Dictamen DNCP/DJ N° 12.577/20

DATOS DEL PROCEDIMIENTO

Procedimiento Jurídico:	Cierre Directo
Fecha de Dictamen:	19/10/2020
ID:	318719.
Procedimiento de Contratación:	Licitación Pública Internacional.
Modalidad Complementaria:	No aplica.
Nombre de la Licitación:	Llamad MOPC 138/16. Para la Contratación de las Obras de Mejoramiento del Corredor de Exportación de la Región Oriental - AD REFERENDUM al PGN 2017.
Entidad Convocante:	Ministerio de Obras Públicas.
Denunciante:	B&B S.A. Sistema de Gestión de Denuncias Caso N°536/20.
Tema General:	Marco lega/Normativa.
Tema Específico:	Excluida de la Ley 2051/03, inciso c).

RESULTADO

1. Ordenar el cierre de la denuncia individualizada como Caso N°536/20.
2. Aclaraciones y Recomendaciones al denunciante.
3. Comunicar a quienes corresponda y cumplido archivar.

CUESTIÓN CONTROVERTIDA

El denunciante refiere supuestas irregularidades en el marco del llamado de referencia.

Específicamente menciona que la empresa adjudicada ILSUNG CONSTRUCCION CO. LTD ha procedido a la Sub-Contratación de la firma B&B Construcciones S.A en contravención a lo dispuesto en el Pliego de Bases y Condiciones, por otra parte alega una supuesta sobrefacturación en la ejecución contractual del mismo.

El procedimiento denunciado no se rige por las reglas y procedimientos establecidos en la Ley 2051/03 de Contrataciones Públicas, por encontrarse subsumida en el artículo 2. Contrataciones Excluidas inciso c) de este cuerpo legal.

Del Pliego de Bases y Condiciones se desprende que la licitación se efectuará conforme a los procedimientos de conformidad con las Normas para Adquisiciones Financiadas por préstamos AOD del Japón Aplicables.

Por tanto, la Dirección Jurídica no posee atribuciones para dirimir impugnaciones o conflictos suscitados en el marco del mismo, ordenado en consecuencia el cierre de la denuncia individualizada como Caso N°536/20.

DENUNCIA:

En fecha 14 de setiembre de 2020, ingresa denuncia a través del Módulo de Investigaciones Electrónicas, individualizada como CASO 536/20.

La denuncia señala lo siguiente: *"Manuel Rodríguez Ferrer y Jorge Zarate Leiva, Abogados, en representación de la firma B y B S.A. según testimonio de Poder General que se adjunta a esta presentación, nos dirigimos a Ud., constituyendo domicilio Procesal en Alejo García 1.396 e/ Cap. Gwynn, correo electrónico jorge@zarate.com.py con el objeto de Formular Denuncia y Solicitar intervención Sumarial de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP), para la verificación contractual del proceso de referencia, LLAMADO MOPC N° 138 / 2016 Ad Referéndum al PGN 2017 I.D. Nº 318719 Contratación de las Obras de Mejoramiento del Corredor de Exportación de la Región Oriental Tramo 1: Natalio - 7 de Agosto Tramo 2: 7 de Agosto - Río Ñacunday Tramo 3: Río Ñacunday - Los Cedrales con base a los hechos que a continuación se citan:*

La formal denuncia es sobre:

- *Firma de contrato de Sub Contratación a pesar de estar expresamente No permitido en el Pliego de Bases y Condiciones y en el Contrato firmado. (ID 318.719).*

- *Posible sobre facturación en la ejecución contractual.*

<u>HECHOS</u>

Que, la firma ILSUNG CONSTRUCCION CO. LTD, fue adjudicada para ejecutar las obras en el Tramo 3 – Río Ñacunday – Los Cedrales, presentándose a dicho proceso concursal como una empresa individual. Es decir no se presentó en Consorcio ni declaró "join Venture/ Consorcios" con otros Subcontratistas.

Que, posteriormente a firma ILSUNG CONSTRUCCION CO. LTD acudió a la firma B&B Construcciones S.A., para la ejecución parcial de las obras bajo la modalidad de subcontratación. Este acuerdo fue formalizado entre partes el 14 de agosto de 2018.

Sin embargo, se ha advertido que en las Condiciones Específicas del Llamado Sub - Clausula 4.4. – Subcontratistas, que en el apartado (e) dice: "<u>Se permitirá subcontratar la ejecución de todas aquellas obras cuyos ítems no sean considerados como ítems principales</u>. <u>A tal efecto, se consideran como ítems principales los siguientes: 1. Paquete estructural del pavimento: a. Capeta de concreto asfáltico. b. Base de concreto asfáltico. c. Base granular. d. Sub base. E. Sub rasante. 2. Terraplén. 3 Terraplén para ensanche de plataforma. 4. Puentes: Toda la estructura del puente, excepto fundación</u>"

Que, de la misma forma las Condiciones Generales del Contrato establecen: "4.4 Subcontratistas <u>El Contratista no subcontratará la totalidad de las obras</u>. El Contratista será responsable de las acciones u omisiones de cualquier Subcontratista, sus agentes o empleados, como si fueran las suyas propias. Salvo indicación en contrario en las Condiciones Particulares: (a) el Contratista no estará obligado a obtener aprobación cuando se trate de proveedores de Materiales únicamente, o para la contratación de un Subcontratista que esté designado en el Contrato; <u>(b) se obtendrá el</u>

consentimiento previo del Ingeniero cuando se trate de la contratación de otros Subcontratistas que propongan; (c) el Contratista notificará al Ingeniero, con al menos 28 días de anticipación, sobre la fecha prevista de inicio del trabajo de cada Subcontratista, y del comienzo de dicho trabajo en el Lugar de las Obras; y (d) cada subcontrato incluirá disposiciones que den al Contratante el derecho de exigir que se le ceda el subcontrato con arreglo a la Sub cláusula 4.5 [Cesión de Beneficio de Subcontrato] (conforme proceda) o en el caso de terminación en virtud de la Sub cláusula 15.2 [Terminación por parte del Contratante]" (lo subrayado es nuestro)

Que, Considerando, que la empresa B & B S.A. fue subcontratada para ejecutar trabajos descritos en los ítems 2.5 "terraplén" y 2.8 "pedraplen", que se encuentran dentro de los ítems restringidos a la subcontratación. La referida subcontratación debió ser aprobada y notificada a la Contratante, como paso previo al inicio de los trabajos, por lo que corresponde que la Autoridad Normativa dentro del ámbito de sus facultades solicite el acuerdo homologado por el MOPC entre la Contratista y el Subcontratista (ILSUNG CONSTRUCCION CO. LTD - B&B) para verificar la legalidad del mismo, además de examinar cada uno de los ítems subcontratados.

Que, en las condiciones señaladas se puede evidenciar el comportamiento de la empresa ILSUNG CONSTRUCCION CO. LTD se encuentra subsumida la Sub cláusula 15.6 de la Condiciones Particulares, que dice: "Si el Contratante determina, basándose en evidencia razonable, que el Contratista ha participado en prácticas corruptas, fraudulentas, colusorias o coercitivas, al competir por el Contrato o al ejecutar el mismo, el Contratante podrá, después de dar una notificación al Contratista con 14 días de anticipación, rescindir el Contrato y expulsar al Contratista del Lugar de las Obras, y las disposiciones de la Cláusula 15 se aplicaran como si dicha rescisión ese hubiera hecho en virtud de la Sub clausula 15.2 "

Con lo expuesto se puede colegir que la firma ILSUNG CONSTRUCCION CO. LTD se presentó a dicho proceso concursal, declarando su capacidad técnica y logística para competir. Situación que fue evaluada y aceptada por la Convocante, pero posteriormente se evidencia que al no poder ejecutar de manera individual las obras, procedió a subcontratar de manera irregular a la empresa B & B. S.A.

Así las cosas, nos encontramos ante el quebrantamiento del Principio de Igualdad consagrado en el Art. 4° de la Ley N° 2051/03 "De Contrataciones Públicas", tergiversando datos que le permitan obtener dicho contrato, en detrimento de otras empresas que eran susceptibles de ejecutar las obras, así como posibles de colusión, sobrefacturación, corrupción y otros a ser determinados en el Sumario peticionado.

Que, además de la situación evidenciada, corresponde verificar el precio ofertado por la firma Ilsung y el abonado por la misma a la subcontratista, que podría derivar en una diferencia notable en la rentabilidad de la contratista en detrimento del Estado y otros potenciales oferentes.

Que, en el referido acuerdo entre partes, se estableció el sistema de pago mensual por Certificado de obras en que se computaban de acuerdo al avance de las obras, que eran presentados a Ilsung para el cobro. Estos Certificados eran validados por la Contratista para presentar al Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones (MOPC) a efectos de iniciar el proceso de pago.

En síntesis, las obras ejecutadas y certificadas por B&B S.A. eran utilizadas por la firma ILSUNG CONSTRUCCION CO. LTD para acreditar ante su Contratante – MOPC. En ese contexto, se constatan diferencias entre la Certificación presentada por B & B

S.A. a la Contratista ILSUNG CONSTRUCCION CO. LTD y las presentadas por la última al MOPC a efectos del cobro por avance de obras.

La situación anteriormente descrita se evidencia en la nota presentada por la firma B & B S.A., en fecha 24 de febrero de 2020, (Ver Nota EAO N° 31/20). Las diferencias sobrefacturadas alcanzarían la suma de Gs. 1.594.526.061, siendo este monto aproximando y en relación a un solo certificado que debieron ser verificadas y convalidadas por la Supervisión y Fiscalización de las obras.

La firma B y B S.A. no percibió de parte de ILSUNG CONSTRUCCION CO. LTD pago por demás respecto de las obras efectivamente ejecutadas. Es decir que las obras certificadas por B&B S.A. a ILSUNG CONSTRUCCION CO. LTD fueron pagadas en virtud al volumen real de trabajo certificado, en tanto que ILSUNG CONSTRUCCION CO. LTD al certificar más volumen de obra que el ejecutado por nuestra firma pudo estar percibiendo pagos del MOPC que no corresponden.

<u>Documentación respaldatoria</u>

En el folio 1 (uno) hoja de medición comparativa de Cantidades se aprecia en el Ítem 2.5 terraplén y 2.8 Pedraplen que en las cantidades acumuladas del certificado ByB – ILSUNG CONSTRUCCION CO. LTD son menores a las del certificado ILSUNG CONSTRUCCION CO. LTD – MOPC correspondientes al mismo de Certificación, en el folio 3 (tres) se verifica la Planilla de Medición firmada del certificado B y B S.A. ILSUNG CONSTRUCCION CO. LTD y en el folio 5 (cinco) y 6 (seis) de la planilla de medición firmada del certificado ILSUNG CONSTRUCCION CO. LTD - MOPC donde se verifica la adulteración en las cantidades en las mismas progresivas en el mismo mes certificado.

En el folio 7 (siete) hoja de medición comparativa de Cantidades se aprecia en el Ítem 2.5 terraplén y 2.8 Pedraplen que en las cantidades acumuladas del certificado ByB S.A. – ILSUNG CONSTRUCCION CO. LTD son menores a las del certificado ILSUNG CONSTRUCCION CO. LTD – MOPC correspondientes al mismo mes de Certificación, en el folio 10 de verifica la Planilla de Medición firmada del certificado ByB S.A. – ILSUNG CONSTRUCCION CO. LTD y en el folio 72 (setenta y dos) y 73 (setenta y tres) de la planilla de medición firmada del certificado ILSUNG CONSTRUCCION CO. LTD – MOPC donde se verifica la adulteración en las cantidades en las mismas progresivas en el mismo mes Certificado.

En los folios 11 (once) a 70 (setenta) Certificado ByB S.A. – ILSUNG CONSTRUCCION CO. LTD se verifica las planillas de Volumen de Movimientos de suelo y las secciones transversales donde indican las cota del terreno natural correspondientes a cada sección del tramo, comparar con las planillas y secciones transversales del Certificado ILSUNG CONSTRUCCION CO. LTD – MOPC folio 74 (setenta y cuatro) a 133 (ciento treinta y tres) donde se verifica la adulteración de las cotas del terreno natural y el aumento en el ancho de la sección tipo que no corresponda a la sección tipo del plano del proyecto (verificar folio 8 (ocho) Sección tipo del proyectó)

Ejemplo de adulteración del terreno natural, en el folio 12 (doce) del certificado ByB S.A.– ILSUNG CONSTRUCCION CO. LTD en la progresiva 99+980 en el eje la cota del terreno natural es de 187,99 y en el folio 75 (setenta y cinco) certificado ILSUNG CONSTRUCCION CO. LTD – MOPC en la misma progresiva 99+980 en el eje la cota del terreno natural es de 187.49 encontramos una adulteración del terreno natural de 0.50m, en el folio 69 (sesenta y nueve) certificado ByB S.A – ILSUNG CONSTRUCCION CO. LTD en la progresiva 110+800 en el eje la cota terreno natural es de 211,67 y en el folio 112 (ciento doce) certificado ILSUNG CONSTRUCCION CO. LTD – MOCP en la misma progresiva 110+800 en el eje la cota terreno natural es de 211,47 encontramos una adulteración del terreno natural de 0,20m

Folio 134 a 153 nivelación previa del terreno natural firmada por la fiscalización que se utiliza como base para el cálculo de volumen de terraplén.

Con base a lo expuesto, se considera que existen indicios claros para suponer la existencia de hechos que pudieran ser pasibles de persecución penal, dado que la certificación de obras no ejecutadas y el pago de las mismas configuraría cuando menos una conducta fraudulenta en la ejecución del contrato.

Conviene aclarar el límite de la responsabilidad de la firma ByB S.A., sobre los pagos por trabajos no ejecutados que pudiera haber percibido ILSUNG CONSTRUCCION CO. LTD mediante la utilización de los certificados, dado que la firma no ha tenido participación en la confección de los mismos que se hayan presentado al MOPC.

Que, el Art. 121 del Decreto N° 2992/2019, en relación a la carga de la prueba dice: "...Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP) no tenga el deber de conocer. Los hechos notorios no necesitan ser probados; la calificación de los mismos corresponde al juez. Quien ofreciera una prueba, deberá hacerse cargo del costo de su diligenciamiento, no siendo imputable a la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP), su no diligenciamiento, si quien la ofreciera no corriera con el costo de la misma...", por lo que al presente escrito se adjuntan los siguientes documentos evidencian lo denunciado:

- *Contrato Nº 11/2018 de fecha 14 de febrero de 2018 suscrito entre el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones y la firma ILSUNG CONSTRUCCION CO. LTD. y sus antecedentes publicados en el portal oficial de las contrataciones públicas bajo el ID Nº 318719.*
- *Copia autenticada del Subcontrato suscrito entre ByB S.A. e ILSUNG CONSTRUCCION CO. LTD.*
- *Nota EAO 31/2020 de fecha 24 de febrero de 2020 dirigida a ILSUNG CONSTRUCCION CO. LTD., por la que se informa discrepancia de mediciones y deslinde de responsabilidades por parte de ByB Construcciones S.A.*
- *Copia de Certificados de obra ejecutados por ByB S.A. en el marco del Subcontrato suscrito con ILSUNG.*

Que, a su vez corresponde que la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas evalué el costo de la subcontratación, verificando el precio ofertado por la firma Ilsung y el abonado por la misma a la subcontratista, que podría derivar en una diferencia notable en la rentabilidad de la contratista en detrimento del Estado y otros potenciales oferentes.

Que, con base a lo expuesto, se puede colegir la irregularidad en la ejecución del contrato, por lo que corresponde que la DNCP inicie un Sumario e Investigación sobre el referido proceso y a su vez remita los antecedentes a la Dirección de Verificación Contractual para comprobar los hechos denunciados a través del presente escrito.

El PBC dice textualmente; Si el Contratante determina, basándose en evidencia razonable, que el Contratista ha participado en prácticas corruptas, fraudulentas, colusorias o coercitivas, al competir por el Contrato o al ejecutar el mismo, el Contratante podrá, después de dar una notificación al Contratista con 14 días de anticipación, rescindir el Contrato y expulsar al Contratista del Lugar de las Obras, y las disposiciones de la cláusula 15 se aplicarán como si dicha rescisión se hubiera hecho en virtud de la su cláusula 15.2 [Terminación por parte del Contratante]

Por tanto, se solicita:

1. *Iniciar un Sumario a fin de determinar la responsabilidad por los hechos de Firma de contrato de Sub-Contratación a pesar de estar expresamente No permitido en el Pliego de Bases y Condiciones y en el Contrato firmado con el MOPC (ID 318.719) y Posible sobre facturación en la ejecución contractual.*
2. *Dar intervención de la Dirección de Verificación de Contratos para sus efectos.*
3. *Determinar la aplicación de las sanciones establecidas en la Ley 2051/03*

Sin otro particular, aprovecho la ocasión para saludar al señor Director con mi más alta estima y consideración".

ACUMULACIÓN DE CASOS:

No aplica.

ANTECEDENTES/PEDIDOS DE INFORME:

No aplica.

NOTIFICACIONES:

No aplica.

CONTESTACIONES:

No aplica.

ANÁLISIS:

El denunciante refiere supuestas irregularidades llevadas a cabo en el marco del llamado de referencia.

Específicamente refiere que la empresa adjudicada ILSUNG CONSTRUCCION CO. LTD ha procedido a la firma de un contrato de Sub- Contratación con la empresa B&B Construcciones S.A. a pesar de no estar permitido en el Pliego de Bases y Condiciones, así también alega una supuesta sobrefacturación en la ejecución contractual del mismo.

En primer lugar, es importante deja r en claro que visto el Portal de Contrataciones Públicas, el llamado en cuestión es una contratación excluida a la luz de lo dispuesto en el Artículo 2° de la Ley de Contrataciones, en consideración que se realiza en el marco del Proyecto de Mejoramiento del Corredor de Exportación de la Región Oriental-Préstamo AOD Japón, Número de Convenio: JICA PG-P17.

En tal sentido, resulta necesario traer a colación lo que expresa el Artículo 5° de la Ley 2.051/03 De Contrataciones Públicas, modificada por la Ley 3.439/07 que habla sobre la Autoridad Normativa, en materia de contrataciones públicas: *"Créase la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP), dependiente del Poder Ejecutivo, en sustitución de la Unidad Central Normativa y Técnica (UCNT), como institución de regulación y verificación de las contrataciones que caen en el ámbito del Artículo 1° de la Ley N°2.051/03 "DE CONTRATCIONES PÚBLICAS."* [Subrayado es nuestro].

Así también, el artículo 1° de la Ley 2015/03 sobre el Objeto y Ámbito de Aplicación de la misma, regla: "*La presente ley establece el Sistema de Contrataciones del Sector Público y tiene por objeto regular las acciones de planeamiento, programación, presupuesto, contratación, ejecución, erogación y control de las adquisiciones y locaciones de todo tipo de bienes, la contratación de servicios en general, los de consultoría y de las obras públicas y los servicios relacionados con las mismas*".

El artículo 2° de la Ley 2.051/03 refiere "***CONTRATACIONES EXCLUIDAS. Quedan excluidas de la aplicación del presente ordenamiento, las siguientes contrataciones: c)*** *Las que se efectúen en ejecución de lo establecido en los tratados internacionales de los que la República del Paraguay sea parte y* ***las que se financien con fondos provenientes de organismos multilaterales de crédito de los cuales Paraguay sea miembro,*** *en las que se observarán lo acordado en los respectivos convenios, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones de la presente ley en forma supletoria, cuando ello así se estipule expresamente o cuando no se establezca expresamente un régimen especial…*". [El resaltado es nuestro].

Que, asimismo en las bases concursales del llamado Sección VIII. Condiciones particulares, se deja en claro que, la ley aplicable a la presente licitación es la Ley N° 5283 de fecha 2 de octubre de 2014 por la cual se aprueban los términos y condiciones del Convenio de Préstamo PG-P17 y de la expropiación de los inmuebles y mejoras afectadas por la franja de dominio de la obra. Las Normas de Adquisiciones aplicables son las emitidas por la JICA.

Así también, del Pliego de Bases y Condiciones se desprende que la licitación se efectuará conforme a los procedimientos de conformidad con las Normas para Adquisiciones Financiadas por préstamos AOD del Japón Aplicables.[1]

A partir de lo expuesto, queda claro que conforme lo verificado, el objeto denunciado excede el ámbito de competencia de la DNCP por estar dirimida en el marco de una contratación excluida que se encuentra inmersa en el inciso c) del artículo 2° de la Ley 2051/03 De Contrataciones Públicas, por lo que, mal podría la Dirección Nacional expedirse al respecto.

[1] Sección VII Condiciones Generales, Apéndice. Punto 9. Controversias: Cualquier controversia o reclamo que surjan de, o con relación a, éste Convenio de la Comisión para la Resolución de Controversias, o el incumplimiento, la terminación o la invalidez de dicho convenio, deberá ser sometido a arbitraje institucional para su resolución definitiva. Si no llega a un acuerdo respecto del instituto de arbitraje, se regirá por el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y será concluido por un árbitro designado de conformidad a dicho Reglamento.

Que, esta Dirección Jurídica concluye que al tratarse de una contratación, que por ser financiado con fondos provenientes de organismos internacionales, no se sujeta a los rigores de la Ley N°2051/03 "De Contrataciones Públicas", la DNCP no posee atribuciones para verificar su ajustamiento o no a la misma, no obstante, en menester considerar que de la última parte del art 2° de la Ley de Contrataciones, se desprende que **en las contrataciones excluidas son responsables los titulares de los organismos, entidades y municipalidades, de la aplicación de criterios que garanticen al Estado Paraguayo las mejores condiciones, conforme a los principio señalados en el Artículo 4° de la Ley de Contrataciones**.

En consecuencia de tener alguna objeción respecto a la ejecución de la misma, recomendamos se dirija ante la Entidad Convocante Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones (MOPC) o bien a la oficina de JICA en Paraguay (Avda. Mcal. López 3794 esq. Cruz del Chaco Edificio CITIBAMK CENTER, 5to Piso).

Finalmente se trae a colación el art. 142 del Decreto Nº2992/19[2], 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 todo lo expuesto, esta Dirección Jurídica entiende que corresponde ordenar el cierre de la denuncia individualizada como Caso N°536/20, sin antes señalar una vez más que la Máxima Autoridad Institucional será la responsable de la aplicación de criterios que garanticen al Estado Paraguayo las mejores condiciones, conforme lo señalado en el artículo 2 –in fine- de la Ley de Contrataciones.

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[3] 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] POR LA CUAL SE REGLAMENTA LA LEY N°2051/03 DE CONTRATACIONES PÚBLICAS Y SU MODIFICATORIA LA LEY 3439/07.

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