Dictamen DNCP/DJ N° 8.269/21

DATOS DEL PROCEDIMIENTO

Procedimiento Jurídico:	Investigación Preliminar
Fecha de Dictamen:	28/06/2021
ID:	397662
Procedimiento de Contratación:	Concurso de Oferta
Modalidad Complementaria:	No aplica.
Nombre de la Licitación:	"ADQUISICIÓN DE AMBULANCIA PARA EL HOSPITAL REGIONAL DE PARAGUARI"
Entidad Convocante:	Gobierno Dptal de Paraguarí.
Denunciante:	Protección al denunciante / Caso 334/21; 326/21
Tema General:	• Marco Legal
Tema Específico:	• Colusión

RESULTADO

1. Ordenar el cierre de la investigación preliminar Caso 334/21; 326/21.
2. Comunicar a quienes corresponda y cumplida archivar.

CUESTIÓN CONTROVERTIDA

Del texto de las denuncias se desprende la disconformidad por parte de los recurrentes que indican una posible comisión de delito de colusión en el marco del llamado de referencia.

Señala la primera denuncia individualizada como Caso 326/21 con protección al denunciante, que, en el llamado realizado por la Gobernación de Paraguarí, ha participado ofertando un Furgón de la marca Iveco. Que la firma Rodomaq S.A. le ha otorgado la autorización correspondiente, sin embargo, en el mismo acto se presentó la empresa autorizante Rodomaq S.A., con el mismo furgón y de la misma marca. El denunciante alega un supuesto acto de colusión.

La segunda denuncia individualizada como Caso 334/21 de la firma FALCON COM. & IND. Señala que durante el acto de apertura de ofertas el representante de una de las empresas oferentes acusa y denuncia verbalmente al representante de la firma RODOMAQ S.A. de incurrir en delito de colusión y que lo denunciado queda asentado en el acta de apertura.

Asimismo, menciona el denunciante que el representante de la firma RODOMAQ S.A. acusa y denuncia falsamente a la firma FALCON CISA de enfrentar una demanda judicial, posiblemente con el objetivo de influir a la Convocante, dejando asentado en el acta de apertura de ofertas.

Del Acta de Apertura de Ofertas que se encuentra publicado en el SICP, se desprende que una de las empresas oferentes acusa directamente a la empresa RODOMAQ S.A. de un supuesto delito de colusión, indica que la empresa es representante oficial de la marca que él ha ofertado, por tanto le ha otorgado una autorización para este proceso licitatorio, y grande fue su sorpresa al encontrarse que la misma empresa autorizante presenta su propia oferta para la provisión del mismo móvil con la misma marca.

Del Informe de Evaluación remitido por la Entidad Convocante, se observa que la misma analizado las observaciones realizadas por los oferentes participantes y ha pedido informe sobre el supuesto hecho de colusión a la firma RODOMAQ S.A., alegando el mismo que efectivamente ha dado una autorización al oferente participante para presentarse para al llamado de Licitación de referencia, dado que en ese momento y considerando la fecha de apertura fijada para el día 10/05/2021 no contaban con furgones disponibles. Pero considerando las distintas modificaciones que se ha dado tanto en fechas, en las EE.TT del Furgón, modelo y como así también la incorporación de nuevos equipos médicos UTI; han decidido participar en la nueva fecha de apertura establecida por la convocante con un modelo de Furgón totalmente distinto.

Por tanto, de las manifestaciones y documentaciones arrimadas por parte de la Entidad Convocante, no encontramos pruebas fehacientes de que haya existido un acuerdo previo entre los competidores o práctica concertada/conscientemente paralela que tenga por objeto restringir la libre competencia, dichos supuestos establece la normativa legal vigente que deben darse para ser considerado un delito de colusión en las licitaciones públicas. Conforme a los principios rectores que rigen la materia de compras publicas de nuestro país[1], especialmente el principio de igualdad y libre competencia, se observa que las relaciones comerciales que podrían darse por un determinado comercio a distintas firmas, potenciales proveedoras del Estado, dentro de la dinámica del mercado libre de la oferta y demanda, sin otro tipo de vinculación, no podría constituirse como una practica colusoria en los términos de la ley 2051/2003.

Con relación a lo mencionado por el denunciante sobre el posible objetivo de la firma RODOMAQ S.A. de influir en la decisión de la Convocante al mencionar que su empresa se encuentra una demanda judicial, el Artículo 27° de la Ley 2051/03 establece que será considerada falta grave el intento de influir sobre el sentido de la decisión de los miembros del Comité de Evaluación, a través de cualquier procedimiento que pueda afectar su independencia de criterio. Sin embargo, las manifestaciones han sido efectuadas en el acto de apertura de ofertas

Por ende, en base a las aclaraciones hechas, y las documentaciones arrimadas, se ordena el cierre de la investigación preliminar Caso 334/21; 326/21 al no encontrarse indicios que ameriten dar trámite a una investigación de oficio en los términos del artículo 82 de la Ley 2051/03.

[1] Art 4 Ley 2051/2003

OTRAS PARTES INTERVINIENTES:

RODOMAQ S.A; FALCON COM.& IND S.A.

INTERPOSICION/ANTECEDENTE:

La denuncia ingresada a través del Módulo de Investigaciones Electrónicas con Protección al Denunciante individualizada como Caso N°326/21 la cual refiere:

"…Hemos participado en la Convocatoria del Gobierno Departamental de Paraguarí, en el cual licitaban la compra de una Ambulancia. En acuerdo con la firma Rodomaq S.A., hemos participados en el Evento con 01 Furgón de la marca Iveco de su Representación. Rodomaq S.A. nos otorgó mediante Autorización escrita que adjuntamos a la oferta, que nos permitía cumplir con el requisito de las Autorizaciones. Pero cual fue nuestra sorpresa que en el mismo acto se presentó Rodomaq S.A., en el mismo acto licitatorio, con el mismo furgón, de la misma marca, lo cual nos parece como un acto de mala fe, de muy poca ética y violando acuerdos de buena fe, realizados en su oportunidad. Es un acto de colusión cometido por Rodomaq S.A. Y que merece, a nuestro criterio una sanción ejemplar de esa Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, a fin de evitar que en el futuro se repitan este tipo de actos, que da entender la poca seriedad con que cuenta la denunciada, cuando se trata de provisiones para el Estado Paraguayo. Es nuestra denuncia ante esta Dirección Nacional de Contrataciones Públicas. Se adjunta el Acta de Apertura de la citada Licitación…"

La denuncia ingresada por la firma FALCON COM & IND S.A a través del Módulo de Investigaciones Electrónicas individualizada como Caso N°334/21 refiere cuanto sigue:

"…LOS HECHOS DENUNCIADOS 1. POSIBLE COMISION DE DELITO DE COLUSION DENUNCIADO POR EL REPRESENTANTE DE (….) Durante el acto de apertura de los sobres de ofertas del CO que nos ocupa, el representante de la (…) acusa y denuncia verbalmente al representante de la firma RODOMAQ SA de incurrir en el delito de colusión y este hecho y denuncia queda registrado en el Acta de Apertura como sigue:

> El representante de la firma Compañía Imperial del Paraguay S.R.L. manifiesta cuanto sigue: La firma Rodomaq S.A. incurre en el delito de colusión al otorgarnos una Autorización para esta licitación y por la otra, presentar su propia oferta para la provisión del mismo móvil, misma marca, etc. El hecho de colusión manifestado en la presente observación será presentado ante la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas y el Ministerio Público para lo que hubiere lugar.

Con respecto a este hecho, manifestamos que tanto nuestro representante, como el representante de la convocante, presentes en el acto, quedaron sorprendidos, asombrados y desconcertados ante semejante denuncia y posible confesión de parte de la posible comisión del delito de colusión en el proceso de adquisición público que nos ocupa. Entendemos que el representante de la (….) acusó a la empresa RODOMOQ SA de haber cometido el delito de colusión y, para que tal delito sea consumado, se debería dar el acuerdo de una segunda o más partes con el fin de perjudicar a un tercero, que en este

caso sería la convocante. En este caso, se podría asumir que la otra la parte sería la denunciante, pero por alguna razón que desconocemos, seríamos testigos de una confesión de parte.

El delito de colusión es uno gravoso y está severamente penado por el sistema legal paraguayo y contemplado podemos citar como marco legal las siguientes reglas, La Ley 4956/2013 "Defensa de la Competencia", en su Art. 8 inciso f) establece como acuerdo restrictivo de la competencia las licitaciones colusorias, las cuales están prohibidas y son sancionadas. El Decreto N° 1490/2014 por el cual se reglamenta la ley 4956/2013 "Defensa de la Competencia", en su Art. 6° luego de dar una definición de las licitaciones colusorias, enlista las circunstancias sospechosas que se consideran al momento de realizar investigaciones. De igual modo, el Art. 7 del Reglamento establece que las demás Instituciones encargadas de las compras públicas deben tener en cuenta el principio de libre competencia a la hora de establecer los pliegos a fin de garantizar el respeto a los principios de transparencia, publicidad, eficacia y libre concurrencia. Análogamente, ante cualquier conducta irregular identificada las demás entidades deben comunicar a la CONACOM a efectos que se inicie un procedimiento

El representante de la firma Rodomaq manifiesta cuanto sigue : ... Respecto a la oferta de Falcon Comercial e Industrial S.A. manifiesta que actualmente Condor SACI ha entablado una demanda judicial contra este oferente dado que utilizada inapropiadamente su marca en Paraguay.

sancionador, de ser el caso -lo cual no ocurre ni ha ocurrido-. La Ley 2051/03 de "Contrataciones Públicas", en el Artículo 59.- RESCISIÓN DEL CONTRATO faculta a la Contratante rescindir administrativamente los contratos a los que se refiere esta ley, en los siguientes casos: e) por fraude o colusión debidamente comprobado del proveedor o contratista desde la adjudicación hasta la finalización del contrato; Con relación a esta grave denuncia, exhortamos a la DNCP a iniciar una investigación en la brevedad posible y, en caso necesario, derivar los antecedentes a las instancias correspondientes para que los graves hechos denunciados sean investigados y la responsabilidad deslindada. 2. POSIBLE COMISION DEL DELITO DE DENUNCIA FALSA DENUNCIADO POR EL REPRESENTANTE DE LA FIRMA RODOMAQ SA Durante el acto de apertura de los sobres de ofertas del CO que nos ocupa, el representante de la RODOMAQ SA acusa y denuncia nuestra firma FALCON CISA de enfrentar una demanda judicial de una empresa, posiblemente con el objetivo de influir a la convocante, y este hecho y denuncia queda registrado en el Acta de Apertura como sigue:

La denuncia y acusación del representante de la empresa RODOMAQ SA es totalmente falsa y la referida demanda judicial nunca ocurrió ni existió y esto es fácil de comprobar e imposible de ser probado por el denunciante y tal denuncia falsa sería pasible de ser imputada como un delito grave penado por nuestro sistema penal y tipificado como sigue, CODIGO PENAL PARAGUAYO TITULO VIII HECHOS PUNIBLES CONTRA LAS FUNCIONES DEL ESTADO CAPITULO I HECHOS PUNIBLES CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Artículo 289.- Denuncia falsa El que a sabiendas y con el fin de provocar o hacer continuar un procedimiento contra otro: 1. le atribuyera falsamente, ante autoridad o funcionario competente para recibir denuncias, haber realizado un hecho antijurídico o violado un deber proveniente de un cargo público; 2. le atribuyera públicamente una de las conductas señaladas en el numeral anterior; o 3. simulara pruebas contra él, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa. Nuestra firma se reserva el derecho de accionar legalmente contra los eventuales responsables de este grave hecho e informamos que nuestros asesores legales están evaluando las medidas a tomar. Exhortamos a la DNCP a iniciar una investigación en la brevedad posible con el objetivo auditar la integridad del presente

proceso y eventualmente rectificar el proceso si así lo requiere y sancionar a los responsables en el caso de que corresponda. Adjuntamos copia del Acta de Apertura…"

APERTURA:

Nota DNCP DNC N°6.217/21; 6.218/21; 6.219/21, se da apertura a la investigación preliminar en razón a supuestas irregularidades señaladas.

ACUMULACIONES:

No aplica.

AMPLIACIONES/MODIFICACIONES/RESTRICCIONES:

No aplica.

NOTIFICACIONES:

Notificación DNCP N° 6.217/21–Apertura de Investigación Preliminar MUNICIPALIDAD DE PARAGUARI–

Notificación DNCP N° 6.218/21 –Apertura de Investigación Preliminar RODOMAQ S.A–

Notificación DNCP N° 6.219/21 –Apertura de Investigación Preliminar FALCON COM.& IND S.A.–

OTRAS PRESENTACIONES:

Fecha: no aplica Parte: No aplica.
No aplica.

CONTESTACIONES:

Fecha: 27/5/2021 Parte: **MUNICIPALIDAD DE PARAGUARI.**
"…MARCELO DANIEL CALONGA TORRES, en nombre y representación del GOBIERNO DEPARTAMENTAL DE PARAGUARÍ, con domicilio real en la casa N° 510 de las calles Gral. Morínigo y Asunción, ciudad de Paraguarí, me dirijo a Usted con relación a la Denuncia recibida sobre el procedimiento de referencia, vengo a contestar el traslado en tiempo y forma oportuna que esa Dirección a su cargo se sirviera correr a esta entidad, con base en las consideraciones de hecho y de derecho que, a continuación, lo evacuo en los siguientes términos:

En primer lugar, niego cualquier hecho dentro del escrito de denuncia o aquella que se encuentra protegida en donde mi persona o cualquier interviniente en alguna de las etapas del proceso licitatorio de referencia haya tenido influencia o ha adoptado prácticas que influyan en la modificación de las bases, el resultado de la evaluación, o cualquier otro evento que pudiese otorgar ventajas a cualquiera de los participantes del proceso.

Respecto al escrito de la denuncia presentada por FALCON CISA, básicamente se trata de una transcripción de su propio descargo ya efectuado al momento de solicitarse aclaraciones respecto a su oferta. Vale decir que su oferta ha sido rechazada por el Comité de Evaluación por varios incumplimientos.

En este sentido, en su escrito de denuncia manifiesta que existe una supuesta confesión de parte, de la posible comisión del delito de colusión en el proceso de referencia. Sin embargo, en su propio escrito manifiesta que "...se podría asumir que la otra parte sería la denunciante, pero por alguna razón que desconocemos, seríamos testigos de una confesión de parte".

Esto indica que el escrito de denuncia hasta resulta grotesca, atendiendo a que, si bien durante el acto de apertura de sobres ha existido una serie de observaciones asentadas por los participantes del proceso, en lo que respecta al particular, se había dejado constancia que "El representante de la firma (…). manifiesta cuanto sigue: La firma Rodomaq S.A. incurre en el delito de colusión al otorgarnos una Autorización para esta licitación y por la otra, presentar su propia oferta para la provisión del mismo móvil, misma marca, etc. El hecho de colusión manifestado en la presente observación será presentado ante la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas y el Ministerio Público para lo que hubiere lugar".

O sea, la manifestación asentada en el acta indica que la (…) acusa a RODOMAQ S.A. de un supuesto delito de colusión, cuya "prueba" es el otorgar una Autorización del Fabricante y sin embargo, presentarse la autorizante con su propia oferta. Entonces, lo que expresa FALCON CISA nada tiene que ver con lo que se ha manifestado durante el acto de apertura de sobres.

La denuncia carece totalmente de pruebas fehacientes ni de hechos que determinen que, efectivamente, hubo tal delito de colusión. Por ello, el propio Comité de Evaluación de ofertas, determinó en su informe de evaluación que no ha existido delito de colusión y, para ello, realizo la transcripción de las partes más determinantes de dicho informe:

Es menester de este Comité mencionar en primer lugar lo que significa colusión dentro del ámbito jurídico. La colusión es un acuerdo entre dos o más personas con el fin de perjudicar a un tercero. Dicho pacto puede constituir un delito, una infracción a la libre competencia y una transgresión a la normativa de contratación pública si implica fondos del Estado. En ese sentido, las licitaciones colusorias son acuerdos entre empresas para no competir, en donde coordinan, falsean o manipulan las ofertas, así como pueden acordar no presentarse (abstención), o turnase las adjudicaciones cayendo el gobierno en una trampa que muchas veces se ejecuta con la complicidad de funcionarios públicos.

Según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), internacionalmente las formas más comunes de colusión en las licitaciones públicas entre otras, son: el mismo proveedor a menudo es el que presenta la oferta más baja; las ofertas ganadoras tienen una ubicación geográfica; algunas empresas presentan ofertas que ganan sólo en ciertas zonas; algunos proveedores se retiran de forma inesperada de la licitación; algunas compañías siempre presentan ofertas pero nunca ganan; las compañías se turnan para ser el licitante ganador; el licitante ganador de manera repetida subcontrata trabajo con licitantes que no ganaron.

Además de esto, se menciona en el PBC a la colusión como "acuerdo entre dos o más partes" y en la normativa legal que las licitaciones colusorias son aquellas donde existe un previo acuerdo entre competidores para: coordinar ofertas, posturas, propuestas y también, que está prohibido cualquier acuerdo o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto impedir, restringir o falsear la competencia (Art. 6° Licitaciones colusorias del Decreto N° 1490/2014 Por el cual se reglamenta la Ley N° 4956/2013 "Defensa De La Competencia", Art. 7° Entidades encargadas de realizar compras públicas y de la inhabilitación de los proveedores del Decreto N° 1490/2014 Por el cual se reglamenta la Ley N° 4956/2013 "Defensa De La Competencia", Art. 8° "Acuerdos restrictivos de la competencia", Capítulo II de la Ley 4956/2016 Defensa de la competencia).

En este sentido, para que exista la colusión en un proceso licitatorio deben darse dos cuestiones muy importantes: 1) Que exista un acuerdo previo entre partes intervinientes y, 2) que impida la libre competencia.

Si observamos lo acontecido de este proceso licitatorio, el oferente (…) realiza la manifestación de un supuesto delito de colusión, sin embargo, se limita únicamente a su propia observación asentada en el acta de apertura, sin arrimar pruebas contundentes que demuestren que se cumplen una de las cuestiones manifestadas precedentemente, es decir, no demuestra que el oferente RODOMAQ S.A. haya tenido un acuerdo previo con otro u otros oferentes o que este haya impedido la participación de aquel en este proceso.

Vale decir que (…) se limita a cuestionar que RODOMAQ S.A. ha otorgado a ella una Autorización del Fabricante para participar en este proceso, lo cual es un mero compromiso de provisión y garantía del vehículo en caso de ser adjudicado, no siendo este documento una prueba fehaciente de un vínculo comercial existente entre ambas partes como lo sería, por ejemplo, un acuerdo de intención de Consorcio o un convenio.

Por tanto, tal Autorización del Fabricante no representa una prueba fehaciente de que la firma RODOMAQ S.A. haya incurrido en el supuesto de delito de colusión atendiendo a que el documento en realidad ejecuta lo contrario: le permite participar en el proceso de licitación bajo las mismas reglas que todos aquellos que han participado y avalando, de esta manera, que existe la libre competencia.

Otra cosa sería si el oferente (…) no tenía la oportunidad de participar en este proceso y hubiese presentado una protesta contra el Pliego de Bases y Condiciones ANTES de realizado el acto de apertura de sobres, sin embargo, tal situación no se da, por lo que resulta ilógico suponer que existe un delito de colusión cuando no se da el caso en particular.

Además de esto, si observamos el punto III Oferentes participantes del Informe de Evaluación, se puede notar que el oferente (…) presentó una oferta por G. 829.661.000 el cual es MENOR (-1%) a la oferta presentada por RODOMAQ S.A. (G. 838.000.000), lo que claramente demuestra que no hubo un impedimento ni restricción, ni mucho menos un modo de falsear la competencia para que el oferente (…) no tenga condiciones de presentar su oferta en este proceso licitatorio. La diferencia entre ambos precios es de apenas el 1% lo que indica claramente que (…) pudo presentar una oferta a un precio menor incluso que aquel que le ha otorgado la Autorización a participar, en este caso, RODOMAQ S.A.

Destacamos que (…) no tuvo la restricción de participar a esta convocatoria, pues por ello presenta su oferta a esta licitación. Tampoco hubo un comportamiento inusual de precios, ni algún acuerdo con otra u otras firmas para perjudicar a esta firma, por lo que el oferente (interesado en contratar con el Estado) es quien demostró a la Convocante (futura contratante) que puede participar en las mismas condiciones que sus competidores y que, no menos importante, se encuentra en pleno

conocimiento de lo requerido en las bases, y al respecto, el jurista Roberto Dromi ha manifestado que "…Los interesados en concurrir a la licitación estudian la factibilidad de la obra, servicios o suministro licitado, calculan su costo, y en consecuencia, redactan la oferta o propuesta de contrato, a la medida de la Convocatoria" y también, "El pliego de condiciones contiene las disposiciones generales y especiales destinadas a regir el contrato en su formación y posterior ejecución. El objeto, el procedimiento, y la relación jurídica emergentes de la selección están contenidos en los pliegos. Su observancia por parte del licitante y de los oferentes, impuesta por la normativa jurídica, tiene por finalidad proteger los intereses de ambas partes, cumpliendo así una doble función. Antes de nacer el contrato, indica a los interesados las condiciones que debe reunir sus proposiciones, las características de la prestación solicitada y objeto cuya contratación se demanda y el trámite procesal que debe seguirse (sistemas de cotización, forma de pago de precio, plazo de mantenimiento de la oferta, monto y forma de la garantía, lugar, día y hora del acto de apertura de los sobres, procedimiento para las aclaraciones e impugnaciones, etcétera)" (DROMI, R., 2010. Licitación Pública, 4ta. Edición. Ed. Ciudad Argentina).

Por ello, el oferente de referencia estudió si le es posible el suministro de lo requerido en las bases, calculó el costo y, lo más importante, presentó su propuesta en tiempo y forma declarando en ella bajo fe de juramento que "Hemos examinado y no tenemos objeción alguna a las bases y condiciones de este procedimiento de contratación, sus adendas publicadas y demás datos de la contratación obrantes en el Sistema de Información de las Contrataciones Públicas (SICP)", por tanto, se entiende de sobremanera que con la presentación de su oferta para este proceso, estaba seguro de sus posibilidades de competir en igualdad de condiciones con los demás oferentes.

Otro punto importante a destacar es que la Convocante siempre ha buscado la mejor de las condiciones para la adquisición de una ambulancia con equipos de UTI (Unidad de Terapia Intensiva) y, en salvaguarda de sus intereses en materia de salud, realizó la modificación de las especificaciones técnicas originales debido a que éstas estaban destinadas a una ambulancia convencional con una mínima capacidad para UTI. Tal es así que se recurrió a otras fuentes de información de modo a realizar una modificación a las características de la misma, basándose en los Principios consagrados en el Art. 4° de la Ley N° 2051/03 a fin de que existan competidores que puedan satisfacer esta necesidad de que el Hospital Regional de Paraguarí cuente con una ambulancia equipada con UTI y, a sabiendas de la situación actual dentro del territorio nacional a causa del Coronavirus (COVID-19), la Convocante emitió una adenda con las nuevas características que respondían a la satisfacción de dicha necesidad. En este sentido, la Convocante hizo uso de sus propias facultades que le fueran otorgadas mediante las normativas vigentes, buscando la calidad de la contratación y permitiendo que potenciales oferentes puedan participar en igualdad de condiciones sin restricciones, cuya prueba fehaciente es la participación de tres (3) oferentes para la adquisición de referencia.

Respecto a este punto, la misma DNCP ha recalcado en innumerables ocasiones que las condiciones de adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras son de exclusiva responsabilidad de las Convocantes, y en este sentido, ha manifestado que "Es así que, debemos ratificarnos en lo que varias veces ha sido proclamado por parte de esta Dirección Nacional, sobre la independencia de la Convocante de cada proceso en particular, de establecer y evaluar los parámetros para lograr la plena garantía de sus intereses y la máxima calidad de los bienes que va a adquirir y utilizar. 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 No 2051/03". (Resolución DNCP N°1023/15 Por la cual se da por concluida la Investigación de Oficio iniciada a partir de publicaciones periodísticas referidas a supuestas irregularidades en la Licitación Pública Nacional N° 01/12 para la Adquisición de tubos y caños de plástico ID N° 228258 y la

Contratación Directa N° 45/11 para la Adquisición de cajas de medidores - Ad Referéndum ID 227301 - convocadas por la Empresa de Servicios Sanitarios del Paraguay - ESSAP).

Por ello, la Convocante se encuentra en sus plenos derechos para realizar las modificaciones que le fueran pertinentes siempre que estas se ajusten a la búsqueda de calidad/precio y permitan la libre participación de oferentes que se encuentren en condiciones de acuerdo a las bases establecidas, lo cual fue lo que finalmente ocurrió de acuerdo a los documentos obrantes en esta Institución.

Por tanto, (…) realiza una acusación de un supuesto delito de colusión la cual, como lo hemos visto, no se ajusta a la verdad, pues la presentación de su propia oferta es prueba de su posibilidad para participar, y su mera observación en el acta de apertura de sobres no indica una evidencia clara de la supuesta colusión que afirma existir.

Luego de la transcripción de lo manifestado por el Comité, puedo afirmar que el supuesto delito de colusión no ha existido, ya que reviste de un caracter determinante, el cual es impedir la libre competencia, cosa que finalmente no ocurrió con FALCON CISA, ya que ha presentado su oferta conforme a los lineamientos del PBC y, al igual que los demás oferentes, bajo declaración jurada ha manifestado que no posee objecciones a las bases de esta contratación. Esto significa que FALCON CISA sí pudo participar en igualdad de condiciones con relación a los demás oferentes, por tanto, mal se puede afirmar que ha existido un delito de colusión. Su escrito de denuncia carece de elementos suficientes para determinar que se haya dado el supuesto delito de colusión en este proceso, por tanto, la denuncia de por sí debe ser desestimada por improcedente.

Por lo expuesto, FALCON CISA presenta una denuncia temeraria con el fin de enervar el proceso por el simple hecho de no haber sido adjudicado, teniendo en cuenta las falencias que poseía su oferta, donde busca que se suspenda el procedimiento, sin siquiera arrimar pruebas contundentes para que su denuncia sea considerada.

Finalmente, y en salvaguarda de los derechos de la Convocante, manifiesto que la ambulancia UTI ha ser adquirida forma parte del programa de salud en la lucha contra la Covid-19, atendiendo a que en el Departamento de Paraguarí actualmente no se cuenta con una ambulancia que pueda trasladar a los pacientes en situación crítica hasta los centros asistenciales especializados dentro del territorio de la República. Por tanto, ***la suspensión de este proceso conlleva un grave perjuicio al interés social*** *y contraviene disposiciones de orden público…"*

NORMAS APLICABLES AL PROCESO:

- Decreto Reglamentario N°2992/2019 de fecha 09 de diciembre de 2019: "*Por la cual se establecen ciertas reglamentaciones para los procesos sustanciados en la Dirección Jurídica de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP*)". Capítulo I. Artículo 134° Carga de las pruebas. Capítulo II. De la Sustanciación de las Investigaciones: Artículo 142° Inicio de la Investigación. Artículo 145° De la Investigación Preliminar. Traslado. Artículo 146°. Facultades Investigativas. Artículo 147° Dictamen de la Investigación Preliminar.

- Resolución DNCP N° 572/20 *"POR EL CUAL SE ABROGAN LA RESOLUCIÓN DNCP N° 5702/19 Y SE REGLAMENTA LOS PROCEDIMIENTOS SUSTANCIADOS EN LA DIRECCION JURÍDICA DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS".*

OTRAS ACTUACIONES:

No aplica.

ANÁLISIS:

Del texto de las denuncias se desprende la disconformidad por parte de las recurrentes al hacer referencia a una posible comisión de delito de colusión en el marco del llamado de referencia.

Señala la primera denuncia individualizada como Caso 326/21 con protección al denunciante que se ha presentado a participar ofertando un Furgón de la marca Iveco, en el llamado de referencia. Sostiene que la firma Rodomaq S.A. le otorgado la autorización correspondiente, sin embargo, en el mismo acto se presentó la empresa autorizante Rodomaq S.A., con el mismo furgón y de la misma marca. El denunciante alega un supuesto acto de colusión.

La segunda denuncia individualizada como Caso N°334/21 interpuesta por la firma FALCON COM. & IND S.A menciona que durante el acto de apertura de ofertas uno de los oferentes acusa y denuncia verbalmente al representante de la firma RODOMAQ S.A. de incurrir en delito de colusión y que lo denunciado queda asentado en el acta de apertura.

Asimismo, menciona que el representante de la firma RODOMAQ S.A. acusa y denuncia falsamente a su empresa FALCON CISA de enfrentar una demanda judicial con otra empresa, posiblemente con el objetivo de influir a la convocante, dejando asentado en el acta de apertura de ofertas.

Primeramente, corresponde mencionar que del Portal de Contrataciones Públicas se desprende el Acta de Apertura de Ofertas de fecha 01 de junio del 2021, del cual se desprende que se han presentado al llamado de referencia, las siguientes tres firmas oferentes en tiempo y forma: "…FALCON COM & IND. S.A; RODOMAQ S.A; (…) …".

Del citado documento se desprende las observaciones realizadas que mencionan: *"… la firma RODOMAQ S.A. incurre en el delito de colusión al otorgarnos una autorización para esta licitación y por la otra, presentar su propia oferta para la provisión del mismo móvil, misma marca, etc. El hecho de colusión manifestado en la presente observación será presentado ante la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas y el Ministerio Publico para lo que hubiere lugar…" "… el representante de la firma RODOMAQ S.A. manifiesta cuanto sigue: "…respecto a la firma FALCON COMERCIAL E INDUSTRIAL S.A. manifiesta que actualmente CONDOR SACI ha entablado una demando judicial contra este oferente dado que utilizada inapropiadamente su marca en Paraguay…"*

Los denunciantes como primer punto alegan < *la posible comisión de delito de colusión en el llamado a contratación, dejando asentado en el Acta de Apertura de las Ofertas* >

Que del Pliego de Bases y Condiciones sobre FRAUDE Y CORRUPCION expresa lo siguiente: "…*Fraude y corrupción comprenden actos como: (i) Ofrecer, dar, recibir o solicitar, directa o indirectamente, cualquier cosa de valor para influenciar las acciones de otra parte; (ii) Cualquier acto u omisión, incluyendo la tergiversación de hechos y circunstancias, que engañen, o intenten engañar, a alguna parte para obtener un beneficio económico o de otra naturaleza o para evadir una obligación; (iii) Perjudicar o causar daño, o amenazar con perjudicar o causar daño, directa o indirectamente, a cualquier parte o a sus bienes para influenciar las acciones de una parte;* ***(iv) Colusión o acuerdo entre dos o más partes realizado con la intención de alcanzar un propósito inapropiado, incluyendo influenciar en forma inapropiada las acciones de otra parte…" (la negrita es nuestra)***

Por su parte corresponde traer a colación la definición de la Licitación Colusoria que se encuentra el Decreto Nº1.490/14, por el cual se reglamenta la Ley N°4956/2013 en el Artículo 6°. *"…**La licitación colusoria es una modalidad de restricción horizontal a la competencia que puede manifestarse a través de un acuerdo, decisión, práctica concertada o conscientemente paralela entre competidores para coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates…"***

Así las cosas, del Acta de Apertura de Ofertas se desprende que una de las empresas participantes acusa directamente a la empresa RODOMAQ S.A. de un supuesto delito de colusión, indica que la empresa RODOMAQ S.A. como representante oficial de la marca, le ha otorgado una autorización para este proceso licitatorio, y la misma empresa autorizante presenta su propia oferta para la provisión del mismo móvil con la misma marca. Y que el hecho será denunciado a la DNCP y al Ministerio Publico.

Que la Entidad Convocante por su parte nos remite el Informe de Evaluación de fecha 07 de junio del 2021, del cual se desprende a fojas 11, el análisis realizado sobre las observaciones manifestadas durante el acta de apertura de ofertas y se observa el descargo de la firma RODOMAQ S.A. que menciona: "… la firma RODOMAQ S.A. respecto a este punto, ha remitido una nota en la que manifiesta lo siguiente: …*efectivamente nosotros hemos otorgado una autorización para participar en la Licitación de referencia, dado que en ese momento y considerando la fecha de apertura fijada para el día 10/05/2021 nosotros no contábamos con Furgones disponible; es por ello que hemos otorgado una autorización a (…) para participar con una Ambulancia Convencional de Fabricación 2019 modelo 2020. Pero considerando las distintas modificaciones que se ha dado tanto en fechas, en las EETT del Furgón, modelo y como así también la incorporación de nuevos equipos médicos UTI; Nosotros como Empresa proveedora hemos decidido participar en la nueva fecha de apertura establecido por la convocante con u un modelo de Furgón totalmente distinto a lo ofertado por (…); dado que con las nuevas exigencias del PBC, este oferente no cumplía en varios puntos de las exigencias, por lo que como Empresa hemos decidido participar con un Modelo de furgón totalmente distinto." (sic). Sigue diciendo más adelante que "Considerando lo establecido en el artículo 6° del decreto mencionado, no se dan las condiciones para establecer una colusión en este caso en particular, por lo que solicitamos no sea tenida en cuenta las observaciones del oferente..."*

Por tanto, el Comité de Evaluación menciona primeramente lo que significa colusión dentro del ámbito jurídico. La colusión es un acuerdo entre dos o más personas con el fin de perjudicar a un tercero. Dicho pacto puede constituir un delito, una infracción a la libre competencia y una transgresión a la normativa de contratación pública si implica fondos del Estado. En ese sentido, las licitaciones colusorias son acuerdos entre empresas para no competir, en donde coordinan, falsean o manipulan las ofertas, así como pueden acordar no presentarse (abstención), o turnase las adjudicaciones cayendo el gobierno en una trampa que muchas veces se ejecuta con la complicidad de funcionarios públicos.

Además, menciona que según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), internacionalmente las formas más comunes de colusión en las licitaciones públicas entre otras, son:

- el mismo proveedor a menudo es el que presenta la oferta más baja
- las ofertas ganadoras tienen una ubicación geográfica; algunas empresas presentan ofertas que ganan sólo en ciertas zonas;
- algunos proveedores se retiran de forma inesperada de la licitación
- algunas compañías siempre presentan ofertas, pero nunca ganan
- las compañías se turnan para ser el licitante ganador; el licitante ganador de manera repetida subcontrata trabajo con licitantes que no ganaron.

De hecho la misma OCDE en uno de sus documentos para combatir la colusión en licitaciones públicas, o la licitación fraudulenta, reconoce que es una de las violaciones más graves materia de competencia, que perjudica al comprador público incrementando los precios y restringiendo el suministro, provocando que los bienes y servicios no estén al alcance de algunos compradores y que, sean innecesariamente caros, en detrimento de los usuarios finales de los bienes y servicios públicos y los contribuyentes.[2]

Ademas de lo mencionado, el PBC establece que la colusión es un **"*acuerdo entre dos o más partes*"** y en la normativa legal las licitaciones colusorias son aquellas donde existe un previo acuerdo entre competidores para: posturas, propuestas y también, que está prohibido cualquier acuerdo o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto impedir, restringir o falsear la libre competencia.

Por tanto, de las manifestaciones y documentaciones arrimadas por parte de la Entidad Convocante, no encontramos pruebas fehacientes de que haya existido un acuerdo previo entre los competidores o práctica concertada o conscientemente paralela que tengo por objeto restringir la libre competencia, supuestos que menciona la normativa legal vigente para que se de los supuestos de colusión en las licitaciones públicas. Por otra parte, debemos mencionar que del procedimiento licitatorio se verifica que todos los oferentes se han presentado en el proceso de licitación bajo las mismas

[2] OCDE (2021). Recomendación del consejo para combatir la colusión en la contratación pública. OECD. Recuperado de http://www.oecd.or/ /daf/competition/Recomendacion-deI-Consejo-OCDE-para-combatir-Ia-coIusion-en-contratacion-publica.pdf

reglas dando cumplimiento la Entidad Convocante a los principios generales de –**IGUALDAD Y LIBRE COMPENTENCIA; TRANSPARENCIA Y PUBLICIDAD–**

Respecto al siguiente punto denunciado ***< el representante de la RODOMAQ SA acusa y denuncia a la firma FALCON CISA de enfrentar una demanda judicial de una empresa, posiblemente con el objetivo de influir a la convocante>***

Efectivamente del acta de apertura de ofertas que se encuentra publicado en el SICP, se desprende que la firma RODOMAQ S.A. acusa a la firma FALCON CISA de enfrentar una demanda judicial por parte de la firma CONDOR SACI dado que utilizada inapropiadamente su marca en Paraguay.

Por su parte la firma FALCON CISA menciona en su escrito de denuncia que tal acusación del representante de la empresa RODOMAQ S.A. es totalmente falsa y la referida demanda judicial nunca ocurrió ni existió, lo cual es fácil de comprobar. Refiere además que lo alegado por RODOMAQ en la apertura es imposible de ser probado y tal denuncia falsa sería pasible de ser imputada como un delito grave penado por nuestro sistema penal.

Manifiesta además que su empresa se reserva el derecho de accionar legalmente contra los eventuales responsables de este grave hecho e informa que sus asesores legales están evaluando las medidas a tomar.

Con relación a lo mencionado por el denunciante sobre el posible objetivo de la firma RODOMAQ S.A. de influir en la decisión de la Convocante, al mencionar que su empresa se encuentra una demanda judicial, traemos a colación el Artículo 27° de la Ley 2051/03, que establece: *"…Será considerada falta grave el intento de influir sobre el sentido de la decisión de los miembros del Comité de Evaluación, a través de cualquier procedimiento que pueda afectar su independencia de criterio…"*

Por tanto, es importante aclarar sobre el punto, que la normativa establece que el intento de influir será considerada una falta grave, siempre y cuando sea en la etapa de Evaluación de las Ofertas, por tanto, al haber indicado lo referido la firma RODOMAQ S.A. en el momento de la Apertura de las Ofertas, no se subsume en el intento de influir en la decisión de la Entidad Convocante.

Finalmente, en base al descargo y las documentaciones arrimadas por la Entidad Convocante, corresponde ordenar el cierre del Caso N°326/21; 334/21, en virtud a lo dispuesto en el art. 147 del Decreto N°2.992/19[3], **con la salvedad de que de surgir reclamos puntuales actuaremos en el ámbito de nuestra competencia**.

3 Art. 147 del Decreto N°2.992/19; *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*

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[4] el presente dictamen ha sido emitido por medios remotos de comunicación.

ABG. MACARENA MEDINA VARGAS
Jueza Instructora Dpto. Investigaciones - DNCP

ABG. MA. EUGENIA OTAZO APONTE
Directora Jurídica – DNCP.

[4] **Decreto N° 3442 de fecha 09/03/2020, Resolución Secretaria de la Función Pública N° 146/2020.**