DNCP/DJ N° 3441/14 **Caso: 2650**

Asunción, 18 de noviembre de 2014.-

INVESTIGACIÓN PRELIMINAR SURGIDA A PARTIR DE DENUNCIA RECIBIDA A TRAVÉS DEL SISTEMA DE GESTIÓN DE DENUNCIAS CON PROTECCIÓN AL DENUNCIANTE, REFERIDA A LA LICITACIÓN PUBLICA NACIONAL PARA LA "ADQUISICÓN DE CAMIONES CISTERNAS", CONVOCADA POR LA GOBERNACIÓN DE BOQUERÓN. ID 280882.----------

A partir de la denuncia recibida por el Sistema de Gestión de Denuncias del Portal de Contrataciones Públicas en fecha **10 de noviembre de 2014**; 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**.----------

La denuncia manifiesta cuanto sigue: *"... Por la presente utilizamos este sistema para denunciar a GOBERNACIÓN DE BOQUERON, con ID 280882, donde las Especificaciones Técnicas están direccionadas a la marca FOTON, REPRESENTADA POR MOTOMARKET.. En las Especificaciones Técnicas del vehículo requerido nos damos que las mismas coinciden exactamente con los requerimientos mínimos solicitados cuya marca más arriba se menciona, sin permitir a otros oferentes potenciales a presentar propuestas de vehículos con mayor o igual características pero con variaciones técnicas mínimas, sin afectar el rendimiento del vehículo ni a las funciones previstas para su futura utilización. Como prueba remito catálogo con las especificaciones en el que pueden corroborar la igualdad entre el pliego publicado por la convocante y el catálogo de la marca Fotón. Entendemos que, en aplicación al principio de Libre Concurrencia establecido en el ART. 4 de la Ley 2051/03, las Bases de la Licitación que nos ocupa deberán ser modificadas estableciendo la finalidad perseguida en la compra, es decir, que garanticen la satisfacción de las necesidades de la Convocante. Entendemos que existe más de*

DIRECCION NACIONAL DE CONTRATACIONES PUBLICAS

Gabriela Nazzarello
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Ana Luisa Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

un producto que podrá cumplir con los requerimientos de la Gobernación y que limitan a participar en este proceso. Esto tiene la consecuencia nefasta de permitir a un oferente alzar su precio "a su antojo" ante la conciencia que ningún otro oferente excepto él, podrá cumplir con las condiciones exigidas y en estas condiciones la gobernación debería realizar un un llamado vía excepción para adquirir directamente vehículos Fotón, lo que le enfrenta a la dificultad de tener que justificar porque otro vehículo no le serviría. Espero se tenga en cuenta esta denuncia a fin de evitar que este tipo de actos siga sucediendo y perjudicando a potenciales oferentes en desmedro a lo establecido en la ley 2051/2003. … "(sic).----------

El denunciante manifiesta que la Gobernación de Boquerón ha realizado su Pliego de Bases y Condiciones para el llamado para Adquisición de Maquinarias para la Secretaria de Obras Públicas" con ID N° 280882, con Especificaciones Técnicas direccionadas a la Marca Fotón representada por Motomarket, expresa, que la Convocante podría pedir especificaciones técnicas con características más generales, sin que esto afecte el rendimiento del vehículo ni las funciones prevista para los vehículos, el pedido se debe a que existen otros vehículos que pueden cumplir con las necesidades de la Convocante sin que esas modificaciones afecten la finalidad perseguida por ellos .----------

Por lo que la Convocante por medio del Econ. Oscar Alfredo Martínez procede a contestar la presente Investigación en nombre y representación de la Gobernación de Boqueron en su carácter de encargado de la UOC en la que manifiesta cuanto sigue: "…*Señor Director Nacional, conforme seguidamente pasaremos a exponer, la denuncia en cuestión necesariamente debe ser desestimada, tanto debido a que no posee elementos suficientes para iniciar una investigación de oficio, ni ser derivada a área alguna de la DNCP, así como debido a que los hechos denunciados claramente denotan un interés en presentarse como oferente al llamado, contando por ende el denunciante con lo que la DNCP entiende como interés legítimo, razón por la cual al verse agraviado en sus derechos como potencial oferente, debería haber utilizado el mecanismo procesal adecuado, cual es la protesta. A dicha*

DIRECCION NACIONAL DE CONTRATACIONES PUBLICAS

Abg. Gabriela Nuzzarello
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

conclusión podemos arribar, atendiendo a que la denuncia únicamente trata acerca de que se estaría limitando la concurrencia de potenciales oferentes…".----------

"… Es prudente traer a colación las resultas del Caso N° 2357 "DENUNCIA RECIBIDA A TRAVÉS DEL SISTEMA DE GESTIÓN DE DENUNCIAS CON PROTECCIÓN AL DENUNCIANTE, REFERIDA A LA LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL, PARA LA "CONSTRUCCIÓN DE PUENTE DE HORMIGON DE CENTRAL. ID 263.209", puesto que en el mismo, por NOTA DNCP/DJ N° 3342/14, la DJ ha desestimado la denuncia señalando que "…el Sistema de Gestión de Denuncias con protección al denunciante es un mecanismo previsto para denunciar hechos de corrupción para quienes no son parte en el proceso de contratación; y para aquellas situaciones en donde la protesta no fuere lo pertinente… Siendo así, vale traer a la vista las disposiciones contenidas en el Art. 13 de Decreto 7434, 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". 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, pueden ser objeto del proceso de impugnación de PROTESTA, si se acredita el interés particular afectado en el promotor del proceso de referencia…".----------

"…Similar solución se ha dado en el Caso N° 2531, por medio de Nota DNCP/DJ N° 2420/14 de fecha 27 de agosto de 2014, al concluir la Dirección Jurídica de la DNCP que "… en cuanto al cuestionamiento relativo a las especificaciones técnicas esta Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, ha mantenido el criterio constante al referir de que este procedimiento (denuncia), no es el medio idóneo para pretender modificar/objetar especificaciones técnicas, ya que existe un periodo de consulta, debiendo allí el oferente formular las que estime pertinentes y de no estar conforme, el interesado debe plantear una protesta en forma nominada, responsable y con el aporte de pruebas respectivo, declarando el

Abg. Gabriela Nuzzarello
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

interesado, bajo fe de juramento cuales de los hechos cuestionados son irregulares de conformidad a lo establecido en el art. 13 del Decreto 7434…".----------

"…Para concluir el presente punto, vemos que conforme los argumentos expuestos en base a lo denunciado, y teniendo presente las normas que regulan el proceso de investigación, la presente denuncia indefectiblemente debe ser desestimada en los términos del inciso a) del Artículo 17° del Decreto N° 7434/11…".----------

"… CUESTIONES DE FONDO: De igual modo, y aunque estimemos que la denuncia debe ser desestimada sin más trámite, seguidamente pasaremos a contestarla de la siguiente manera…".----------

"… Primeramente, el denunciante únicamente expone que el llamado está dirigido a una única marca, debido a que "… En las Especificaciones técnicas del vehículo requerido nos damos cuenta que las mismas coinciden exactamente con los requerimientos mínimos solicitados del vehículo cuya marca más arriba señala. (FOTON). Sin permitir a otros oferentes potenciales a presentar propuestas de vehículos con mayor o igual características pero con variaciones técnicas, sin afectar el rendimiento del vehículo ni a las funciones previstas para su futura utilización…", o sea, el propio denunciante señala que los requerimientos exigidos son MÍNIMOS, lo cual claramente puede ser observado en el Pliego de Bases y Condiciones, ya que se ha incluido una observación al final de las especificaciones técnicas dejando en claro que los requerimientos exigidos en las bases del presente llamado, son los requerimientos mínimos con los que deben contar los camiones a ser adquiridos por esta Institución para el efectivo cumplimiento en los fines para los cuales serán adquiridos. Es decir, no se requieren única y exclusivamente camiones que cumplan con tales requisitos, sino que las EETT que constan en las bases del llamado son nada más y nada menos que la base mínima con la que deben contar los camiones a ser adquiridos, ya que, teniendo en cuanta el clima, terreno y uso que se dará a estos, y la distancia existente entre el lugar de donde saldrán los

DIRECCION NACIONAL DE CONTRATACIONES PUBLICAS

Abg. Gabriela Nizzarello
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Luis A. Godoy Duria
Dirección Jurídica - DNCP

camiones, y el destino del agua que será transportada, resulta indispensable que cuente con ciertas características como por ejemplo la capacidad de almacenamiento que debe ser la más amplia posible, a fin de que se pueda abastecer a la colonia destinataria del agua a ser transportada con la menor cantidad posible de viajes, de adquirir bienes con características menores a las requeridas, no será suficiente para satisfacer las necesidades de esta Institución y de las colonias beneficiarias …".----------

"… Además de lo expuesto, cabe destacar que el Pliego de Bases y Condiciones es un acto administrativo, los actos administrativos se presumen legítimos y regulares por lo tanto no se les puede imponer una sanción, la cual en este caso sería la nulidad del PBC, sin prueba en contrario. Al respecto, resulta oportuno recordar que no es el acusado, en este caso la Gobernación de Boquerón, quien debe demostrar la legitimidad de sus actos, sino el denunciante debe demostrar la irregularidad que atribuye al acto administrativo en cuestión. El simple hecho de manifestar que las EETT son limitativas, no resulta suficiente para probar que efectivamente ningún otro oferente pueda dar cumplimiento a lo requerido…".---

"… Por último dejamos constancia que en la denuncia habla acerca de que las EETT se encuentran dirigidas a la marca FOTON y adjunta un catálogo al respecto, y el catálogo es de camiones volquetes, sin embargo el presente llamado tiene como objeto la adquisición de camiones cisternas ….".----------

Al respecto, cabe destacar que en el Pliego de Bases y Condiciones del llamado objeto de la presente Investigación Preliminar, se encuentra un cuadro de observaciones que pasamos a exponer seguidamente.----------

OBSERVACIÓN: TODAS LAS CATACTERISTICAS INDICADAS SON LAS MINIMAS REQUERIDAS.

En la misma se puede notar que la Convocante ha aclarado que las características solicitadas en su Pliego de Bases y Condiciones son las mínimas

DIRECCION NACIONAL DE CONTRATACIONES PUBLICAS

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

Abg. Gladys Ortellado Barrello
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

requeridas, es decir, los que tengan intenciones de ser oferentes en dicho llamado como mínimo deben poseer vehículos con Especificaciones Técnicas referidas, pudiendo ser más de lo establecido en el Pliego de Bases y Condiciones.----------

Así las cosas, en el Portal de Contrataciones Públicas se puede observar que en fecha 27 de octubre del año corriente la Gobernación de Boqueron ha emitido una Addenda en la cual se pueden constatar que se han producido modificaciones en algunos de los requisitos solicitados como especificaciones técnicas de los camiones solicitados. Addenda que el denunciante no hace referencia en su escrito de denuncia .----------

Resulta pertinente destacar que el llamado fue Publicado en fecha 14 de octubre de 2014, así también la fecha tope para realizar las consultas fue establecida para el día 04 de noviembre del corriente .----------

Por ultimo en cuanto al cuestionamiento relativo a las especificaciones Técnicas esta Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, ha mantenido el criterio constante al referir de que este procedimiento (denuncia), no es el medio idóneo para pretender modificar/objetar especificaciones técnicas, ya que existe un periodo de consulta, debiendo allí el oferente formular las que estime pertinentes y de no estar conforme, el interesado debe plantear una protesta en forma nominada, responsable y con el aporte de las pruebas respectivas, declarando el interesado bajo fe de juramento cuales son los hechos irregulares cuestionados y de conformidad a lo establecido en las reglamentaciones contenidas en la Ley 2051/03 y la ley modificatoria 3439, así como sus reglamentos, y en particular, el Decreto Nº 7434/2011 de fecha 07 de octubre de 2011.----------

Ahora bien, en cuanto al punto cuestionado en la denuncia, el recurrente afirma que con las características técnicas solicitadas por la Convocante producen una limitación para los demás oferentes quien afirma en su denuncia "*limitando a otros oferentes a presentar ofertas de vehículos con mayor o igual características*

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

pero con variaciones técnicas mínimas" en ese sentido cabe resaltar que la convocante al establecer claramente en cada uno de los ítems, que las características son las mínimas requeridas, da la posibilidad que se produzca el hecho mencionado anteriormente, es decir, al establecer características mínimas se colige que las características podrían ser variables a las establecidas, entonces se entiende que los vehículos podrían poseer características iguales o mayores a las requeridas, por lo que de por si tendrían las variaciones técnicas mínimas, hecho peticionado por el denunciante...".----------

En ese sentido, y en este caso en particular mal podría decirse que la Convocante ha direccionado el llamado a una marca específica, en razón a los argumentos anteriormente expuestos.----------

En estas instancias, es importante destacar que la Convocante en su escrito de contestación ha manifestado los motivos que justifican la necesidad de adquisición de camiones con las especificaciones requeridas, afirmando que: "*teniendo en cuanta el clima, terreno y uso que se dará a estos, y la distancia existente entre el lugar de donde saldrán los camiones, y el destino del agua que será transportada, resulta indispensable que cuente con ciertas características como por ejemplo la capacidad de almacenamiento que debe ser la más amplia posible, a fin de que se pueda abastecer a la colonia destinataria del agua a ser transportada con la menor cantidad posible de viajes, de adquirir bienes con características menores a las requeridas, no será suficiente para satisfacer las necesidades de esta Institución y de las colonias beneficiarias*".----------

Resulta pertinente en esta instancia hacer hincapié en que la Convocante ha hecho uso de las disposiciones legales aplicables, dentro de los límites que la discrecionalidad le permite, pues **constituye una atribución discrecional de las Entidades Convocantes determinar la cantidad o tipo de bienes o servicios a contratar**, la que debe encontrar su fundamento en las necesidades que deben ser satisfechas y que necesariamente resultan ser necesidades públicas. A más de ello

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abg. Luis A. Godoy Duria
Asesor Jurídico - DNCP

es de notar que la determinación de bienes o servicios a contratar, tanto los originalmente establecidos en el pliego de bases y condiciones, como aquellos que resulten del proceso de evaluación de las ofertas, es de exclusiva responsabilidad de la Entidad convocante, de conformidad a la disposición del **Art. 27° de la Ley N° 2051/03**.----------

Sobre el punto, citamos al Jurista **Ismael Farrando (h)**, cuando menciona: *"en un procedimiento licitatorio, el ente Licitante no deja de contar con las prerrogativas propias de su investidura, pero éstas no podrán avasallar las garantías del administrado, en este caso, inicialmente oferente, posteriormente probable preadjudicatario y/o adjudicatario, y finalmente contratista. Entre estos dos extremos debe mantenerse un delicado equilibrio que permita concretar el procedimiento licitatorio en el contrato que posibilite el cumplimiento del objeto por el cual se efectuó el llamado"*[1]. ----------

Siendo la Convocante la indicada para conocer sus necesidades y como satisfacerlas, se torna en una facultad discrecional la determinación de las condiciones y requisitos que deben cumplir los Oferentes, con la única limitación prevista en el citado **Art. 20 de la Ley 2051/03**. ----------

Esta Dirección Jurídica considera que **la posición de la Convocante en el presente asunto, resulta razonable en los términos expuestos en su respuesta**. ----------

En ese sentido, y en base a todos los hechos expuesto a lo largo del presente Dictamen, no cabe más que dar por finalizado el presente proceso .----------

Abg. Gabriela Nuzzarello P.
Dirección Jurídica-DNCP

DIRECCION NACIONAL DE CONTRATACIONES PUBLICAS

Abg. Luis A. Godoy Duria
Dirección Jurídica-DNCP

[1] ISMAEL FARRANDO (h) – "Contratos Administrativos" – Edit. Lexis Nexos – Pág. 205.

EEUU N° 961 c/ Tte. Fariña - Telefax: 415 4000 R.A. - Asunción, Paraguay
www.contrataciones.gov.py