Dictamen DNCP/DJ N° 12.216/20

DATOS DEL PROCEDIMIENTO

Procedimiento Jurídico:	Cierre Directo
Fecha de Dictamen:	12/10/2020
ID:	364594.
Procedimiento de Contratación:	Concurso de Oferta
Modalidad Complementaria:	No aplica.
Nombre de la Licitación:	Servicio de Seguridad y Vigilancia del Edificio Central de Turista Róga, Oficinas Regionales de la SENATUR y Misiones Jesuíticas.
Entidad Convocante:	Secretaria Nacional de Turismo (SENATUR).
Denunciante:	VIGILANCIA S.A., Sistema de Gestión de Denuncias Caso N°553/20.
Tema General:	Adjudicación.
Tema Específico:	Informe de Evaluación Deficiente.

RESULTADO

1. Ordenar el cierre de la denuncia individualizada como Caso N°533/20.
2. Aclaraciones y recomendaciones al denunciante.
3. Comunicar a quienes corresponda y cumplido archivar.

CUESTIÓN CONTROVERTIDA

El denunciante alega supuestas irregularidades en el marco del llamado de referencia, específicamente menciona que la Entidad Convocante ha rectificado arbitrariamente la adjudicación de los Lotes N°3, 4, 5 6, teniendo en cuenta que la DNCP sólo ha Resuelto ANULAR la adjudicación del Lote N°2 recaído a favor de la empresa VIGILANCIA S.A.

Según datos obrantes en el SICP a la fecha se encuentra en trámite el Recurso de Reconsideración interpuesto por la empresa VIGILANCIA S.A contra la Resolución DNCP N°3603/20 por la cual se ordenó rechazar la protesta interpuesta por la misma contra su descalificación en el lote 2 del llamado Id 364594. Por lo que se recomienda al denunciante esté atento a las resultas del citado recurso.

Así también señalamos que la Dirección de Normas y Control mediante Nota DNCP/DNC N°14.356/20, observa a la Convocante que debe rever la adjudicación de los demás lotes en los que fue adjudicada la empresa VIGILANCIA S.A, por no contar con la experiencia requerida. En este entendimiento, tras la aplicación del criterio de la revisión de los actos propios ,la Entidad Convocante cuenta con total potestad de rever las demás adjudicaciones sobre la base del no cumplimiento de los requisitos del PBC.

Por lo tanto, en base a las recomendaciones y aclaraciones realizadas al denunciante, se ordena el cierre del Caso N°533/20.

DENUNCIA:

En fecha 11 de setiembre de 2020, ingresa denuncia a través del Módulo de Investigaciones Electrónicas, individualizada como CASO N°533.

La denuncia señala lo siguiente:

Que, vengo por este escrito a formular denuncia por los hechos irregulares generado por la Resolución SENATUR N° 605/2020, en base a los argumentos de hecho y derecho que paso a exponer:

ANTECEDENTES.
Durante la primera evaluación del llamado, la Máxima Autoridad de la SENATUR ha resuelto adjudicar a la empresa VIGILANCIA S.A. los lotes 2, 3,4 y 5 del llamado Servicio de seguridad y vigilancia del edificio Central de Turista Roga ID 364.594, oficinas regionales de la SENATUR y Misiones Jesuíticas por cumplir con todas los requerimientos técnicos y legales además de ser la oferta más económica.

La empresa GREEN S.A., ha presentado una protesta contra la adjudicación del LOTE 2, y no contra los demás lotes adjudicados a la empresa VIGILANCIA S.A. Dicha protesta fue rechazada inicialmente, sin embargo, la empresa GREEN S.A. ha presentado una reconsideración al respecto, la que fue llamativamente aceptada y con ello se ha ordenado la reevaluación únicamente del lote 2 del llamado.

Durante la evaluación del Lote 2, el nuevo comité de evaluación conformado ha recomendado la adjudicación de dicho lote a la empresa GREEN S.A. Sin embargo, he presentado nuevamente una protesta contra dicha adjudicación, y en este momento se encuentra en etapa de estudio una reconsideración que hasta el momento ha recomendado a la convocante (SENATUR) suspender los tramites de contratación hasta tanto sea resuelta dicha protesta. Adjunto Resolución DNCP N° 3815/20.

Es por ello, que sorprende la comunicación de parte de la SENATUR de la Resolución N° 605/20 en la que dispone rectificar la adjudicación de los lotes 3,4,5,6 y adjudicar a la empresa GREEN S.A. dichos lotes en una absoluta actitud arbitraria y contraria a derecho, deviniendo así en nula por no ajustarse ni a las normas ni a los principios del derecho administrativo que regulan la materia.

DE LA IMPROCEDENCIA DE LA RECTIFICACIÓN
La Resolución Senatur N° 605/20 luego de un breve exordio, resuelve RECTIFICAR la adjudicación realizada a la empresa VIGILANCIA S.A. desconociendo el principio de legalidad y la situación de hecho generada al estar firme y en ejecución la adjudicación de la empresa VIGILANCIA S.A., la cual solo puede ser alterada por “REVOCACIÓN” del acto inicial, y no una rectificación cuyo alcance y capacidad es menor y excepcional.

La Administración debe rectificar los errores manifiestos y acreditados que contengan sus actos. La rectificación podrá tener lugar de oficio o a instancia de los interesados. Debe tratarse de errores de hecho o aritméticos y pueden rectificarse en cualquier momento. La rectificación de errores no puede implicar una revisión de oficio o una revocación encubierta (véanse

Revisión de los actos administrativos y Revocación), por ello no puede versar el supuesto error en valoraciones o calificaciones jurídicas, sino en errores de hecho o aritméticos, como por ejemplo, si figurara en el destinatario del acto un apellido diferente al suyo o si existiese un error en el cálculo de la cantidad de una subvención.
"En suma, la corrección material es excepcional: ha de admitirse sólo con criterio restrictivo y no podrá encubrirse bajo tal denominación, a actos que constituyen una verdadera revocación del acto original." Agustín Gordillo -Capítulo XII - MODIFICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO 4. Modificación de actos válidos. Rectificación o corrección material -XII-4.

DE LA IMPOSIBILIDAD DE REVOCAR LAS ADJUDICACIONES NO IMPUGNADA.
La ley 2051/03 establece de forma restringida, los posibles efectos de una protesta en el artículo Artículo 83 "EFECTOS DE LA RESOLUCION DE PROTESTA", los cuales transcribo a continuación:
La Unidad Central Normativa y Técnica (UCNT) emitirá su resolución en un plazo de diez días hábiles. En caso de que la Unidad Central Normativa y Técnica (UCNT) no emita la resolución en el plazo establecido, se reputará denegada la misma.

En su caso la resolución tendrá por consecuencia:
a) nulidad del acto o actos irregulares estableciendo, cuando proceda, las directrices necesarias para que el mismo se reponga conforme a esta ley;
b) la nulidad total del procedimiento; o
c) el rechazo de la protesta y la convalidación de lo actuado.

Estos efectos son los únicos posibles dentro del marco legal, el cual no es simple baladí dogmático, sino mandato Constitucional imperativo en las expresiones del art. 9o de la Constitución, que reza: "...Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe...". (Principio de legalidad).

Por ello, no es posible *(más allá de las facultades de la convocante)* improvisar resoluciones y conculcar la seguridad jurídica de los actos administrativos firmes y no impugnados, so riesgo de atentar contra el estado de derecho y la estabilidad de las normas jurídicas.

Inclusive la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas se ve restringida por el mandate de la ley, ya que aún en los casos de su actuar de oficio, las disposiciones establecen claramente las formas en las que debe proceder, la cual debe indefectiblemente dar participación a la parte afectada para que este realice el descargo correspondiente.

Este principio de bilateralidad y del derecho a la defensa se encuentra presente en la ley 2051/03 y en la propia reglamentación de la Secretaria Nacional de Turismo, que por analogía no puede permitir actos de mayor discrecionalidad.

En efecto, para la doctrina, los actos administrativos de disposición pueden ser discrecionales o reglados. Los discrecionales son aquellos que se sujetan al criterio de la Máxima Autoridad, a diferencia de los reglados donde no pueden apartarse de las formas establecidas en la ley.

"Las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el administrador debe seguir, o sea, cuando el orden jurídico establece de antemano qué es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto. Las facultades del órgano serán en cambio discrecionales cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera.

En el primer caso, la ley se sustituye al criterio del órgano administrativo, y predetermina ella misma qué es lo conveniente al interés público: En tales casos el administrador no tiene otro camino que obedecer a la ley y prescindir de su apreciación personal sobre el mérito del acto. Su conducta, en consecuencia, está predeterminada por una regla de derecho; no debe él elegir entre más de una decisión: Su actitud sólo puede ser una, aunque esa una sea en realidad inconveniente." Agustín Gordillo Facultades regladas y discrecionales de la administración. Derecho Administrativo.

La Resolución N° 605/2020 por ende se torna nula, por haber sido dictado en contra las expresas disposiciones de las leyes que regulan la materia. Las adjudicaciones de los lotes 3, 4,5 y 6 no han sido materia de discusión de la protesta realizada por la empresa GREEN S.A., y no es posible "por analogía" o "similitud" revocar actos administrativos en abierta violación a las formas establecidas en la ley.

Lo que se protege aquí, es la seguridad jurídica de los actos administrativos y el principio de legalidad que rige en favor del administrado, ya que si aceptáramos el argumento de la "analogía o similitud", bastaría una sola resolución de caracteres iguales para arbitrariamente quebrantar derechos ya adquiridos.

DE LA RESOLUCIÓN DNCP N° 2728/20

Las resoluciones deben ser cumplidas en la medida que son otorgadas. Excederse en las recomendaciones de las resoluciones deviene en actos arbitrarios y por ende nulos. De la misma manera, obviar este aspecto jurídico de las resoluciones se contrapone al principio de congruencia y a la motivación del acto jurídico de evaluación, limitado en este caso por la propia resolución 2728/20.

La Resolución 2728/20 ha resuelto además de hacer lugar al recurso de reconsideración, anular la adjudicación del Lote Nro. 2 recaída a favor de la firma VIGILANCIA S.A. y, en consecuencia, retrotraer el proceso a la etapa de Evaluación de Ofertas.

Como puede observarse, los lotes 3, 4,5 y 6 no han sido sido anulados, por lo que bajo ninguna circunstancia debería el comité evaluador haberse atribuido la capacidad de reexaminar lotes ya adjudicados y en plena ejecución.
Estamos entonces en presencia una arbitrariedad manifiesta que ha desencadenado en una serie de actos nulos, partiendo desde lo recomendado por el comité evaluación hasta la resolución hoy impugnada.

Si la motivación entendida como elemento que capacita al órgano administrador a efectuar actos administrativos que afecten administrativo encuentra su origen en una disposición arbitraria, es decir no fundada ni en la ley ni en una resolución (DNCP) que habilite a tal efecto, la nulidad queda manifiestamente visible, y debe ser por tanto subnada revocando el acto en tu totalidad.

No obstante, debemos mencionar que la resolución 605/20 menciona al artículo 65 del decreto 2992/19 para justificar la actuación del comité evaluador. Dicha interpretación del citado artículo se constituye en una falacia de "falsa equivalencia", donde se supone una apariencia lógica donde no la hay, ya que las atribuciones del artículo 65 debieron circunscribirse a lo resuelto en la resolución 2728/20, donde volvemos a insistir, NO SE HA ANULADO LA ADJUDICACIÓN DE LOS LOTES 3, 4,5 y 6, sino única y exclusivamente el Lote 2.

DE PREVARICATO

El Código Penal establece en su artículo 305 los elementos de la conducta que hacen al tipo penal de prevaricato, y lo describen de la siguiente manera:

1º El juez, árbitro u otro funcionario que, teniendo a su cargo la dirección o decisión de algún asunto jurídico, resolviera violando el derecho para favorecer o perjudicar a una de las partes, será castigado con pena privativa de libertad de dos a cinco años.

Nos reservamos el derecho de instar las acciones contencioso-administrativas y penales que correspondieran en derecho a los efectos de salvaguardar las garantías legales que se ven transgredidas con la Resolución N° 605/2020 sin perjuicio de las acciones indemnizatorias que pudieran ser pasibles de reclamos al estado y en forma solidaria a quién tenga a su cargo la salvaguarda del estricto cumplimiento de las leyes vigentes.

DE LA RECOMENDACIÓN DE SUSPENSIÓN DE CONTINUIDAD.
El recurso de reconsideración interpuesto por esta representación ante la DNCP, en el proceso de protesta de adjudicación reciente del lote 2 a la empresa GREEN S.A., ha resultado en la apertura del mismo con la recomendación de suspender la continuidad del lote 2 hasta tanto sea resuelto dicho recurso. Resolución DNCP N° 3815/20.
Este refuerza los argumentos de la presente denuncia, quedando claro que lejos de atribuirse facultades arbitrarias, la Secretaria Nacional de Turismo debería de forma prudente mantener el estado de los demás lotes y suspender la continuidad del lote 2, so pena de incurrir en mayores ilícitos.

Por lo tanto, y en base a lo expuesto precedentemente, a la Secretaría Nacional de Turismo solicito:
Tenga por formulada la presente denuncia en los términos que anteceden.
Disponga la suspensión de los efectos de la resolución 605/20 hasta tanto sea resuelta la presente impugnación.
Previos trámites de rigor, anular la resolución 605/20 en todos sus términos y las adjudicaciones irregulares establecidas en la misma.

ACUMULACIÓN DE CASOS:

No aplica.

ANTECEDENTES/PEDIDOS DE INFORME:

No aplica.

NOTIFICACIONES:

No aplica.

CONTESTACIONES:

No aplica.

ANÁLISIS:

La denuncia refiere supuestas irregularidades llevadas a cabo en el marco del llamado de referencia. Específicamente menciona que la Entidad Convocante rectifica arbitrariamente la adjudicación de los lotes N° 3, 4, 5 y 6 a favor de la empresa GREEN S.A siendo que solamente el Lote N°2 fue objeto de impugnación y de reevaluación .

En primer lugar cabe aclarar –***respecto al punto cuestionado impugnación del lote N°2*** - que la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas mediante Resolución DNCP N°2013/20 de fecha 18 de mayo de 2020, se ha expedido en el marco de la PROTESTA PROMOVIDA POR LA FIRMA GREEN S.A SECURITY CONTRA LA ADJUDICACIÓN EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL PARA SERVICIO DE SEGURIDAD Y VIGILANCIA DEL EDIFICIO CENTRAL DE TURISTA ROGA,OFICINAS REGIONALES DE LA SENATUR Y MISIONES JESUÍTICAS CONVOCADA POR SECRETARIA NACIONAL DE TURISMO ID 364594, publicada en el Sistema de Información de las Contrataciones Públicas (SICP).

En ese contexto cabe destacar que mediante la Resolución DNCP N°2013/20, la Dirección Nacional resolvió: *"Art 1 Rechazar la protesta; Art 2° Comunicar a quienes corresponda y cumplido archivar…**".***

No obstante, en el marco del Recurso de Reconsideración presentado por la firma GREEN S.A SECURITY cuya apertura fuere ordenada mediante Resolución N°2165/20 de fecha 27 de mayo de 2020 contra la Resolución DNCP N° 2013/20.La Dirección Nacional mediante Resolución DNCP N°2728/20 de fecha 03 de julio de 2020 se ha rectificado en la postura asumida en la protesta dejando en claro cuánto sigue : *"…se ha constatado elementos que ameriten la revocación de lo resuelto a través de la Resolución DNCP N° 2013/20, por lo que esta Dirección Nacional considera pertinente **HACER LUGAR al recurso de reconsideración interpuesto por la misma, REVOCAR la resolución recurrida en el presente proceso, y en consecuencia ANULAR la adjudicación recaída a favor de la firma VIGILANCIA S.A. y ORDENAR se retrotraiga el presente proceso a la etapa de evaluación de las ofertas**…."*.

Que, en fecha 10 de julio de 2020, la Entidad Convocante, visto la Resolución DNCP 2728/20 por la cual se HACE LUGAR AL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN, ANULA LA ADJUDICACIÓN RECAÍDA A FAVOR DE LA FIRMA VIGILANCIA S.A Y RETROTRAE EL PRESENTE PROCESO A LA ETAPA DE EVALUACIÓN DE OFERTAS, y mediante Resolución N° 433/2020 RESUELVE: *"Art 1°**ADJUDICAR** el Lote N°2 de la Licitación Pública Nacional N°04/2019 "SERVICIO DE SEGURIDAD Y VIGILANCIA DEL EDIFICIO CENTRAL TURISTA RÓGA, OFICINAS REGIONALES DE LA SENATUR Y MISIONES JESUÍTICAS" ID N°364.594; a la firma GREEN S.A con R.U.C N° 80057622-5, por un monto total de Gs. 700.765.401 (Guaraníes setecientos millones setecientos sesenta y cinco mil cuatrocientos uno); Art 2° **AUTORIZAR** a la Unidad Operativa de Contrataciones (UOC) a comunicar a la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP) la adjudicación del Lote N°2, del llamado individualizado con ID 364.594 a la empresa GREEN S.A para su difusión en el Portal Oficial de Contrataciones del Estado; Art 3° **COMUNICAR** a quienes corresponda y cumplido archivar".*

A la fecha **se encuentra en trámite el Recurso de Reconsideración presentado por la firma VIGILANCIA S.A, cuya apertura fue ordenada mediante Resolución N°3815/20 contra la Resolución DNCP N°3603/20** dictada en el marco del expediente

caratulado "*PROTESTA PROMOVIDA POR LA FIRMA VIGILANCIA SOCIEDAD ANONIMA CONTRA LA ADJUDICACIÓN EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL PARA SERVICIO DE SEGURIDAD Y VIGILANCIA DEL EDIFICIO CENTRAL DE TURISTA ROGA,OFICINAS REGIONALES DE LA SENATUR Y MISIONES JESUÍTICAS CONVOCADA POR SECRETARIA NACIONAL DE TURISMO ID 364594*", donde se rechaza la protesta instaurada por la recurrente contra su descalificación en el lote 2 dispuesta por la Resolución Institucional Nº433/20, antes citada. Por lo que **recomendamos al denunciante esté atento a las resultas del recurso de reconsideración**.

En cuanto a la Resolución N°433/20 emitida por la Entidad Convocante, según obran datos en el SICP, vemos que la Dirección de Normas y Control mediante Nota de Observación DNCP/DNC N° 14.356/2020 de fecha 30 de julio de 2020, menciona: "*ASPECTOS OBSERVADOS 1. En relación al expediente de referencia, esta Dirección informa que se procedió a realizar la verificación de la reevaluación conforme los documentos remitidos, por la cual, la convocante resuelve adjudicar en el Lote Nro. 2 a la firma GREEN S.A., revocando la adjudicación de la firma VIGILANCIA S.A. Sin embargo, se constató que la firma VIGILANCIA S.A fue DESCALIFICADA por no reunir la experiencia requerida en el PBC y atendiendo a que fue adjudicado en los Lotes 3, 4, 5 y 6 no se ajusta a los criterios de adjudicación dispuesto en la ley. Por tanto, solicitamos verificar la adjudicación realizada y efectuar los ajustes pertinentes conforme a la normativa".*

La entidad Convocante tiene la potestad de revisión de los actos propios, al respecto, expresa la doctrina: "…*Las circunstancias en cuestión tanto puede ser de "hecho" como de "derecho". De ahí que, respectivamente, el acto administrativo pueda ser extinguido por razones de mérito (vgr., revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia), o por razones de ilegitimidad (vgr. Revocación por razones de ilegitimidad y anulación), o por razones que tanto pueden ser de hecho como de derecho (vgr. "caducidad", que extingue el acto por un incumplimiento de deberes imputables al administrado..."* "La revocación por razones de "*ilegitimidad"* tiene lugar en supuestos de actos administrativos emitidos en contradicción con el orden jurídico positivo vigente, o en contravención a los principios básicos sobre "*legitimidad"* establecidos al respecto por la ciencia jurídica. Su carácter esencial es el de responder a un vicio de "*legitimidad",* no aun vicio de "mérito", y el de responder a un vicio *"originario*" del acto administrativo, es decir a un vicio concomitante con la emisión del acto, a un vicio "congénito" en suma"[1]. -

Así también cabe resaltar que, la **PROTESTA** es el mecanismo de impugnación previsto en la normativa, al que deben recurrir las partes si es que consideran que se ha vulnerado los derechos de los oferentes en el proceso de contratación o consideran que se han lesionado sus derechos como oferentes en el proceso de contratación.

Que, la **protesta** se encuentra regulada en los Art. 79 y 80 de la Ley 2051. Asimismo, es reglamentada por el **Decreto N°2992/19** ***"POR EL CUAL SE REGLAMENTA LA LEY N° 2051/2003 'DE CONTRATACIONES PÚBLICAS' Y SU MODIFICATORIA LA LEY N°3439/2007",*** *ART. 129° De la forma en cuanto a la presentación de protesta y denuncias.*

[1] Marienhoff. Tratado de Derecho Administrativo Tomo II Pag. 550

Así también, se señala que se encuentra vigente la **Resolución DNCP N° 572/20** ***"POR EL CUAL SE ABROGAN LA RESOLUCIÓN DNCP N° 5702/19 Y SE REGLAMENTA LOS PROCEDIMIENTOS SUSTANCIADOS EN LA DIRECCION JURÍDICA DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS".***

Finalmente, en base a las aclaraciones realizadas al denunciante, corresponde a esta Dirección Jurídica concluir que no hay méritos suficientes para la apertura de una investigación de oficio, en consecuencia, corresponde ordenar el cierre de la denuncia individualizada como Caso N° 533/20, con la salvedad que de surgir reclamos puntuales actuaremos en el ámbito de nuestra competencia.

De conformidad al protocolo de aplicación de medidas preventivas ante el riesgo de expansión del coronavirus (covid-19) en los Organismos y Entidades del Estado[2] el presente dictamen ha sido emitido por medios remotos de comunicación.

ABG. TANIA LEDESMA
Dpto. de Investigaciones - DNCP

ABG. MARIA EUGENIA OTAZO APONTE
Dirección Jurídica - DNCP

[2] Decreto N° 3442 de fecha 9/03/2020, Resolución Secretaría de la Función Pública Nº 146/2020, Resolución DNCP N° 1092/2020.