DNCP/DJ N° 4662/17

CASO 3513

Asunción, 08 de mayo del 2017.-

DENUNCIA INGRESADA A TRAVÉS DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN AL DENUNCIANTE INDIVIDUALIZADA COMO CASO N° 3513 EN EL MARCO DEL LLAMADO CONTRATACIÓN DIRECTA N° 05/17 PARA SERVICIO DE TRANSPORTE TERRESTRE DE FUNCIONARIOS – PLURIANUAL, CONVOCADO POR LA AGENCIA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y ACREDITACIÓN DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR (ANAES) - ID 323.870.----------

A partir de la denuncia recibida en fecha 04 de mayo de 2017 a través del Sistema de Gestión de Denuncias del Portal de Contrataciones Públicas e individualizada como Caso N°3513; 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 Nº977/96.------

La citada denuncia manifiesta en resumidas cuentas, cuanto sigue: *"…Según el Acta de Apertura de Sobres Nº 05/17, de fecha 15 de marzo de 2017, entre otras empresas, XXXX presentó oferta en la Contratación Directa Nº 05/2017 "Servicios de Transporte Terrestre de Funcionarios – Plurianual. Convocada por la Agencia Nacional de Evaluación y Acreditación de la Educación Superior (ANEAES)" De la verificación cuantitativa realizada, durante el acto público de apertura de sobres, mi oferta no fue objeto de ninguna observación, lo que permite deducir que cumplía prima facie todos los requisitos legales exigidos por el Pliego.- También se presentaron las firmas KT SERVICIOS DE MARTA E. ESCOBAR y ASU GROUP S.A.* ***Durante la evaluación cualitativa, la primera oferta –en precio– fue descalificada, quedando en carrera mi oferta junto con la presentada por la firma ASU GROUP S.A****. Entre ambas ofertas, la más baja en precio corresponde a mi*

Abg. Gustavo Zarza Domínguez
Dirección Jurídica - DNCP
Juez Instructor

Abg. José Arévalo Kunert
Coordinador Jurídico - DNCP

propuesta. En pocas palabras mi oferta fue la más baja en precio, que cumplía con todos los requisitos legales, técnicos, financieros y económicos, ya sean estos sustanciales o no sustanciales. Así las cosas, ***el Comité de Evaluación debió sugerir mi oferta para la adjudicación.- Sin embargo, sin dar más explicaciones que un número de memorando y un remitente, sugiere a la Máxima Autoridad Institucional que cancele el llamado****. Esta obra en consecuencia y, por medio de la Resolución Nº 83 del 3 de abril de 2017 resuelve la cancelación del llamado. Como veremos este acto administrativo, carece de motivación suficiente y se aparta abiertamente de las disposiciones contenidas en el art. 31 de la Ley 2051/03 "De Contrataciones Públicas".- El Informe de la Comisión adolece de falta de motivación administrativa en violación del art. 64 del Decreto 21.909/03 que hace refiere: Contenido del Informe de Evaluación. Al finalizar la evaluación de las ofertas, el Comité de Evaluación deberá emitir un Informe de Evaluación en el que se incluyan y se hagan constar los aspectos siguientes: "...Las justificaciones pertinentes…Así como de las "...Explicaciones respecto al incumplimiento de cada oferta…". Realizar remisiones a otros documentos para proceder a cancelar un llamado, sin realizar el más mínimo análisis de la documentación arrimada ya constituye una irregularidad. El comité de evaluación de ofertas se limita a señalar que "el nuevo requerimiento podría ocasionar daño a la administración".- En efecto, por medio de la Resolución Nº 83, el Presidente del Consejo Directivo de la Agencia Nacional de Evaluación y Acreditación de la Educación Superior (ANEAES), resolvió cancelar la Contratación Directa Nº 05/2017 "Servicios de Transporte Terrestre de Funcionarios – Plurianual. Po medio de la Nota ANEAES UOC Nº 039/2017, fechada el 3 de abril de 2017, la Unidad Operativa de Contrataciones, me comunicó que el llamado fue cancelado.- Somos muy conscientes en que la cancelación es una prerrogativa de la Convocante. La defensa de las Convocantes siempre cabalga sobre la tesis de la facultad discrecional de las mismas para hacerlo, obviando –adrede– que la ley establece límites y condiciones a esa prerrogativa, al establecer las causales o motivos de procedencia. Note S.S. que el art. 31 de la Ley 2051/03 dispone taxativamente los casos en que la Convocante puede cancelar una contratación y son: 1º) Caso fortuito o fuerza mayor: es doctrinariamente unánime la posición de asimilar ambos conceptos a situaciones imprevistas o que aún previstas sean inevitables y que no se deban a la negligencia o culpa de quien la invoca. En el presente caso, no se alega el caso fortuito ni la fuerza mayor.- 2º)*

Abg. Gustavo Zarza Domínguez
Dirección Jurídica - DNCP
Juez Instructor

Abg. José Arévalo Kunert
Coordinador Jurídico - DNCP

Extinción de la Necesidad: En su resolución la Convocante no ha manifestado ninguna circunstancia o justificación que permita suponer la extinción de la necesidad, salvo un "nuevo requerimiento" que más que un motivo es una argucia para justificar la cancelación.- Téngase presente que según dicho artículo tales hechos o circunstancias deben ser debidamente justificadas o motivadas. Tenga también presente que la extinción de la necesidad impide realizar otro llamado con el mismo objeto.- 3º) Daño a la Administración: En la Resolución 83 dictada por el Presidente del Consejo Directivo de la Agencia Nacional de Evaluación y Acreditación de la Educación Superior (ANEAES), se habla de "el nuevo requerimiento", sin precisar qué es lo nuevo ni el requerimiento al que hace alusión. La ANEAES tuvo la brillante oportunidad de adjudicar la Contratación a una oferta más baja, incluso que la estimación de costos, por lo que no se puede decir, que la misma sea dañina a los intereses institucionales.- Sobre el daño patrimonial existe en derecho cuatro teorías. La teoría jurídica del patrimonio (Sobre bienes jurídicamente tutelados), la teoría económica del patrimonio (Sumas de dinero), la teoría personal económica del patrimonio (Sobre "afectos" personales) y la teoría mixta, que se asemeja mucho a la primera. En la resolución que cancela la Contratación no se describe concretamente cuál o por cuánto y/o que afectos personales o bienes jurídicos serán afectados si se prosigue con el llamado. La DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS y la doctrina son unánimes al señalar que cuando se habla de daño este debe ser concreto, tangible, real y presente. No cabe simplemente invocar que existirá un daño si éste no se describe detalladamente. Si el daño es patrimonial económico se debe señalar al menos de cuánto es este daño.- Con esta resolución la ANEAES da la impresión de que prefiere tirar a un tacho de basura la Contratación antes que adjudicar los servicios a la firma R&M Servicios.- La ley 2051/03, siguiendo lineamientos doctrinarios, instituye que el Oferente tiene el derecho de conocer con exactitud el porqué del resultado negativo o positivo de un llamado, es decir, que el ***Informe de Evaluación y la consecuente resolución deben establecer expresa e inequívocamente por qué se cancela un llamado. Esta omisión o la falta de claridad ya son motivos suficientes para anular, tanto el informe de evaluación como la resolución que cancela el llamado****.- De acuerdo con el art. 10 de la Ley 2.051/03, el informe del Comité de Evaluación, la Adjudicación y todos los actos que son su consecuencia son nulos . El procedimiento debe retrotraerse al momento de la Evaluación*

Abg. Gustavo Zarza Domínguez
Dirección Jurídica - DNCP
Juez Instructor

Abg. José Arévalo Kunert
Coordinador Jurídico - DNCP

de las Ofertas para que –otro Comité de Evaluación– corrija el error inexcusable que se cometió al momento de evaluar las ofertas". (Sic) [El resaltado es nuestro].----------

Que, de la lectura de la denuncia transcripta en el párrafo anterior se desprende la disconformidad del denunciante respecto a la cancelación del llamado de referencia, por no encontrarse el acto administrativo emitido por la Convocante debidamente fundamentada.---

En primer lugar, es preciso aclarar que visto el Portal de Contrataciones Públicas, el **llamado en cuestión se encuentra CANCELADO mediante Resolución N° 83/17 de fecha 03 de abril de 2017 emitida por la Máxima Autoridad de la Convocante, Presidente del Consejo Directivo de la ANAES –Dr. Raúl Aguilera Méndez-**, la cual dispone: "1°. *Dispone la cancelación del llamado de Contratación Directa (CD) N°05/17 Servicios de Transporte Terrestre de Funcionarios – Plurianual – ID N°323.870, en virtud del art. 31 de la Ley 2051/03 De Contrataciones Públicas; 2° Autorizar a la Dirección de Contrataciones a comunicar a la Dirección de Contrataciones Públicas (DNCP) la Cancelación del llamado individualizado con el ID 323870, para su difusión en el Portal Oficial de las Contrataciones del Estado y 3° Comunicar y archivar*" y el **Dictamen UOC N° 02/17 de fecha 31 de marzo de 2017 e Informe de Evaluación** –justificativos de la cancelación- *"…Que, a través del Memorándum DGAF N°237-1/2017 y DA N°82-1/2017 de fecha 31 de marzo del corriente, de la Dirección Administrativa de la ANAES ha solicitado la cancelación del llamado; el mencionado memo literalmente dice:…en atención al hecho de que, conforme estaba previsto inicialmente en el llamado (en la carta de invitación), el nuevo requerimiento tenida por la Agencia no será satisfecha, esto hará incurrir a la larga en más gastos, perjudicando o en detrimento del patrimonio del Estado, ante esta circunstancia se solicita, con carácter urgente, el tratamiento del presente pedido. Como funcionarios públicos, estamos obligados a velar por la buena utilización de los recursos económicos del Estado asignados a la Agencia a través del Presupuesto General de Gastos de la Nación. La Ley exige responsabilidad en las decisiones a los administradores. Que pudiendo evitarse se generen gastos innecesarios, que pudiendo ocasionar un daño patrimonial al tener que realizar otro proceso para satisfacer la necesidad tenida y estando el proceso en un estado que no generará daño a ninguna de las partes, resulta conveniente disponer la cancelación del llamado de referencia…".*----------

Abg. Gustavo Zarza Domínguez
Dirección Jurídica - DNCP
Juez Instructor

Abg. José Arévalo Kunert
Coordinador Jurídico - DNCP

Que, nuestra legislación consagra la facultad de la Convocante de decidir en cada proceso de contratación, por la adjudicación a la oferta que cumpla con las exigencias legales —Art. 28° de la Ley N° 2051/03 y Art. 63° del Decreto N° 21909/03—, por la declaración desierta y/o cancelación del proceso cuando se configure alguna de las circunstancias de hecho establecidas en la norma.----------

En el supuesto de -**la cancelación del proceso de contratación**— la Convocante debe ceñir su actuar a lo establecido en el Art. 31° de la Ley 2051/03 De Contrataciones Públicas, que señala: "*Las Convocantes podrán cancelar una licitación por caso fortuito o fuerza mayor. De igual manera, podrán cancelarla cuando existan circunstancias, debidamente justificadas, que provoquen la extinción de la necesidad de adquirir o arrendar los bienes, contratar la prestación de los servicios o ejecutar las obras, o que de continuarse con el procedimiento de contratación, se pudiera ocasionar daño o perjuicio a los organismos, las entidades y a las municipalidades…*". (Sic).----------

Que, esta Dirección Jurídica entiende que la causal invocada, podría subsumirse en lo dispuesto en el art. 31 de la Ley 2051/03, por ende, en el caso en particular, la Convocante bajo su responsabilidad y, por los fundamentos expuestos –*evitar que se generen gastos innecesarios que pueden ocasionar un daño patrimonial al tener que realizar otro proceso para satisfacer nuevas necesidades de la Institución*-, dispone CANCELAR EL LLAMADO A CONTRATACIÓN DIRECTA N° 05/17 PARA SERVICIO DE TRANSPORTE TERRESTRE DE FUNCIONARIOS – PLURIANUAL, CONVOCADO POR LA AGENCIA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y ACREDITACIÓN DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR (ANAES) - ID 323.870, basado en el art. 31 de la Ley 2051/03 "*De Contrataciones Públicas*".----------

Ahora bien, de la lectura de la denuncia se desprende que el denunciante solicita la **impugnación del acto administrativo de cancelación** del llamado de referencia - Resolución N°83/17 de fecha 03 de abril de 2017, en razón de no estar conforme con los fundamentos que sustentan la citada cancelación.----------

Abg. Gustavo Zarza Domínguez
Dirección Jurídica - DNCP
Juez Instructor

Abg. José Arévalo Kunert
Coordinador Jurídico - DNCP

En tal sentido, cabe destacar 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.----------

Que, el artículo 79º de la Ley N° 2.051/03 "*De Contrataciones Públicas*", expresa literalmente que: "*...La protesta será presentada, a elección del promotor, por escrito o a través de medios remotos de comunicación electrónica que al efecto establezca la referida entidad, dentro de los diez días hábiles siguientes a aquél en que ocurra el acto o el promotor tenga conocimiento de éste*". (Sic).----------

Entonces, según lo indicado por la norma precedentemente transcripta, **toda persona que tenga un interés legítimo podrá presentar protesta dentro del plazo de 10 días hábiles desde que toma conocimiento del hecho que a su entender es irregular** (notificación de cancelación del llamado); y sobre el particular, de las documentales obrantes en el Portal de Contrataciones Públicas, se ha podido constatar que la Convocante ha remitido las notificaciones respecto al dictamiento del acto administrativo de cancelación en fecha 06 de abril del 2017.----------

Que, teniendo en cuenta el plazo establecido en el artículo 79° de la Ley 2051/03, el denunciante tenía hasta el 24 de abril para protestar contra la cancelación y es más, así lo hizo conforme obra en el portal de contrataciones –Resolución DNCP N°1273/17 "*Por la Cual se rehazó in límine la protesta promovida*"-, no constituyendo la denuncia a través del Sistema de Protección al Denunciante la vía pertinente para subsanar los defectos de forma de una protesta mal promovida por los oferentes participantes de un llamado licitatorio.-------

Por tanto, es claro que en el presente caso, **la cuestión denunciada no amerita la intervención de oficio de esta Dirección**, y en todo caso, la PROTESTA era el mecanismo de impugnación adecuado para analizar el actuar del Comité de Evaluación en el proceso de evaluación y recomendación de cancelación y que debe instar todo oferente que considere que se han vulnerado sus derechos.----------

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abg. Gustavo Zarza Domínguez
Dirección Jurídica - DNCP
Juez Instructor

Abg. José Arévalo Kunert
Coordinador Jurídico - DNCP

Finalmente, habiendo realizado las aclaraciones pertinentes al denunciante, esta Dirección Jurídica concluye que de acuerdo con lo previsto en el Art. 13 del Decreto N°7434/11 POR EL CUAL SE ESTABLECEN CIERTAS REGLAMENTACIONES PARA PROCESOS SUSTANCIADOS EN LA DIRECCIÓN JURÍDICA DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS[1] considera pertinente dar por finalizado el presente dictamen, *con la salvedad de que de surgir reclamos puntuales actuaremos en el ámbito de nuestras competencias.*----------

Que, a través de la Resolución DNCP N° 1399/17 se designa al Abg. José Arévalo Kunert, Coordinador Jurídico, como Encargado de Despacho de la Dirección Jurídica de esta Direccion Nacional de Contrataciones Públicas, en ausencia del Director Jurídico el Abg. Luis. A. Godoy Duria.----------

Abg. GUSTAVO ZARZA
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. JOSÉ ARÉVALO KUNERT
Encargado de Despacho
Dirección Jurídica - DNCP

[1] "*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 Estado; y* ***cuando la vía pertinente no sea la Protesta***".