DNCP/DJ N°196/15 **Caso N° 2264**

Asunción, 2 de julio de 2015.-

"INVESTIGACION PRELIMINAR SURGIDA A PARTIR DE DENUNCIA RECIBIDA A TRAVES DEL SISTEMA DE GESTION DE DENUNCIAS CON PROTECCION AL DENUNCIANTE REFERIDA A LA CONTRATACION DIRECTA PARA LA CONSTRUCCION DE PAVIMENTO PETREO ID 257674 CONVOCADO POR LA MUNICIPALIDAD DE LA PALOMA DEL ESPIRITU SANTO.----------

A partir de la denuncia recibida por el Sistema de Gestión de Denuncias del Portal de Contrataciones Públicas Caso N° 2264; 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 N° 977/96.**----------

La denuncia manifiesta, cuanto sigue: En el Anexo 1 en el ítem 10.k. donde dice "COPIA/S DE RECEPCIÓN/ES DEFINITIVAS DE OBRAS PERIODO 2011/2012", considero que es una forma de dirigir el llamado ya que tratándose de una Contratación Directa en donde se supone que el estado da la oportunidad a Empresas Nuevas que puedan empezar a formarse se restringe el trabajo y no permite que las mismas puedan empezar a hacer sus primeras obras. ¿Y qué pasa si iniciaste tus actividades en el 2013 y ya tienes realizadas obras? ¿no te podes presentar hasta dentro de 3 años a los llamados de Contratación Directa? Otro punto que restringe la presentación de las Empresas Nuevas es el del Anexo 1 ítem 17.2. "Experiencia" a) Demostrar contar con 2 años de experiencia como mínimo en obras solicitada en este llamado(3 contratos) Nuevamente aqui se condiciona la oportunidad de trabajo, claramente dirigiendo la obra hacia empresas que ya cuentan con otras obras con el municipio ya que debido al monto de la obra por ser una Contratación Directa una empresa con la experiencia solicitada que no sea de la zona no se presentaría al llamado, ya que sus costos indirectos serían mayores que el beneficio proyectado. Favor revisar este pedido debido a que las Empresas Emergentes también deseamos trabajar y poder presentar competitividad para mejorar las obras contratadas por el estado. (sic) ----------

Que, a través de nota DNCP DJ N° 2472 se ha corrido traslado de la denuncia a la institución Convocante.----------

Atendiendo a lo denunciado la Dirección Jurídica de la DNCP cree pertinente efectuar las siguientes consideraciones: ----------

Ciertamente, al exponer su caso el denunciante, expresa su disconformidad con respecto al PBC del presente proceso licitatorio, dejando a la luz el interés en participar en

Abg. Leticia Espínola
Coordinadora de Procesos
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

el llamado en cuestión. Por tanto, es claro que en el presente caso, las cuestiones denunciadas no ameritan la intervención de oficio de esta Dirección, y en todo caso, debió ser objeto del proceso de impugnación de **PROTESTA**.----------

Cabe recordar que la **PROTESTA** es el mecanismo de impugnación previsto en la normativa, al que deben recurrir las partes si es que consideran que el PBC contiene requisitos que vulneran los derechos de los oferentes en el proceso de contratación o consideran que se han lesionado sus derechos como oferente en el proceso de contratación.----------

De esta forma, el **Sistema de Gestión de Denuncias del Portal de Contrataciones Públicas con protección al denunciante** se halla 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.----------

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].*----------

Es importante destacar además que conforme al acta de apertura de ofertas obrante en el portal de contrataciones públicas, se presentaron tres oferentes al referido llamado CONSTRUCTORA SAN ANTONIO - CONSTRUCTORA 8 DE DICIEMBRE, del Señor GENARO ANDRES FARIÑA, CONSTRUCTORA LA FORTALEZA, salvo la respectiva denuncia el PBC no ha sido objeto de impugnación alguna por parte de algún potencial oferente.----------

Destacamos además que cada institución Convocante elabora sus PBC conforme sus necesidades institucionales, por lo que 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. ----------

Igualmente, resulta importante destacar, que no corresponde a los oferentes, definir cuál o cuáles incumplimientos resultarían innecesarios a los fines del contrato convocado por la Administración, 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).*----------

En la misma línea de argumentaciones, la elaboración del pliego de bases y condiciones, así como la forma de determinar dicho cumplimiento mínimo, constituye también una atribución discrecional de la Contratante, la que se ve limitada por

Abg. Leticia Espínola
Coordinadora de Procesos
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

imposibilidad de establecer condiciones o requisitos que resulten innecesariamente limitativas a la participación o que no sean técnicamente indispensables. ----------

Sobre el punto, citamos nuevamente la obra del Jurista Ismael Farrando (h), que 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". (sic)* ----------

En ese mismo sentido, ha sido y será criterio de esta Dirección, que ninguna empresa privada se encuentra facultada para juzgar, sobre la pertinencia de adquirir bienes de tales o cuales características, ya que la decisión acerca de la conveniencia o no de adquirir los objetos licitados —siempre que no se limite a una oferta o marca, direccionando la adjudicación—, así como de tramitar el llamado y elaborar las bases, es exclusiva potestad de la Convocante, por ser la indicada para conocer las necesidades reales y prioritarias de su entidad y de acuerdo a éstas, realizar las adquisiciones que sean más convenientes a sus estrategias y metas institucionales, con resguardo a los principios establecidos en el Art. 4º de la Ley Nº 2051/03. ----------

También se debe señalar que los requerimientos solicitados por la Convocante y los cuales son objeto dela citada denuncia, son los requerimientos o adecuaciones que la propia Ley 2051/03 permite efectuara los pliegos establecidos por esta Dirección Nacional, a las Convocantes según su necesidad y discrecionalidad, con el fin de que puedan satisfacer sus necesidades .----------

En base a todo lo anterior, y a las recomendaciones emitidas, entiende esta Dirección Jurídica que no existe méritos para abrir una Investigación y corresponde desestimar la denuncia. ----------

Abog. LETICIA ESPINOLA INFANTE
Dirección Jurídica - DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abog. LUIS GODOY
Dirección Jurídica - DNCP