DNCP/DJ N°6411/17

CASO Nº 3544

Asunción, 19 de junio de 2017.-

DENUNCIA RECIBIDA A TRAVÉS DEL SISTEMA DE GESTIÓN DE DENUNCIAS CON PROTECCIÓN AL DENUNCIANTE, REFERIDA A LA LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL N°85/15 PARA LA PROVISIÓN Y MONTAJE DE ISNTALACIÓN DE CLIMATIZACIÓN PARA EL EDIFICIO DE LA INAN – PLURIANUAL, CONVOCADA POR EL MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA Y BIENESTAR SOCIAL (ID 301.255).----------

A partir de la denuncia recibidas por el Sistema de Gestión de Denuncias del Portal de Contrataciones Públicas en fecha 15 de junio de 2017 e individualizada como Caso N°3544; esta Dirección Jurídica luego del estudio de la misma realiza este Dictamen Conclusivo en base a las consideraciones de hecho y derecho que se exponen a continuación:----------

Cabe recordar que 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 Nº 977/96.-----

Que, la denuncia referida señala lo siguiente*: "De conformidad a las prescripciones contenidas en los incisos "b" y "s" del artículo Nro. 3 y el inciso "a" del artículo Nro. 8 de la Ley 3.439/2007 "Que modifica la Ley Nro. 2.501/03 De Contrataciones Públicas y establece la carta orgánica de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas", en mi carácter de ciudadano paraguayo vengo a poner a conocimiento de esta institución la presunta existencia de probables hechos arbitrarios o irregularidades administrativas presumiblemente acaecidas en el marco del proceso licitatorio que individualizado en el párrafo siguiente. Y en sentido, solicito a esa Institución del Estado se sirva ordenar la realización de una investigación de oficio de acuerdo a las facultades legales establecidas en el artículo 82 de la Ley Nro. 2.051 – modificado por el artículo 1 de la Ley 3.439/07, atendiendo a las consideraciones de hecho - que más abajo se expondrán- y las cuales*

Abg. Derlis Gonzalez Caballero
Juez Instructor
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

podrían eventualmente constituir o significar la probable existencia de presuntas irregularidades en al proceso de adjudicación de "LICITACION PUBLICA NACIONAL NRO. 85/2015 PARA LA PROVISION DE MONTAJE E INSTALACION DE CLIMATIZACION PARA EL EDIFICIO DEL INAN PLURIANUAL CONVOCADA POR EL MINISTERIO DE SALUD PUBLICA Y BIENESTAR SOCIAL CON ID. NRO. 301.255". Las consideraciones son las siguientes: La convocante (MSPBS) no dio cumplimiento a la resolución DNCP Nro. 965/16 modificada por Resolución DNCP 1173/16 (Criterios de Evaluador): En el marco del proceso de evaluación la DNCP podrá observar que la convocante MINISTERIO DE SALUD PUBLICA Y BIENESTAR SOCIAL no ha dado estricto cumplimiento a lo establecido en el art. 1 de la Resolución DNCP Nro. 1.173/16, en el sentido de que debió solicitar a uno de los oferentes (BRITAM) la explicación detallada de la composición de los precios de su oferta. El artículo 1 de la Resolución DNCP Nro. 1.173/16 copiada textualmente dice: "Artículo 1o. MODIFICAR el Artículo 2 de la Resolución 956/2016 el cual queda redactado de la siguiente manera: "APROBAR el criterio para la evaluación de los precios ofertados en los procesos de contrataciones regidos por la Ley "De Contrataciones Públicas ": Análisis de precios ofertados. Durante la evaluación de las ofertas, luego de haber realizado la corrección de errores aritméticos y ordenar las ofertas de menor a mayor, conforme los precios ofertados, el Comité procederá a solicitar a los oferentes una explicación detallada de la composición del precio ofertado cuando la diferencia entre el precio ofertado y el precio referencial sea superior al treinta por ciento (30%) para ofertas por debajo del precio referencial y del veinte por ciento (20%) para ofertas que se encuentren por encima del referencial preparado por la Convocante y difundido en el llamado a contratación. Si el Oferente no respondiese la solicitud, o la respuesta no sea suficiente para justificar el precio ofertado del bien, obra o servicio, el precio será declarado inaceptable y la oferta rechazada, debiendo constar la explicación en el informe de Evaluación respectivo. El análisis de los precios, con esta metodología, será aplicado a cada precio Ítem, rubro o partida que contenga la oferta, independientemente del sistema de adjudicación adoptado por el llamado (por el total, lotes, Ítems).." El comité Evaluador de la convocante habría incurrido en una grave falta u omisión al no haber dado estricto cumplimiento a la disposición administrativa transcripta precedentemente, la cual es de cumplimiento obligatorio en todos los procesos de contrataciones públicas. De esta forma, la convocante

Abg. Derlis González Calderón
Juez Instructor
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

se apartó de los principios de igualdad y de libre competencia el cual rige en este tipo de procesos. Lo más llamativo es que la convocante decidió adjudicar la licitación al oferente que presento la oferta más alta, inclusive en la cantidad aproximada de Gs. 1.622.000.000.- por encima de la menor oferta presentada en el concurso; es decir una diferencia del casi treinta y ocho por ciento (38%) por encima de la menor. No está demás recordar al Director de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, que el espíritu de la resolución DNCP Nro. 1.173/2016 era justamente que los bienes, obras y servicios adquiridos por los organismos y entidades del estado sean pagados a precios razonables, garantizando así el cumplimiento de la obligación asumida por el contratista o proveedor y la satisfacción de la necesidad institucional en las mejores condiciones de oportunidad, calidad y costo. Contrariamente al fin de la mencionada resolución, la convocante adjudico la licitación a la oferta más alta (Consorcio Friozan), con un sobrecosto de Gs. 1.622.000.000.- por encima de la oferta menor (realizada por BRITAM). Oferta adjudicada no cumplió con exigencias del PLIEGO DE BASES Y CONDICIONES y con el CRITERIO DE LA DIRECCION NACIONAL DE CONTRATACIONES PUBLICAS (Marca y procedencia de los bienes) Llamativamente la oferta presentada por el Oferente adjudicado (Consorcio Friozan), no habría cumplido con la exigencia y/o requerimiento contenido en el pliego de bases y condiciones de la licitación. Sin embargo, el comité evaluador de la convocante y la propia Dirección Nacional de Contrataciones, hicieron caso omiso a dicho incumplimiento de por si descalificador. La otra oferente (BRITAM, que presentó la oferta menor) fue descalificada debido a la supuesta falta de cumplimiento de una de las exigencias del PLIEGO DE BASES Y CONDICIONES, cuál era la consignación de la MARCA Y LA PROCEDENCIA de los productos o bienes ofertados. La convocante (MSPyBS) y la propia Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, coincidieron y fueron contestes al justificar que la descalificación de dicha empresa oferente (BRITAM) se ajustaba a derecho, DEBIDO A QUE LA MISMA NO CONSIGNO DEBIDAMENTE LA MARCA Y LA PROCEDENCIA DE LOS BIENES O PRODUCTOS OFERTADOS. En la resolución DNCP 959/17 se puede encontrar el criterio de la DNCP, en el sentido de sostener que "la información de marca y procedencia son datos que sirven para individualizar y precisar el objeto de la oferta y además, servirán para el control de la correspondencia del bien entregado con el que fuera ofertado. Durante la ejecución contractual." En otra parte sostiene la DNCP sostiene

Abg. Derlis González Cardozo
Juez Misional
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duris
Director Jurídico - DNCP

"..Finalmente, la posibilidad de completar los datos de la marca y procedencia de bienes y equipos una vez que se ha producido la apertura de sobres y que se ha tenido a la vista las demás ofertas atentaría con el principio de igualdad…" Como la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas podrá observar en los antecedentes de la licitación, AMBOS OFERENTES NO HABRIAN CUMPLIDO CON LA EXIGENCIA CONTENIDA EN EL PLIEGO DE BASES Y CONDICIONES, EN EL SENTIDO DE NO CONSIGNAR LA MARCA DE TODOS LOS PRODUCTOS O BIENES OFERTADOS Y EN ALGUNOS CASOS SU PROCEDENCIA. Pero aunque resulte llamativo, solo fue descalificada una de ellas (BRITAM, con menor precio), y la otra fue adjudicada (Consorcio Friozan, con sobrecosto del 38%). Esta demás decir, que es obligación de las Entidades del Estado así como de la propia Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, la adquisición de bienes o servicios en las mejores condiciones, costos precios y garantías. Los bienes ofertados consisten en equipos de aires acondicionados, equipos de ventilación forzada – insufladores y extractores, y atendiendo a su naturaleza y elevado costo, requieren siempre la garantía del fabricante; por ende, al no contar con MARCA y NI UNA PROCEDENCIA los bienes ofertados, mal podría adquirir la entidad pública (MSPBS) con garantías de fabricación de modo a garantizar la erogación de dinero realizada o que deba realizarse en el futuro. Un producto o bien que no posee marca, mal podría contar con garantía del fabricante, por lo que la adquisición del equipo (a mayor costo en este caso) seria sin ningún tipo de garantía al no contar con marca. La falta de consignación de las MARCAS de los bienes o productos ofertados – en este caso – configura un error sustancial el cual no puede ser subsanable posteriormente; aparte de ser un incumplimiento del propio Pliego de Bases y Condiciones. Resulta bastante llamativo que en esta licitación la convocante (MSPyBS) no haya exigido a los oferentes, la presentación de alguna constancia otorgada por el o la fabricante del bien o del producto pretendido, la cual acreditaría de manera formal a cada oferente su calidad de distribuidor o representante ante la convocante. Esta exigencia es común en los llamados de licitación, y debería ser exigida ya sea por la convocante o por la DNCP en este tipo de llamados, en donde los bienes o productos que desean ser adquiridos son de alto costo y son electrónicos (Acondicionadores de aire, equipos de ventilación forzada – insufladores y extractores). La DNCP funda rechazo de reconsideración en una ley no aplicable (Ley Nro. 1.248/98) Podría constituir en una irregularidad de la propia Dirección

Abg. Derlis Gonzalez Calderón
Juez Instructor
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

Nacional de Contrataciones Públicas, el basar una resolución administrativa de rechazo de un recurso de reconsideración planteado por uno de los oferentes de la licitación en cuestión, en los términos de una ley que no resulta del todo aplicable al caso en cuestión. La DNCP podrá encontrar en el exordio de la resolución DNCP Nro. 1560/17, que dicha Entidad sostiene "...En ese sentido, se puede mencionar que según disposiciones contenidas en la Ley Nro. 1242/98 nuestro régimen legal admite la comercialización de productos sin marca, y si bien esta ha sido una información requerida en el PBC, el CONSORCIO FRIOZAN ha aclarado que dichos equipos y/o maquinarias no cuentan con marca, mientras que la firma BRITAM S.A. ha omitido especificar a la convocante dicha información requerida en las bases de la licitación.." La Ley a la que hace referencia la DNCP se refiere a "LEY 1.242/98. QUE APRUEBA LOS CONVENIOS DE CREDITOS SUSCRIPTOS ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY, EL INSTITUTO DE CREDITO OFICIAL (ICO) Y EL BANCO EXTERIOR DE ESPANA S.A. (ARGENTARIA) POR UN MONTO TOTAL DE $ USA 7.422.926 (DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA SIETE MILLONES CUATROCIENTOS VEINTIDOS MIL NOVECIENTOS VEINTE Y SEIS) PARA EL FINANCIAMIENTO DEL PROYECTO SUMINISTRO DE EQUIPAMIENTOS DE LABORATORIOS Y OTRAS DEPENDENCIAS DE LAS FACULTADES DE CIENCIAS MEDICAS, DE INGENIERIA Y DE QUIMICA, CUYA EJECUCION ESTARA A CARGO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCION (UNA). NO TIENE NADA QUE VER CON COMERCIALIZACION DE PRODUCTOS SIN MARCA. En el mismo párrafo el DIRECTOR DE LA DIRECCION NACIONAL DE CONTRATACIONES PUBLICAS (DNCP) habría incurrido en un error al afirmar que el CONSORCIO FRIOZAN ha aclarado que dichos equipos y/o maquinarias no cuentan con marca, YA QUE EN TODO CASO LO HAN CONFIRMADO. O sea, que dicho CONSORCIO tampoco habría cumplido con esa exigencia establecida en el Pliego de Bases y Condiciones, el cual es ley entre las partes. En base a las consideraciones expuestas en la presente denuncia, solicito a la DIRECCION NACIONAL DE CONTRATACIONES PUBLICAS, tengan por formulados los hechos arbitrarios mencionados y los cuales configurarían en presuntas irregularidades acaecidas en el marco del proceso de adjudicación de la licitación en cuestión. En conclusión, peticiono al señor Director de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, para cumpla en arbitrar todos los

Abg. Derlis Gonzalez Caballero
Juez Instructor
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

mecanismos legales que se encuentran a su alcance y dentro de sus facultades, de modo a precautelar el patrimonio y los intereses del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social (MSP Y BS) y para no consentir ningún acto administrativo irregular o arbitrario. La Dirección Nacional de Contrataciones Públicas no puede ni debe ignorar los hechos irregulares o circunstancias arbitrarias que se habrían dado en el marco de la licitación de marras; y por dicha razón, tiene la obligación legal de subsanar el proceso licitatorio de referencia, DECLARANDO DESIERTA LA MENCIONADA LICITACION. El señor Director de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, debería estudiar o analizar, si es que los hechos acaecidos ameritan la intervención del Ministerio Publico (en su caso), para la investigación de presuntos hechos punibles, en el caso de haberse consumado a su criterio. Oportunamente, y previo trámites de rigor, la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, se servirá ordenar la pertinente investigación de oficio de todo el proceso licitatorio de acuerdo a los términos de este escrito, y finalmente, se servirá DECLARAR DESIERTA LA "LICITACION PUBLICA NACIONAL NRO. 85/2015 PARA LA PROVISION DE MONTAJE E INSTALACION DE CLIMATIZACION PARA EL EDIFICIO DEL INAN PLURIANUAL CONVOCADA POR EL MINISTERIO DE SALUD PUBLICA Y BIENESTAR SOCIAL CON ID. NRO. 301.255". ES JUSTICIA.". (Sic).----------

De la lectura de la denuncia, se colige la disconformidad del denunciante respecto a la adjudicación llevada a cabo en el llamado de referencia, a favor del Consorcio FRIOZAN; así como también, respecto a las resultas tanto de la protesta como de la reconsideración planteadas ante la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas.----------

Al respecto, se aclara al denunciante que los hechos aquí denunciados ya fueron objeto de estudio por la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas y en tal sentido, se ha emitido la **Resolución DNCP N°969/17 de fecha 24 de marzo de 2017 de Cierre de la PROTESTA** (publicada en el Portal de Contrataciones Públicas) "*POR LA CUAL SE RECHAZA LA PROTESTA PROMOVIDA POR LA FIRMA BRITAM S.A. CONTRA LA ADJUDICACIÓN REALIZADA A FAVOR DEL CONSORCIO FRIOZAN S.A. EN EL MARCO DE LA LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL N°85/15 PARA LA PROVISIÓN Y MONTAJE DE INSTALACIÓN DE CLIMATIZACIÓN PARA EL EDIFICIO DE LA INAN - PLURIANUAL, CONVOCADA POR MSPyBS ID 301255*".----------

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

Abg. Derlis Gonzalez Calderon
Juez Instructor
Dirección Jurídica - DNCP

De igual manera, la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas se ha ratificado en su postura mediante la **Resolución DNCP N°1560/17 de fecha 17 de mayo de 2017 de Cierre de la Reconsideración** interpuesta por la firma BRITAM S.A. contra la Resolución DNCP N°969/17.----------

Entonces, al haberse pronunciado ya esta Dirección Nacional respecto a los hechos descriptos en la presente denuncia, mal podría ordenar la apertura de una investigación de oficio sobre cuestiones ya resueltas y que tienen efecto de COSA JUZGADA[1].----------

Que, constituye una fundamental responsabilidad de los entes convocantes el custodiar con celo los bienes institucionales, razón por la cual en la adquisición de bienes/insumos han de cuidar que los mismos resulten verdaderamente adecuados a los efectos de la satisfacción de las necesidades de la institución sin que ello implica una violación y/o restricción al principio de igualdad y libre competencia, el cual *–en este caso en particular–* no se vería afectado atendiendo a que del informe de evaluación y reevaluación según la Resol. DNCP N°969/17, se deducen los motivos por los cuales se procedió a la calificación y/o descalificación de cada uno de los oferentes participantes del presente llamado.----------

Sobre el particular, el Jurista Marienhoff en su "*Tratado de Derecho Administrativo*", nos dice que: "*EL PRINCIPIO DE REGULARIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO nos lleva a la conclusión de que la carga de la prueba de la irregularidad corresponde al denunciante, pues bajo la presunción apuntada quien pretenda ilegitimidad o nulidad de un acto administrativo debe alegar y probar lo pertinente, y por tanto,* ***a falta de pruebas del denunciante que permite desvirtuar el mencionado principio****, debe estarse por la regularidad de la adjudicación*".----------

En relación a ello consideramos ajustado a derecho lo dispuesto en las Resoluciones DNCP N°969/17 y N°1560/17 en cuanto al deber que radica en la firma recurrente/denunciante de probar el hecho que alega a la luz del Art. 9° del Decreto N° 7.434/11 "De la Carga de la Prueba: *Incumbirá la Carga de la Prueba a la parte que afirme*

[1] *"Indiscutibilidad de la esencia de la voluntad concreta de la ley afirmada en la sentencia" (Chiovenda).*

Abg. Denis González Calderón
Juez Instructor
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que la DNCP no tenga el deber de conocer. Los hechos notorios no necesitan ser probados; la calificación de los mismos corresponde al Juez…". (Sic.), no constituyendo la denuncia a través del Sistema de Protección al Denunciante la vía pertinente para subsanar la debida diligencia en el planteamiento de los RECURSOS que deben guardar los oferentes participantes de un llamado licitatorio.----------

En consecuencia, atendiendo a que el denunciante argumenta su postura en los mismos términos que la firma recurrente BRITAM S.A. lo hiciere en oportunidad de la protesta y de la reconsideración, no aportando hechos o elementos de juicio nuevos que justifiquen una eventual modificación de la decisión adoptada por la Dirección Nacional en las Resoluciones DNCP N°696/17 y DNCP N°1560/17, le recomendamos que en futuros procesos licitatorios ante duda y/o disconformidad de lo resuelto por esta Dirección Nacional inste los medios correspondientes como ser el RECURSO DE ACLARATORIA[2] y en todo caso, recurra ante el Tribunal de Cuentas de conformidad a lo dispuesto en el art. 84 de la Ley N°2051/03 De Contrataciones Públicas y 31 del Decreto N°7434/11 *"Por el cual se establecen ciertas reglamentaciones para los procesos sustanciados en la Dirección Jurídica de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas"*.----------

Siendo así, vale traer a la vista las disposiciones contenidas en el Art. 13 del Decreto 7434/11, que establece: "***las investigaciones sólo serán abiertas cuando, a criterio de la DNCP, <u>sea constatada la existencia de méritos o elementos suficientes</u> 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***" *[destacado nuestro]*.----------

[2] La Ley Nº 2.051/03 *"De Contrataciones Públicas"*, establece en el Título Primero *"De las Contrataciones Públicas"*, Artículo 8º: "*…en todo lo no previsto por esta ley, su reglamento y demás disposiciones administrativas que deriven de ellos, serán aplicables supletoriamente el Código Civil, las leyes que rigen el Procedimiento Contencioso Administrativo y el Código Procesal Civil*". Que, el Código Procesal Civil, Ley N° 1337/88, establece en el Título IV "*De los Recursos*", Capítulo II "*Del Recurso de Aclaratoria*", Artículo 387 y concordantes.

Abg. Denis González Calderón
Juez Instructor
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

Finalmente, por lo expuesto, esta Dirección Jurídica entiende que corresponde desestimar la denuncia por falta de méritos para iniciar una investigación de oficio y en razón que la Dirección Nacional ya se ha expedido sobre los hechos denunciados, con la *salvedad de que de surgir reclamos puntuales y/o hechos nuevos actuaremos en el ámbito de nuestras competencias*.----------

ABG. DERLIS GONZÁLEZ
Dirección Jurídica- DNCP

ABG. LUIS A. GODOY DURIA
Dirección Jurídica - DNCP