DNCP/DJ N°4162/18

CASO N° 1

Asunción, 27 de marzo de 2018.-

DENUNCIA RECIBIDA A TRAVES DEL MÓDULO DE INVESTIGACIONES ELECTRÓNICAS CON PROTECCIÓN AL DENUNCIANTE REFERIDA AL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN DIRECTA N°04/18 PARA LA ADQUISICIÓN DE MUNICIONES, CONVOCADO POR EL MINISTERIO DE JUSTICIA (ID N° 340.598). --------

A partir de la denuncia recibida en fecha 15 de marzo 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° 1; 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. -----

En la citada denuncia recibida se ha expuesto, que: "*La CD de referencia presenta los precios referenciales muy por debajo del precio de mercado. Solicitamos tengan a bien monitorear dicho caso, ya que no es pasible de una libre competencia y da lugar a malas interpretaciones ya sea a que dicha contratación esté direccionada a algún proveedor en particular*". (Sic). ----------

Que, es importante aclarar que, si bien el denunciante solicita que esta Dirección Nacional investigue hechos supuestamente irregulares, no ha aportado ningún elemento y/o prueba de convicción respecto a algún tipo de irregularidad en el proceso licitatorio, que constituya algún tipo de indicio para dar trámite a una investigación seria y que revista la entidad suficiente para declarar la irregularidad de la presente licitación. ----------

Que, la definición clara y precisa de los hechos es una exigencia legal contenida en el Artículo 2° del Decreto Reglamentario N° 7434/11 —**De la forma en cuanto a la presentación de protestas y denuncias**— "*Tanto la formulación de las protestas y/o denuncias, como sus contestaciones, deberán ser presentadas conforme las reglas dispuestas por la DNCP para el efecto, y en cuanto a su forma, conforme a los siguientes puntos: a) nombre, domicilio del recurrente, número de telefónico y/o telefax, dirección de correo electrónico, en caso que cuente con una; b) denominación clara y precisa del Organismo, Entidad o Municipalidad contra quien se incoa el recurso administrativo;* ***c) identificación clara y precisa del procedimiento de contratación impugnado, incluyendo número de ID si lo conociere; d) la designación precisa de lo que se***

Abg. Gustavo Zaiz Domínguez
Dirección Jurídica - DNCP
Juez Instructor

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

impugna; e) los hechos en que se fundamenta, explicados claramente; f) el derecho expuesto sucintamente; g) la petición en términos claros y positivos; h) deberá acompañarse la prueba documental y ofrecerse las demás pruebas; *i) acreditar fehacientemente la representación que se invoca; y j) la acreditación de personería podrá ser reemplazada por la constancia del SIPE…".* **[El resaltado es nuestro]**. ----------

En definitiva, esta Dirección Jurídica mal podría dar sustanciación a un procedimiento en el cual no se reúnen todos los requisitos formales de admisibilidad, según lo prescribe el artículo citado más arriba que rige la sustanciación de denuncias. ----------

No obstante, mediante Nota DNCP/DJ N°3594/18 se ha solicitado a la Entidad Convocante informe y justifique lo referido en la denuncia transcripta, así también indique los oferentes que se presentaron al Acto de Apertura de Sobres acaecido en fecha 16/03/2018. ----------

Que, visto el Portal de Contrataciones Públicas, los precios referenciales dispuestos por la Convocante son los siguientes: Balines de Goma Calibre 12 MM (Gs. 10.500), Municiones Calibre 9MM (Gs. 3.800) y Municiones Calibre 38 MM (Gs. 4.200). -----

Que, en fecha 20 de marzo de 2018 mediante Expediente DNCP N°2091/18, la Entidad Convocante ha presentado descargo indicando que **para la obtención de los precios de referencia fue utilizado el promedio de las tres últimas ofertas recibidas por la Convocante en llamados similares, con un pequeño incremento ya se tratan de llamados de años anteriores**. Agrega que, se presentaron al Acto de Apertura de Sobres dos oferentes: MEGA SERVICE S.R.L. y TRANSCENTER S.R.L. Adjunta una planilla del cálculo de los precios referenciales y los cuadros comparativos con los precios ofertados en los distintos procesos llevados a cabo por la Institución. ----------

A continuación, cuadro de precio referencial, según cálculo realizado por Entidad Convocante: ----------

CALCULO DE PRECIO REFERENCIAL

Descripcion	SAFARI	Camping 44	TSB	Precio Promedio	Precio Promedio Utilizado
Balines de Goma Calibre 12MM	10.000	11.000	9.000	10.000	10.500
Municiones Calibre 9MM	3.100	4.500	3.000	3.533	3.800
Municiones CALIBRE 38MM	3.400	5.000	3.200	3.867	4.200

Que, vemos que la Entidad Convocante ha procedido a utilizar precios en licitaciones anteriores para el cálculo de promedio del precio referencial: a) Contratación Directa N°33/14 para la Adquisición de Municiones y Esposas (ID 283.260) – **precios adjudicados** de la firma Unipersonal TBS SPORT IMPORT-EXPORT de Teresa Subeldia

Abg. Gustavo Zarza Domínguez
Dirección Jurídica - DNCP
Juez Instructor

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

Benitez <Balines de Goma Calibre 12 MM (Gs. 9.000), Municiones Calibre 9MM (Gs. 3.000) y Municiones Calibre 38 MM (Gs. 3.200)>; y b) Contratación Directa N°08/15 para la Adquisición de Municiones (ID 293.153) – **precios adjudicados** de la firma SAFARI SPORT S.R.L. <Balines de Goma Calibre 12 MM (Gs. 10.000), Municiones Calibre 9MM (Gs. 3.100) y Municiones Calibre 38 MM (Gs. 3.400)>. ----------

Y como tercer precio, el **ofertado** por la firma CAMPING 44 S.A. en el marco de la Contratación Directa N°08/15 para la Adquisición de Municiones (ID 293.153) <Balines de Goma Calibre 12 MM (Gs. 11.000), Municiones Calibre 9MM (Gs. 4.500) y Municiones Calibre 38 MM (Gs. 5.000)>. ----------

Que, el **promedio** de dichos precios arrojaba <Balines de Goma Calibre 12 MM (Gs. 10.000), Municiones Calibre 9MM (Gs. 3.533) y Municiones Calibre 38 MM (Gs. 3.867)>, a lo que la Entidad Convocante indica haber realizado un pequeño incremento debido a que los precios tomados en consideración pertenecían a licitaciones de años anteriores. El **incremento** fue para el caso de Balines de Goma Calibre 12 MM (Gs. 500), Municiones Calibre 9MM (Gs. 267) y Municiones Calibre 38 MM (Gs. 333)>. ----------

En tal sentido, es importante recordar a la Convocante que se encuentra VIGENTE la **Resolución DNCP N°411/18 de fecha 01 de febrero de 2018 POR LA CUAL SE ESTABLECEN DIRECTRICES RELATIVAS A LA ESTIMACIÓN DE COSTOS**, que en su art 1° aprueba la GUÍA DE ELABORACIÓN DE PRECIOS DE REFERENCIA a ser utilizados por los Organismos, Entidades, Sociedades Anónimas con Participación Accionaria Mayoritaria del Estado y Municipalidades. ----------

Que, la mencionada guía enseña, cuanto sigue: ----------

A los efectos de la obtención de los precios de referencia, las Convocantes deberán:

1. Contar con al menos tres precios de potenciales oferentes, requeridos a través de cualquier mecanismo que permita disponer de evidencia de la solicitud y su respuesta, tales como fax, correo electrónico, nota u otro medio comprobatorio idóneo, o

2. Contar con al menos tres precios obtenidos de la combinación de dos o más de las siguientes opciones:
   a) Precios ofrecidos por empresas al público en general, para el bien, obra o servicio requerido por la Convocante, ya sea que tales ofertas hayan sido realizadas en un portal público de internet, o a través de publicaciones periodísticas, etc.
   b) Precios publicados por cámaras, organizaciones, instituciones, organismos del sector público o privado, nacional o internacional, que puedan ser verificados en revistas, páginas web, catálogos, u otros documentos, respecto de bienes, servicios u obras similares o idénticos a lo solicitado,
   c) Precios adjudicados por la propia Convocante, o por otros Organismos, Entidades o Municipalidades, conforme a los datos publicados en el Sistema de Información de Contrataciones Públicas
   d) Precios de potenciales oferentes, requeridos a través de cualquier mecanismo que permita contar con la evidencia de la solicitud y su respuesta, tales como fax, correo electrónico, nota u otro medio comprobatorio idóneo, o

Abg. Gustavo Zarza Domínguez
Dirección Jurídica - DNCP
Juez Instructor

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

3. Excepcionalmente, si por la complejidad, especialidad o particularidad de la contratación, no resulte posible alcanzar la cantidad de fuentes requeridas para la obtención de los precios, la Convocante podrá adoptar el mecanismo que considere apropiado para obtener los precios que servirán de base a su referencia, debiendo constar en un informe cómo se ha desarrollado el procedimiento para la obtención de los precios.

Que, si bien es cierto que la Entidad Convocante ha utilizado el numeral 2) de la citada guía para elaborar sus precios referenciales, en cuanto a los precios adjudicados por la propia convocante en licitaciones anteriores, no es menos cierto que, en relación al precio ofertado por la firma Camping 44 S.A. en el marco del Id 293.153, la misma debió requerirle los precios actualizados por cualquier mecanismo que permita contar con la evidencia documentada de su solicitud y respuesta; además del hecho que el incremento indicado en el promedio, por más mínimo que sea, requiere también de documentación respaldatoria. ----------

En tal entendimiento, **se recomienda a la Entidad Convocante** –ante el hecho denunciado- que debe proceder conforme a derecho, en virtud de lo establecido en la Ley N°2051/03 "*De Contrataciones Públicas*" y concordantes y orientar su actuar en el marco de todo procedimiento licitatorio en base a los principios básicos de las contrataciones públicas –IGUALDAD, LIBRE COMPETENCIA, TRANSPARENCIA y PUBLICIDAD- y especialmente, tener en cuenta a la hora de elaborar sus precios referenciales la normativa legal VIGENTE al momento de la realización de los llamados licitatorios. ----------

Se considera que no existe una irregularidad propiamente dicha que justifique la declaración de nulidad del procedimiento licitatorio, sobre todo atendiendo al Principio de Finalidad (instrumentalidad de las formas) con arreglo al cual es más importante que la finalidad del acto se cumpla a que sólo se produzca un agravio a la forma. ----------

Si la finalidad del acto se concreta, no hay nulidad. Y contrariamente, sólo cuando la ineficacia sea resultado de un vicio es posible hablar de nulidad. Por tanto, en materia de nulidad de actos administrativos, esta no debe ser usada en forma indiscriminada, sino que supone condiciones y supuestos excepcionales y su aplicación debe estar sujeta al cumplimiento de los principios que la regulan. ----------

En tal sentido, visto que el denunciante no ha probado el supuesto direccionamiento de las bases concursales argüido en su denuncia, asimismo tampoco ha indicado el precio de mercado de los bienes –municiones- y conforme copia del Acta de Apertura de Ofertas adjunta por la Convocante que se han presentado dos oferentes MEGA SERVICE S.R.L. y TRANSCENTER S.R.L. y no habiendo, registro alguno de procedimiento contra el llamado licitatorio en cuestión, se constata que no habría irregularidad manifiesta en el caso en concreto, que pudiese justificar la investigación y eventual anulación oficiosa del llamado. ---

Abg. Gustavo Zarza Domínguez
Dirección Jurídica - DNCP
Juez Instructor

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

Por todo lo expuesto, en base a lo denunciado, 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 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*", haciendo la salvedad de que de surgir reclamos puntuales actuaremos en el ámbito de nuestras competencias. ----------

ABG. GUSTAVO ZARZA
Dirección Jurídica - DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

ABG. LUIS GODOY DURIA
Director Jurídico - DNCP