoy A.
Dirección Jurídica - DNCP

Sobre el punto, citamos al eminente Jurista Argentino, Ismael Farrando (h), quien al referirse al Pliego de Bases y Condiciones, expresa que: *"la elaboración del pliego de bases y condiciones es unilateral, puesto que constituye un típico acto de manifestación de voluntad del sujeto licitante, cuya validez no requiere del acuerdo de terceros ajenos a su ámbito"* [1].

En la misma línea de argumentaciones, la elaboración del pliego de bases y condiciones, así como la forma de determinar dicho cumplimiento mínimo, constituye también una atribución discrecional de la Contratante, la que se ve limitada por imposibilidad de establecer condiciones o requisitos que resulten innecesariamente limitativas a la participación o que no sean técnicamente indispensables.----------

Desde nuestra visión, la etapa de elaboración del pliego de bases y condiciones o de los Términos de Referencia resulta ser —quizás— la más importante de todo procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que es aquí donde se fijarán las pautas, requisitos y exigencias de lo que la Administración Pública busca, siendo necesario prestar mayor atención a los aspectos más vulnerables que las mismas contienen. En definitiva es el conjunto de reglas que elabora la Administración Pública para organizar el procedimiento de selección y delimitar el contenido y alcances del contrato estatal en su integridad. ----------

Siendo la indicada para conocer sus necesidades y como satisfacerlas, se torna en una facultad discrecional de la Convocante, la determinación de las condiciones y requisitos que deben cumplir los Oferentes, con la única limitación prevista en el citado Art. 20º de la Ley Nº 2051/03. Esta discrecionalidad se ve aún más acentuada, en los procesos de contrataciones similares al que nos ocupa, el que posee un alto contenido técnico y/o social. ----------

Por tanto, no consideramos limitativo el requisito en donde se solicita que el representante técnico sea ingeniero civil y no arquitecto, atendiendo a la naturaleza de los presentes llamados (obras viales) y como anteriormente mencionamos es la Convocante quien conoce sus necesidades para el cumplimiento de los objetivos de su institución.----------

En relación a la falta de planos, objetada también por la empresa CONSTRUCTORA FENAR, consideramos que en las especificaciones técnicas de ambos llamados se

Abog. Lucía Espinola
Dirección Jurídica - DNCP

[1] ISMAEL FARRANDO (h) – "Contratos Administrativos" – Edit. Lexis Nexos – Pág. 332.

Abog. Myrta C. Godoy A.
Dirección Jurídica - DNCP

encuentran detalladamente los trabajos a ser realizados y en caso de que las mismas no sean suficientes, los oferentes podrán realizar la visita de la zona de las obras (estipulada en el art. 50 del decreto reglamentario 21909/03) a fin de recabar los datos que consideren pertinentes para la preparación de sus ofertas.----------

En referencia al **punto 5 de la segunda denuncia**, en donde el denunciante manifiesta que en el llamado con ID 222442 se encuentra una adenda correspondiente al llamado con ID Nº 222443 y que dicho error se presta a confusiones.----------

En tal sentido, habiendo corroborado la veracidad de lo mencionado en la denuncia, instamos a la Convocante que para futuros procesos tome los recaudos necesarios a fin de evitar este tipo de inconvenientes o equivocaciones que podría ocasionar confusiones o perjuicios irreparables.----------

En base a todo lo anterior, esta Dirección Jurídica da por finalizada la presente investigación preliminar con las recomendaciones dadas y solicita a la Convocante que comunique la decisión adoptada **en el plazo de 1 (un) día hábil**, y atendiendo que **la fecha de presentación y apertura de ofertas** de ambos llamados (ID 222442 y 222443) se encuentra fijada para el 5 de agosto de 2011, solicitamos la **prórroga** de las mismas hasta tanto se ajusten a las modificaciones recomendadas en el presente dictamen.----------

Abog. **LETICIA ESPINOLA INFANTE**
Dirección Jurídica

Abog. **MYRTA C. GODOY ALDERETE**
Encargada de despacho
Dirección Jurídica