DNCP/DJ N° 4.136/16

Caso N° 3.177.

Asunción, 31 de mayo de 2016.-

INVESTIGACION PRELIMINAR SURGIDA A PARTIR DE DENUNCIA RECIBIDA A TRAVES DEL SISTEMA DE GESTION DE DENUNCIAS CON PROTECCION AL DENUNCIANTE, REFERIDA AL LLAMADO A CONTRATACION POR EXCEPCION PARA LA CONTRATACION DE FIRMAS CONSTRUCTORAS PARA LAS ACCIONES INMEDIATAS PARA LA ESTABILIZACION DE DEFENSA COSTERA DE LA CIUDAD DE ALBERDI AD REFERENDUM AL PGN 2016. CONVOCADA POR EL MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y COMUNICACIONES (MOPC) (ID N° 302.416).----------

La presente investigación preliminar fue iniciada por esta Dirección Jurídica, a partir de la denuncia recibida en por el Sistema de Gestión de Denuncias del Portal de Contrataciones Públicas como **CASO 3.177**; 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.----------

En la referida denuncia ingresada en fecha 16 de mayo de 2016, manifiestan cuanto sigue: *"...Por el presente denunciamos la existencia de graves irregularidades en el proceso de ejecución del Contrato de ejecución de la obra de Estabilización de la Defensa Costera de la Ciudad de Alberdi, que fuera adjudicada a la empresa BARRAIL HERMANOS S.A. en el marco del llamado MOPC N° 17/2015 "CONTRATACION POR EXCEPCION DE FIRMAS CONSTRUCTORAS PARA LAS ACCIONES INMEDIATAS PARA LA ESTABILIZACION DE LA DEFENSA COSTERA DE LA CIUDAD DE ALBERDI" ID N° 302416. La presente denuncia se funda en las publicaciones periodísticas que hacen referencia a que con posterioridad a la adjudicación del llamado Licitación se ha decido realizar modificaciones sustanciales a las EETT originalmente licitadas que alteran considerablemente las condiciones originales en que fue realizado el llamado, lo cual resulta totalmente ilegal ya que con esto se estarían dando condiciones más favorables para la empresa que resultó adjudicada al permitírsele sustituir la utilización de materiales de mucho mayor costo por otro de menor costo y también con esto se le estaría exonerando de la utilización de ciertos equipos y maquinarias muy especiales que eran exigidas en las bases del llamado. Seguidamente pasamos a describir A raíz de los hechos de deslizamiento*

Abg. Thania Ferreira Burgos
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

ocurridos en la Defensa Costera de la ciudad de Alberdi, Dpto. Ñeembucú, el MOPC aprueba por Resolución N° 2.488 del 30/12/2015, la Modalidad de Contratación por la Vía de la Excepción de Firmas Constructoras para las "Acciones Inmediatas para la Estabilización de la Defensa Costera de la Ciudad de Alberdi". El proyecto de emergencia consiste en la "estabilización" del muro existente por medio de un Relleno con piedras de diámetro graduado que oscila entre 0 a 10 cm, (llamado pedraplén), con un proceso constructivo vagamente especificado. El tramo a ser intervenido tiene una longitud de 1400 metros en forma paralela al muro existente, y un ancho de coronamiento final de 30 m. En general no estará permitido circular con máquinas pesadas sobre el muro existente, por lo tanto, las principales operaciones requeridas para el relleno del terraplén deben hacerse desde el agua. Para el relleno granular se requieren 176.000 m3 de piedra, que en peso representan 352.000 toneladas. Esta cantidad de piedra debe ser transportada por vía fluvial en barcazas y colocadas desde el rio. En las especificaciones técnicas del proyecto se sugiere la utilización de barcazas con fondo rebatibles que permitan la descarga in situ del material que transportan (ver foto 1 y 2). Foto 1 – Split Barges Foto 2 - Split Barges El principal cuestionamiento al proyecto, durante la etapa de consulta y aclaraciones de la licitación fue lo relacionado a la utilización del principal insumo exigido (PIEDRA) en la EETT , específicamente lo relativo al tamaño máximo de la piedra para el relleno granular, inclusive se solicitó expresamente la posibilidad autorizar la presentación de poder presentar ofertas ALTERNATIVAS al proyecto, en base a otros proyectos elaboradas por profesionales idóneos en la materia, sin embargo en todos los casos la CONVOCANTE rechazó todas las consultas y propuestas contestando que el oferente debía remitirse al Pliego de Bases y Condiciones, sin dar mayores detalles, En una de las consultas decía que el tamaño máximo de la piedra (10 cm) genera elementos de 1,5 kg. de peso, el cual, teniendo en cuenta la profundidad de caída y la velocidad de la corriente va a producir una dispersión del material, haciendo que las cantidades a colocar sean muy superiores a lo previsto. Fue solicitada una revisión del tamaño, y la respuesta fue ajustarse al Pliego de Bases y Condiciones. CONSIDERACIONES DE NOTAS ACLARATORIAS En la NOTA ACLARATORIA N° 3, Consulta 7, se solicita una "revisión del tamaño de la piedra". Respuesta: Ajustarse al PBC. En la NOTA ACLARATORIA N° 3, Consulta 14, se solicita presentar una alternativa al proyecto preparado por un profesional idóneo en la materia con estimación de los costos. Respuesta: Ajustarse al PBC. En la NOTA ACLARATORIA N°3, Consulta 15, 19 y 20, consultan la entrega de la FAJA Granulométrica. Respuesta: Ajustarse al PBC. MODIFICACIONES A LAS EETT ORIGINALES DEL LLAMADO A través de publicaciones periodísticas hemos podido tomar conocimiento

Abg. Thania Ferreira Burgos
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

que la Contratante (MOPC) habría aceptado sustituir las EETT permitiendo la utilización de unos muros portátiles, los cuales NO SE ENCONTRABAN contemplados en las EETT del PBC, ya que como se tiene mencionado durante la etapa de consultas uno de los interesados planteó la posibilidad de ofrecer soluciones alternativas lo cual fue RECHAZADO TAJAMENTE por la convocante, sin embargo después de proceder a la adjudicación y a la hora de iniciar la ejecución del trabajo permite la aplicación de un sistema alternativo dejando de lado la EETT previstas en el PBC. Seguidamente transcribimos el texto de una publicación periodística donde se hace referencia a las explicaciones dadas por un supuesto técnico de la empresa que fabrica los productos que serían utilizados en la construcción del muro por parte de la empresa adjudicada TECNOLOGÍA UTILIZADA Ricardo Bocanegra, técnico de la empresa que fabrica los productos a ser utilizados por Barrail Hnos. para la obra de estabilización, dio detalles acerca de la tecnología que será utilizada para contener el muro. "Básicamente, esto es infraestructura portátil, se trata de muros portátiles que se rellenan de cualquier material granular, sea concreto o cemento. Nos hemos apoyado en los estudios que el MOPC desarrolló por varios años, los cuales han sido muy valiosos. Vamos a trabajar en equipo para dar una solución rápida y segura", afirmó. En base a las manifestaciones se solicita a la DNCP la apertura de una investigación acerca de los hechos mencionados a fin de corroborar las irregularidades denunciadas…".----------

Que, esta Dirección Jurídica por medio de la nota **DNCP/DJ N° 3.527/16** de fecha 16 de mayo de 2016 ha solicitado a la Convocante – **MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y COMUNICACIONES - UNIDAD OPERATIVA DE CONTRATACIONES** que informe acerca de lo referido en la denuncia y remitan toda la documentación que consideren pertinente, en el plazo de 3 (tres) días hábiles, acusando recepción en fecha 19 de mayo de 2016.----------

Que, se ha comunicado a la **Firma BARRAIL HERMANOS S.A. DE CONSTRUCCIONES** por medio de la nota **DNCP/DJ N° 3.528/16** el inicio de la presente investigación.----------

La Firma **BARRAIL HNOS S.A. DE CONSTRUCCIONES**, mediante la Nota ingresada como Expte. N° 5652 de fecha 23 de mayo de 2016 manifiesta cuanto sigue: *"En primer término, confirmamos que fuimos adjudicados en el Llamado MOPC "Contratación por Excepción para las Acciones Inmediatas para la Estabilización de la Defensa Costera de la Ciudad de Alberdi" CE 17/2016. En ese sentido, declaramos que hemos ceñido nuestra oferta, el contrato y la obra hasta la fecha, ajustándonos a*

Abg. Thania Ferreira Burgos
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

lo estrictamente requerido en el Pliego de Bases y Condiciones, sin apartarnos del mismo. En ningún momento BARRAIL HNOS S.A. ha ejecutado trabajos no previstos o no licitados por la Entidad Convocante. Si bien se han realizados publicaciones periodísticas y se han dado comentarios, deslindamos responsabilidad por los mismos, así como de la interpretación que se pudiera tener de ellos, manifestando que no hemos realizado modificación alguna o alteración a los trabajos asignados en el Contrato N° 62/2016 del citado llamado, sabiendo que dicho contrato está sujeto a la Legislación vigente y por ende, no estaríamos incumpliendo un documento firmado de gran magnitud. La referida denuncia carece de contenido real, puesto que no son ciertas las afirmaciones hechas en la misma, además no se han aportado pruebas que exhiban las modificaciones argüidas y se ha basado en publicaciones de terceros. Entendemos que el denunciante carece de conocimiento e información respecto al objeto del Contrato, por lo que ha llegado a conclusiones erróneas. En caso de necesidad o contingencia, como empresa adjudicada, somos responsables de dar respuesta rápida y soluciones ante urgencias. Indicaciones y exigencias del Pliego de Bases y Condiciones con la verificación y control de las autoridades pertinentes. Nuestra intención y responsabilidad es el cabal cumplimiento del Contrato para el cual fuimos adjudicados y, por lo tanto, somos los primeros interesados en desempeñar la obra a la altura de las exigencias y según lo exige la legislación vigente...".----------

Asimismo, el **Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones** (MOPC) conforme **Nota UOC N° 2973/2016** ingresada como Expte. N° 5768 de fecha 25 de Mayo de 2016, realiza el descargo correspondiente manifestando cuanto sigue: *"Que, esta convocante niega y rechaza todos los argumentos con los que la denunciante pretender impugnar los actos realizados por esta convocante en el proceso de contratación por vía de la excepción del llamado supra mencionado, que no por ser una contratación "POR EXCEPCION", deja de tener condiciones y reglas que cumplir, reglas que fueron totalmente observadas por el Comité de Evaluación de Ofertas al momento de Recomendar la adjudicación. El proceso de ejecución contractual está siendo supervisada "in situ" por la UNIDAD DE PROYECTOS ESPECIALES-FRANJA COSTERA DE ASUNCION-conforme lo designa como administradora del contrato la cláusula N° 17 del contrato S.G. N°62/16, firmado entre el MOPC y la firma BARRAIL HNOS S.A. DE CONSTRUCCIONES, esto se demuestra fehacientemente con el informe presentado mediante el Memorándum DOP-UEP N° 246/2016 de fecha 20 de mayo de 2016 detallado a continuación: Denuncia: La presente denuncia se funda en las publicaciones periodísticas que hacen referencia a que con posterioridad a la adjudicación del llamado Licitación se ha decidido realizar modificaciones sustanciales a las EETT originalmente licitadas que alteran considerablemente las*

Abg. Thania Ferreira Burgos
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

condiciones originales en que fue realizado el llamado, lo cual resulta totalmente ilegal ya que se estarían dando condiciones más favorables para la empresa que resultó adjudicada al permitírsele la utilización de materiales de mucho mayor costo por otro de menor costo y también con esto se le estaría exonerando de la utilización de ciertos equipos y maquinarias muy especiales que eran exigidas en las del llamado. Respuesta: Hasta la fecha no se ha hecho ninguna modificación al Contrato N° 62/2016, firmado entre el Ministro de Obras Publicas y la Empresa Barrail Hnos. S.A. de Construcciones; por lo que carece de veracidad todo lo señalado por el denunciante. No obstante se cursa respuesta a las aseveraciones detalladas en la denuncia pertinente: Esta convocante está en conocimientos de las normativas relativas a las contrataciones del Estado, por lo cual entiende que no se pueden realizar modificaciones sustanciales a las especificaciones técnicas del pliego de bases y condiciones, y mucho menos una vez que las mismas ya han sido objeto de aceptación mediante la firma del contrato entre las partes; por lo que resulta un despropósito las expresiones temerarias, infundadas y sin asidero documental lanzadas por el denunciante. Los equipos y maquinarias solicitados en el pliego tendrán que ser utilizados necesariamente por la contratista, ya que no de ser asi, la misma se expone a penalidades establecidas en la legislación de las contrataciones publicas (existen polizas de seguros para el cumplimiento de lo requerido)...La obra se encuentra en su etapa inicial, y ningún cambio en las especificaciones ha acontecido hasta la fecha. Todo el proceso de relleno con piedras, con el diámetro solicitado, será cumplido por la contratista. Ciertamente no se permitió, ni se permitirá circular con máquinas pesadas sobre el muro de la defensa costera en las condiciones precarias existentes, por lo que las principales operaciones para el relleno del pedraplen deberán hacerse con embarcaciones que se encontraran trabajando desde el agua. Es decir, todo lo que el denunciante expreso sobre las especificaciones técnicas deberán ser cumplidas por la contratista, tal cual como están indicadas en el pliego de bases y condiciones. Por lo expresado precedentemente, se puede colegir que el proyecto no ha tenido modificaciones básicas, ni mucho menos sustanciales, y en caso de ser necesario complementar algunas acciones las mismas deberán ser realizadas en el marco de lo permitido por la Ley de Contrataciones Públicas. Esta convocante tiene el pleno derecho de mantener las especificaciones originales del proyecto, dado que fueron analizados por técnicos de probada experiencia, y son sustentables técnicamente, por lo que no se consideró la necesidad de aceptar ofertas ALTERNATIVAS. El denunciante, tomando en cuenta publicaciones periodísticas indica que esta contratante HABRIA

Abg. Thania Ferreira Burgos
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

aceptado sustituir especificaciones técnicas, sin demostrar un solo documento que otorgue veracidad a sus dichos; por tanto, se rechaza absolutamente todo lo expresado en la denuncia y se indica que todos los documentos referentes al llamado se encuentran publicados en su totalidad en la página oficial de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas; no obstante se adjuntan las documentaciones que guardan relación al llamado en cuestión..." .----------

El denunciante basa su denuncia en dos supuestos a su parecer irregulares, cuales son: ----------

- La modificación sustancial a las EE.TT. originalmente licitadas que alteran considerablemente las condiciones originales otorgando condiciones más ventajosas al contratista al permitir la sustitución de materiales de mucho mayor costo por otros de menor costo, exonerando la utilización de ciertos equipos y maquinarias especiales; y ----------
- Que durante la etapa de consultas y aclaraciones se solicitó expresamente la posibilidad de autorización para presentar ofertas alternativas al proyecto.----------

Con relación al primer punto y de conformidad a las constancias de marras el denunciante respalda su denuncia enunciando un artículo periodístico del que se desprende un comentario sobre la "*tecnología a ser utilizada*", siendo ésta la prueba principal, a entender del denunciante, que las Especificaciones Técnicas del proyecto de estabilización de Alberdi han sido modificadas luego de la adjudicación a la Empresa Barrail Hnos. Constructora.----------

Que, de acuerdo a las manifestaciones realizadas tanto por los responsables de la UOC del Ministerio de Obras Publicas y Comunicaciones como por la Empresa adjudicada Barrail Hnos. Constructora hasta la fecha no se habría realizado modificación alguna al Contrato N° 62/2016 suscripto entre las mismas.----------

Que, en efecto verificado el Sistema de Información de Contrataciones Públicas (SICP) no se constata la existencia de modificaciones al Contrato N° 62/2016 suscripto en el marco del llamado objeto del presente análisis.----------

Sobre el punto, resulta pertinente traer a colación lo dispuesto en el Art. 62 de la Ley N° 2051 "De Contrataciones Públicas", que regula respecto a la modificación de los contratos de obra pública expresando cuanto sigue: ***"En el caso de que fuere necesario ampliar, modificar o complementar una obra determinada debido a causas imprevistas o técnicas presentadas durante su ejecución, la Contratante podrá***

Abg. Thania Ferreira Burgos
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

celebrar con el mismo contratista, sin licitación, pero con el informe previo favorable de la Auditoria General correspondiente, los convenios modificatorios que requiera la atención de los cambios antedichos, siempre que se mantengan los precios unitarios del contrato original, reajustados a la fecha de celebración del respectivo convenio; y para los casos en que los trabajos complementarios no se hallen previstos en el contrato original, estos sean acordados entre las partes previa firma del convenio. Sólo podrán celebrarse convenios modificatorios en la medida que, conjunta o separadamente, no excedan del veinte por ciento del monto y plazo originalmente pactados y que no tengan por objeto otorgar al contratista condiciones más favorables con respecto a las señaladas originalmente en las bases y en el contrato". (el destacado es nuestro).----------

De esta forma, conforme se desprende del artículo que antecede, toda modificación a la obra originalmente pactada debe ser realizada a través de Convenios Modificatorios (adendas) y pueden ser realizadas siempre y cuando se encuentren reunidas las siguientes condiciones: ----------

- Que existan causas imprevistas o técnicas.----------
- Informe previo favorable de Auditoría. Este informe podrá suplirse con un dictamen legal, en los casos de Contratantes que no contaren con órganos de auditoría interna.----------
- Que se mantengan los precios unitarios.----------
- No se puede exceder el 20% del monto y del plazo inicialmente establecido.--
- La modificación debe ser necesaria para cumplir con el objeto del contrato.----
- **No se deben otorgar al contratista condiciones más ventajosas**.----------

Así también, es importante recalcar que conforme se desprende de SICP no consta que se hayan realizado cambios en las EE.TT como lo menciona el denunciante, ahora bien, es dable señalar lo establecido en el Art. 44 de la Ley N° 1.533/00 de la ***"EJECUCION Y RECEPCION DE OBRAS"*** que dice: ***"En el contrato se establecerá el plazo para el inicio y terminación de la obra, que se ajustaran a las especificaciones técnicas, al pliego de bases y condiciones y demás documentos del llamado a licitación pública o concurso. En el contrato se establecerán también las sanciones que correspondan aplicar por su incumplimiento";*** en concordancia con el Art. 46 que establece: ***"FISCALIZACION: La administración licitante nombrará los fiscalizadores necesarios para velar por la correcta ejecución de la obra. Estos deberán denunciar al ente licitante***

Abg. Thania Ferreira Burgos
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

las irregularidades que detecten, so pena de ser considerados responsables solidarios cómplices de las mismas..." normativas que habilitan al Ministerio de Obras Publicas y Comunicaciones en caso de encontrarse con las supuestas irregularidades denunciadas, tomar medidas al caso.----------

Con respecto al segundo punto denunciado cabe recordar que las consultas y/o aclaraciones solicitadas por los potenciales oferentes son mecanismos para despejar dudas que pudieran surgir sobre la licitación convocada no así para la propuesta de cambios al proyecto ya estudiado y programado por la Convocante, así también los oferentes disponen de otros mecanismos —como la protesta— para el reclamo de alguna irregularidad que pudiera surgir tanto por parte de otros oferentes como del pliego de bases y condiciones.----------

Cabe aclarar además que las personas que realizan denuncias no se deben limitar a dejar en claro su inconformidad con un acto sin proporcionar elementos probatorios que tengan la entidad suficiente para desvirtuar la presunción de regularidad de los procedimientos de contratación.----------

Es que todo acto administrativo individual lleva consigo la **presunción de regularidad**, esto es —según SALVADOR VILLAGRA MAFFIODO— la presunción de que el mismo verifica las condiciones de legalidad, autorización y competencia, forma y condición de hecho o motivación del acto, que hacen que el acto deba ser cumplido mientras no sea declarada su nulidad. Si bien tal presunción no está establecida expresamente en el ordenamiento positivo, la cuestión deriva de una razón práctica, que no es otra sino la de no enervar el cumplimiento de las resoluciones administrativas con la resistencia de los obligados fundada en la afirmación de que el acto es nulo[1].----------

En este sentido, una denuncia en los términos aquí visto no puede poner en riesgo la continuidad de un procedimiento de contratación cuyo objetivo sea la satisfacción de una necesidad de la Convocante, en la que se ve involucrado el interés público. *"El interés general está por sobre el interés particular"*, éste constituye un principio de rango constitucional.----------

Abg. Thania Ferreira Burgos
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

[1] Salvador Villagra Maffiodo. *"Principios de Derecho Administrativo"*. Ed. El Foro. Asunción. 1983.

Por consiguiente, en base a todo lo manifestado previamente, esta Dirección Jurídica de acuerdo con lo previsto en el Art. 13 del Decreto 7434/11 considera pertinente dar por finalizada la presente investigación preliminar, con la salvedad de que de surgir reclamos puntuales actuaremos en el ámbito de nuestras competencias.----------

ABG. THANIA FERREIRA BURGOS
Dirección Jurídica - DNCP

ABG. LUIS A. GODOY DURIA
Director Jurídico-DNCP

DIRECCION NACIONAL DE CONTRATACIONES PUBLICAS