DNCP/DJ N° 3596 /14

Asunción, 28 de noviembre de 2014.-

"INVESTIGACION PRELIMILAR SURGIDA A PARTIR DE DENUNCIA RECIBIDA A TRAVES DEL SISTEMA DE GESTION DE DENUNCIAS CON PROTECCION AL DENUNCIANTE Y POR MESA DE ENTRADA MANUAL COMO EXPTE N° 15384 REFERIDA A LA LICITACION PUBLICA NACIONAL PARA CONSTRUCCIONES VARIAS EN EL DEPARTAMENTO DE ÑEEMBUCU CONVOCADO POR LA GOBERNACION DE ÑEEMBUCU ID 276042".----------

La presente investigación preliminar fue iniciada por esta Dirección Jurídica, a partir de dos denuncias, la primera denuncia fue recibida a través del Sistema de Gestión de Denuncias del Portal de Contrataciones Públicas; 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 Nº 977/96. ------

En la referida denuncia, el denunciante señalaba, entre otras cosas, cuanto sigue: *"...Aún con la Adenda Nro. 2, donde se modifican los requisitos mínimos de Experiencia Específica en Obras del Lote Nro. 9, los mismos son muy elevados por lo tanto con esto se atenta sobre el principio de concurrencia y libre competencia, teniendo en cuenta que pocas empresas cumplen con dicho requerimiento, es más con el agregado en el ítem 1 donde dice, "En un solo contrato, ejecutado o EN EJECUCIÓN", da pié para pensar que dicho pliego está creado para favorecer a la empresa que actualmente está ejecutando un contrato de Pavimento Tipo Enripiado con la Gobernación, y varios otros contratos, que se adjudicaron en extrañas circunstancias y con precios bastante elevados..."* (sic).----

Que, por **Nota DNCP/DJ Nº 3.627/14** esta Dirección Jurídica ha solicitado a la **GOBERNACION DE ÑEEMBUCU** que informe acerca de lo referido en la denuncia supra mencionada, en una nota y adjunte la documentación que consideren pertinente.----------

En efecto, en fecha 06 de noviembre de 2014, por medio de **nota ingresada como Expediente N° 15392** se ha presentado el Econ. Cesar Verón Leguizamón en representación de la **GOBERNACION DE ÑEEMBUCU** y ha señalado entre otras cosas cuanto sigue: "*Se rechaza categóricamente todos los términos de la denuncia formulada, ya que la misma es claramente infundada, y no se halla respaldada en afirmaciones concretas, sino más bien vagas e imprecisas con el agregado temerario y malicioso de que le pliego habría sido creado para favorecer a una empresa o que se habrían efectuado adjudicaciones en extrañas*

Abog. Leticia Espínola
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Luis Alfredo Godoy Duré
Director Jurídico - DNCP

circunstancias...Los procesos licitatorios de la Gobernación de Ñeembucu siempre se han ajustado a las disposiciones de la Ley 2051/03 "De contrataciones Públicas" sus modificaciones y sus decretos reglamentarios, más aún en lo que atañe a la elaboración del Pliego General de Bases y Condiciones ya que todas las adendas emitidas por la Gobernación han cumplido estrictamente con las recomendaciones emitidas por la DNCP, en cuanto a las objeciones iniciales comunicadas en varias notas y la correspondiente adición de los requisitos establecidos en las mismas...Se rechaza expresamente que el pliego de bases y condiciones de la presente Licitación Pública Nacional haya sido creada para favorecer a una empresa determinada, o que la forma en quedó redactada la Adenda límite de alguna manera el principio de concurrencia o libre competencia, sino que por el contrario se ha precautelado el cumplimiento estricto de lo dispuesto en el Art. 4 de la ley 2051/03..." (sic).----------

Seguidamente, esta Dirección Jurídica a fin de efectuar un análisis de las cuestiones planteadas ha procedido a verificar los documentos publicados en el portal de contrataciones públicas referentes al llamado en cuestión.----------

Objeta el denunciante, que el PBC e incluso la **Adenda N° 2** están direccionados a aquellas empresas que actualmente ejecutan contratos con la entidad convocante, pues el PBC exige como experiencia que la empresa cuente con una cantidad de m2 de experiencia en un solo contrato ejecutado o en ejecución, y que este requisito está creado para favorecer a la empresa que actualmente presta servicios a la convocante.----------

Así vemos, que por medio de **Adenda N° 2** debidamente publicada en el portal de contrataciones públicas la convocante ha efectuado las siguientes modificaciones:

Adenda 02

En la Página 11 del PBC, donde dice:

5. Experiencia Específica en Obras. Requisitos mínimos
LOTE N° 09
Experiencia en Construcción de Pavimentos del Enripiado, con las siguientes características:
1- Superficie Pavimentada: 290.000 m2, como mínimo. (En un solo Contrato)
2- Movimiento de Suelos: 50.000 m3, como mínimo. (En dos Contratos)

Debe decir:

5. Experiencia Específica en Obras. Requisitos mínimos
LOTE N° 09
Experiencia en Construcción de Pavimentos del Enripiado, con las siguientes características:
1- Superficie Pavimentada; 250.000 m2, como mínimo. (En un solo Contrato ejecutado o en ejecución)
2- Movimiento de Suelos; 40.000 m3, como mínimo. (En dos Contratos)

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

Abog. Leticia Espínola
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

De las modificaciones efectuadas por medio de Adenda N° 2 no encontramos direccionamiento alguno hacia una empresa u oferente determinado, tampoco vemos que se haya vulnerado el principio de igualdad y libre competencia establecido en la normativa vigente, pues el Pliego de Bases y Condiciones en las circunstancias en que se encuentra, da la posibilidad de participar a todas aquellas empresas que hayan tenido experiencia en construcción de pavimento del enripiado o que se encuentre ejecutando un contrato similar a la obra a ser ejecutada por medio de la presente licitación.----------

Además de ello, vemos que anteriormente el PBC exigía en su **Sección II. Criterio de evaluación y calificación. Punto 5)** que el oferente cuente con 290.000 m2 de superficie pavimentada y 50.000 m3 de movimiento de suelo, sin embargo, con las modificaciones efectuadas por medio de Adenda N° 2, el oferente debe cumplir con 250.000 m2 de superficie pavimentada y 40.000 m3 de movimiento de suelo, por lo que con tales modificaciones se ha bajado la exigencia dando mayor participación a potenciales oferentes.----------

Sobre el particular, es importante recalcar que la Convocante cuenta con la facultad de establecer y evaluar los parámetros que considere pertinente para lograr la plena garantía de sus intereses y la máxima calidad de los bienes que va a adquirir y utilizar.----------

Recordamos al denunciante que constituye una atribución discrecional de las Entidades Convocantes, la de determinar la cantidad o tipo de bienes o servicios a contratar, la que debe encontrar su fundamento en las necesidades que deben ser satisfechas, las que necesariamente resultan ser necesidades públicas. A más de ello 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. ----------

Al respecto, según la doctrina existente, en la obra del jurista Enrique Sayagués Laso "La Licitación Pública" se expresa en relación a la igualdad para todos los interesados: *"La igualdad de los licitantes ante la Administración es uno de los principios fundamentales pero este principio de la igualdad de los licitantes no es absoluto y ha de entenderse que es posible por motivos justificados, establecer una cierta preferencia a favor de determinados licitantes, o más bien, de determinadas categorías de licitantes. Cuando existiendo motivos que realmente lo justifican, se establecen preferencias en forma impersonal para todos los que se encuentren en las condiciones indicadas, y así se hace constar con antelación, sea en el pliego de condiciones, sean en las leyes y reglamentos que regulan el procedimiento, nada puede argüirse en su contra, ni sostenerse su ilegalidad".* ----------

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

Abog. Leticia Espínola
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Sobre el punto, citamos al eminente Jurista Argentino, Ismael Farrando (h), "Contratos Administrativos" – Edit. Lexis Nexos – Pág. 332., quien al referirse al Pliego de Bases y Condiciones, expresa que: *"la elaboración del pliego de bases y condiciones es unilateral, puesto que constituye un típico acto de manifestación de voluntad del sujeto licitante, cuya validez no requiere del acuerdo de terceros ajenos a su ámbito".(sic)* ----------

Siendo la indicada para conocer sus necesidades y como satisfacerlas, se torna en una facultad discrecional de la Convocante, 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 discrecionalidad se ve aún más acentuada, en los procesos de contrataciones similares al que nos ocupa, el que posee un alto contenido técnico. ----------

El referido art. 20 de la ley 2051/2003, en relación a los PBC establece: ***"las especificaciones técnicas,*** *plazos, tolerancias, porcentajes u otras disposiciones de similar naturaleza que deban contener las base o* ***los pliegos de requisitos de licitación se establecerán con la mayor amplitud de acuerdo con la naturaleza específica del contrato, con el objeto de que concurra el mayor número de oferentes****; sin embargo,* ***deberán ser lo suficientemente claras, objetivas e imparciales, para evitar favorecer indebidamente a algún participante"***. (las negritas son nuestras). ----------

DENUNCIA PRESENTADA POR EL COSORCIO ÑEEMBUCU

Por otro lado, pasamos a exponer la **segunda denuncia** en el marco del presente proceso licitatorio presentada por el **CONSORCIO ÑEEMBUCU** a través de **Nota ingresada como Expte N° 15384 de fecha 06 de noviembre de 2014**, la misma señalaba cuanto sigue: "*...En representación de la firma oferente CONSORCIO ÑEEMBUCU tengo el agrado de dirigirme a usted con el objeto de solicitar la suspensión del Acto de Apertura de Ofertas...Dicha apertura de ofertas se llevará a cabo el día jueves 6 de noviembre de 2014 a las 10:00hs. En las oficinas de la Unidad Operativa de Contrataciones (UOC) de la Gobernación de Ñeembucu. Realizo este pedido de suspensión pues los miembros del consorcio al cual represento consideran que el presente acto licitatorio contiene ciertos problemas que afectan negativamente a los oferentes en general y al consorcio que represento en particular. Los problemas generados son de naturaleza sustancial, que podría afectar negativamente el patrimonio de los oferentes ya que en el PBC de este acto licitatorio exige requerimientos que a nuestro entender desvirtúan la naturaleza del mismo, al exigir a los oferentes requerimientos excesivos y/o innecesarios para esta etapa del proceso. El requerimiento que a nuestro entender es dervirtuante se encuentra específicamente en el Lote N° 09 "Pavimento de tipo*

Abog. Leticia Espínola
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Luis A. Godoy Duré
Director Jurídico - DNCP

enripiado ítem 3.1. en el apartado de materiales en el cual se expresa textualmente: "El oferente como condición previa a la presentación de la oferta deberá contar con el arrendamiento de una cantera de material de ripio señalado en forma antecedente, ubicado en un radio no mayor a 120 km del sitio de las obras. Dentro del proceso de evaluación de ofertas, el comité evaluador se constituirá en el sitio de la cantera al efecto de verificar la cantidad y calidad del material a fin de validar dicha cantera. El oferente debe presentar un contrato de arrendamiento de cantera de ripio (granular y de estape de cantera) con certificación notarial. De no ser presentado el contrato, presentado en forma incompleta o sin las formalidades y/o características señaladas la oferta será desestimada sin más trámites independientemente de los precios presentados y se procederá al análisis de la siguiente oferta." (sic)----------

Continúa el denunciante: *"Consideramos que la exigencia de contar el oferente con un contrato de arrendamiento de cantera no debe ser anterior a la adjudicación ni tener independencia de la misma, ya que de ser así, afectaría negativamente el patrimonio los oferentes no adjudicados en este llamado, exigiéndoles a los mismos, incurrir en un gasto innecesario (el de arrendar una cantera bajo el riesgo de no ser utilizada). Sabiendo que existen otros medios menos onerosos de cubrir la necesidad de asegurar el uso de materiales de calidad y en la cantidad requeridos por la Convocante. Podría sugerir a la Convocante un medio más comúnemente utilizado para este tipo de situaciones que es el de por ejemplo: "Exigir las empresas oferentes, la presentación de una declaración jurada, en la que se manifieste el compromiso del propietario de una cantera (que reúna las condiciones que satisfagan los requerimientos de la Convocante) de arrendar al oferente en caso de ser adjudicado del presente llamado salvando así este problema no menor."* (sic).----------

Finaliza su exposición el Consorcio Ñeembucú: *"En caso de no darse curso a este pedido la empresa a la cual represento no podrá hacer unos de su derecho a presentar oferta en esta licitación y en particular considero que este requerimiento imposibilitaría a varias potenciales oferentes de presentar ofertas, reduciendo así la posibilidad de la convocante de contar con la real mejor y más conveniente oferta."* (sic).----------

Que mediante **Nota DNCP/DJ N° 3282** de fecha 06 de noviembre de 2014, se ha solicitado informe a la **GOBERNACIÓN DE ÑEEMBUCU** acerca de lo referido en la denuncia supra mencionada.----------

Que, a través de nota ingresada como **Expte N° 16449 de fecha 24 de noviembre de 2014,** se ha presentado nuevamente el Econ. Cesar Verón Leguizamon en representación de la **Gobernación de Ñeembucú** a fin de expedirse sobre lo referido en los siguientes términos: "*...La LPN investigada no adolece de vicios de fondo o de forma o problema alguno...que le permitan ser calificadas como actos irregulares, o que pudieran acaso, afectar negativamente a*

Abog. Leticia Espínola
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Luis A. Godoy Durie
Director Jurídico - DNCP

los oferentes en general y al referido consorcio en particular, o que tales problemas sean de naturaleza sustancial, que pudieran afectar negativamente el patrimonio de los oferentes o que exista un requerimiento que desvirtúe la naturaleza del acto licitatorio…Muy por el contrario, las reglas establecidas en el PBC han sido debidamente establecidas y sucesivamente escrutadas por la DNCP…Téngase presente además que los plazos estipulados en la Ley de Contrataciones Públicas y sus normativas concordantes, así como las observaciones surgidas de la propia DNCP, han sido íntegramente respetados y cumplidos por la convocante, no obrando en el seno de la institución, consulta alguna dentro de los referidos plazos que pudieran haber sido acaso presentadas por la hoy denunciante, razón por la que resulta llamativa la presentación efectuada por el CONSORCIO ÑEEMBUCU ante la DNCP, justo en la fecha de apertura de sobres, a las 08:33 AM, en Asunción, cuando que en el PBC todos los plazos y etapas de la licitación estaban taxativamente estipulados. Basta con remitirse a los datos publicados en la Página Web Oficial de la prestigiosa Dirección Nacional de Contrataciones Públicas donde se puede advertir con mediana claridad que el PBC se publica el 10/10/2014, en tanto que, la presente malintencionada denuncia ingresa en la DNCP minutos antes de la apertura de sobres, lo cual constituye y un despropósito que solo busca truncar el proceso, que guarda relación con una necesidad nacional y departamental impostergable." (sic).----------

Prosigue la Convocante: "*En cuanto al ítem inválidamente cuestionado por la hoy denunciante reiteramos el concepto ya arguido en notas anteriores referidas a la presente licitación, que la presente obra representa una aspiración colectiva de vieja data para el departamento de Ñeembucú, lo que obligó a la Gobernación a tomar los recaudos mínimos como requerimientos básicos, convencida de que era importante precautelar absolutamente todos los aspectos que le permitan contratar a una empresa solvente en todas las dimensiones, sin por ello arriesgar en lo más mínimo la posibilidad de igualdad y libre competencia prevista en la Ley y la propia Constitución Nacional, por lo cual, ha estipulado efectivamente como requerimiento válido la presentación de un contrato de arrendamiento de cantera de ripio granular o ripio de destape de cantera, que no resulta fuera de lugar, atendiendo a que en la zona existen varias canteras explotadas permanentemente, y por ende resulta lógico que inmediatamente se libre la orden de inicio de la presente obra, que tiene previsto créditos presupuestarios por un monto cercano a los 12 mil millones de Guaraníes en concepto de anticipo, según previsiones efectuadas conforme a costos estimativos de la Convocante para que a partir de allí se ejecute sin el mínimo contratiempo y en el plazo previsto en el Pliego la ambiciosa obra socializada en el departamento, acompañada y aprobada ferviente y proactivamente por las autoridades por donde cruza el trazado de la obra y la población de las mismas y a su vez largamente acariciada no solamente por los lugareños, sino por potenciales inversores que a modo ejemplificativo pero no limitativo ya ven al distrito de Cerrito como uno de los roles de desarrollo turístico*

Abog. Leticia Espínola
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Luis A. Gomez Diaz
Director Jurídico - DNCP

inexplotado hasta hoy por falta de caminos todo el tiempo que no solamente dificultan el traslado de su población, sino que la llegada inclusive de compatriotas que aspiran disfrutar de las maravillas que ofrece dicho lugar…" (sic).----------

Primeramente, cabe mencionar que para que un proceso licitatorio pueda suspenderse, quien solicita la suspensión debe ofrecer caución. Recordamos que el **art. 4** del referido **Decreto** señala: "*…Sin perjuicio de la facultad de la DNCP de suspender el proceso de oficio, cuando la misma es solicitada por una de las partes, la convocante deberá expedirse respecto al pedido, contestando la vista que a estos efectos correrá la DNCP, conforme lo establecido en el* ***art. 82 de la ley 2051/03****…La Caución adoptará una de las siguientes formas: a) Garantía Bancaria emitida por un banco establecido en la República del Paraguay. B) Póliza de caución emitida por una compañía autorizada a operar a emitir pólizas de seguro de la República del Paraguay…****Ningún proceso de contratación será suspendido a pedido de parte si no mediare caución, conforme las disposiciones del presente artículo que garantice los daños y perjuicios que pudiera ocasionar la medida solicitada.*** *El ofrecimiento o la presentación de la caución no implica la obligación por parte de la DNCP de disponer la suspensión del proceso."* (sic). (el destacado es nuestro).----------

Seguidamente, el **art. 5 del Decreto** anteriormente citado indica: "*…****En caso de que el recurrente pretendiere la suspensión o prórroga del acto de apertura del proceso impugnado, formulando una protesta o denuncia, en un plazo inferior al indicado en el artículo que antecede, con la promoción de la protesta o denuncia deberá demostrar de manera fehaciente y documentada los motivos que le impidieron promover la protesta o denuncia en tiempo oportuno.*** *En estos casos, si el recurrente no diera cumplimiento a las disposiciones contenidas en el presente artículo, la DNCP no dará trámite a solicitud de suspensión o prórroga alguna, de un acto o etapa del procedimiento de contratación impugnado. (sic)* (el destacado es nuestro).----------

El recurrente, Consorcio Ñeembucú tampoco ha justificado el motivo por el cual impugnó el PBC el día 06 de noviembre de 2014, es decir, el día del acto de presentación y apertura de ofertas, teniendo en cuenta que conforme la normativa anteriormente transcripta, el recurrente que pretenda la suspensión del acto de apertura de ofertas dentro de los dos días hábiles anteriores al acto de apertura de ofertas deberá demostrar los motivos que le impidieron promover la denuncia con una mayor anticipación. ----------

No obstante y ahondando a la cuestión principal que dio apertura a la presente investigación preliminar, el recurrente objeta el requisito del PBC que exige que el oferente participante cuente con "un contrato de arrendamiento de una cantera de material de ripio ubicado en un radio no mayor a 120 km del sitio de obras", señalando que es un requisito que perjudica a los oferentes, pues según el denunciante, la exigencia de contar con el arrendamiento de una cantera no podría

Abog. Leticia Espínola
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

ser anterior a la adjudicación pues de esta manera afectaría negativamente el patrimonio de los oferentes no adjudicados en este llamado incurriendo en gastos innecesarios.----------

Es importante destacar que **la entidad Convocante tiene la facultad discrecional de elaborar los pliegos de bases y condiciones** y efectuar los llamados en base a las necesidades institucionales y objetivos o fines perseguidos para los cuales fueron creadas, y así también establecer los parámetros que considere necesario para lograr la plena garantía de sus intereses y la máxima calidad de los bienes que va a adquirir y utilizar.----------

Además de ello, es de notar que constituye una atribución discrecional de las Entidades Convocantes, la de determinar el tipo de bienes o servicios a contratar, la que debe encontrar su fundamento en las necesidades que deben ser satisfechas, las que necesariamente resultan ser necesidades públicas.----------

En este caso en particular, y teniendo en cuenta la envergadura del llamado, consideramos coherente que la convocante tenga la certeza de que el oferente adjudicado cuente con un contrato de arrendamiento de cantera dentro del radio de 120 km del lugar de la obra, a la fecha de la apertura de ofertas y no con posterioridad, a fin de evitar adjudicar el llamado a empresas que no dispongan de una cantera, y por tal motivo se deba realizar una nueva adjudicación por posibles incumplimientos posteriores del contratista y que por dicha situación se retrase la ejecución de la obra, que es indispensable para el progreso de la región e incluso del país.----------

Además de ello, cabe aclarar al denunciante que la difusión de los llamados a contrataciones en el Portal de Contrataciones Públicas se realiza para asegurar irrestrictamente el acceso a la información relacionada a dichos llamados. Por tanto, si el denunciante tenía dudas o no estaba de acuerdo con algún punto del PBC, el mismo debió efectuar consultas en la etapa pertinente, o debió apelar a la utilización de la PROTESTA, como medio de impugnación, si entiende que existen actos que contravienen lo dispuesto en la Ley o que agravien su condición de oferentes.---------

Que, es conveniente traer a la vista la disposición contenidas en el **Art. 13 del Decreto Reglamentario 7434 del 2011**, 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***" *[destacado nuestro].*----------

Las personas interesadas pueden protestar ante la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP) en cualquier etapa del procedimiento de contratación, cuando existan actos que contravengan las disposiciones que rigen las

Abog. Leticia Espínola
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

materias objeto de la ley. La protesta debe ser presentada, dentro de los DIEZ (10) días hábiles siguientes a aquél en que ocurra el acto o el promotor tenga conocimiento de éste —por ejemplo, a través de la cédula de notificación de la adjudicación—. ----------

En este sentido, a fin de que se impriman los trámites correspondientes a la Protesta, resulta necesario que se cumplan los requisitos establecidos en la Resolución DNCP Nº 1220/09 —que se encuentra publicada en el Portal de Contrataciones Públicas—. ----------

Finalmente, y en base a todo lo mencionado en el presente dictamen corresponde dar por finalizada la presente investigación preliminar, con la salvedad que de surgir reclamos puntuales actuaremos en el marco de nuestra competencia.-

Abog. **LETICIA ESPINOLA INFANTE**
Dirección Jurídica-DNCP

Abog. **LUIS A. GODOY**
Director Jurídico-DNCP