DNCP/DJ N° 3.879/15

Asunción, 18 de noviembre del 2015-

"INVESTIGACION PRELIMINAR SURGIDA A PARTIR DEL MEMORÁNDUM DJ N° 1124/2015 EN EL MARCO DEL LLAMADO A LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL POR SUBASTA A LA BAJA ELECTRÓNICA N° 08/15 PARA LA 'ADQUISICIÓN DE KITS DE ÚTILES ESCOLARES – PLURIANUAL 2015/2016' CONVOCADO POR EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CULTURA (ID N° 290.798)".----------

La presente investigación preliminar fue iniciada por esta Dirección Jurídica, a partir de la denuncia recibida por el 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 N° 977/96.----------

En fecha 13 de octubre del corriente año por Memorándum DJ N° 1124/2015 la Coordinación de Protestas refiere: "*Me dirijo a Usted a los efectos de remitir copia del expediente ingresado como expediente DNCP N° 10794/15, en donde el representante de la firma ALAMO S.A. además de plantear protesta contra la adjudicación solicita se realice investigación de oficio a determinadas firmas sobre supuestas irregularidades cometidas en el marco del proceso licitatorio SBE N° 08/2015 'Adquisición de kits escolares plurianual 2015/2016' convocada por el MEC. Así también acompaño a mencionada al presente memo la caja con útiles escolares presentada por la firma y la correspondiente acta de apertura de la misma en la cual se detalla el contenido. La documentación mencionada es remitida a los efectos que vuestra Coordinación considere pertinente*" (sic).----------

Al respecto, en la denuncia la firma ALAMO S.A. refiere: "*Con relación al Art. 40 de la Ley 2.051/03, establecen en su Art. A) los funcionarios o empleados públicos que intervengan en cualquier etapa del procedimiento de contratación y que tengan interés personal, familiar o de negocios con el proveedor o contratista, incluyendo aquellas personas con las que pueda resultar algún beneficio para ellos, su cónyuge o sus parientes consanguíneos o afines hasta el cuarto grado, o para terceros con los que tenga relaciones profesionales, laborales o de negocios, o para socios, accionistas o sociedades de las que el funcionario o empleado público o las personas antes referidas formen o hayan formado parte en los últimos seis meses. b) quienes conforme a la Ley de la Función Pública se encuentren imposibilitados.*

Enrique Alonso Giménez
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

Hemos constatado en anuncios periodísticos que el Sr. Eugenio Sanabria Vierci, Presidente de la firma KUATIAPO S.A., se desempeñaba como Asesor de la Secretaría Nacional del Deporte, por lo que solicitamos a la DNCP una investigación de Oficio a fin de corroborar los datos obrantes en medios periodísticos."----------

Que, por **Nota DNCP/DJ Nº 3.398/15** de fecha 16 de octubre del 2015 se ha comunicado de la apertura de la investigación a la firma **ALAMO S.A** (con acuse de recibo en fecha 20/10/15).----------

Que, por Nota DNCP DJ N° **3.397/15** de fecha 16 de octubre del 2015, se ha comunicado a la firma **KUATIAPO S.A.** (con acuse de recibo en fecha 20/10/15) de la apertura de la presente investigación para que realice las manifestaciones pertinentes y adjunte la documentación respectiva dentro del plazo de 3 (tres) días hábiles.----------

Que, por Nota DNCP DJ N° **3.395/15 de fecha 16 de octubre del 2015**, se ha comunicado al **MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CULTURA (MEC)** de la apertura de la presente investigación (con acuse de recibo en fecha 21/10/15) para que realice las manifestaciones pertinentes y adjunte la documentación respectiva dentro del plazo de 3 (tres) días hábiles.----------

En consecuencia a la denuncia efectuada, en fecha 23 de octubre del 2015, por Expte. Nº 11.369/15, la Convocante **MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CULTURA (MEC)** manifiesta, entre otras cosas, cuanto sigue: *"...Sobre el particular, y respondiendo a la denuncia de la Firma ALAMO S.A. contra la firma KUATIAPO S.A. "Con relación al Art. 40 de la Ley 2.051/03, establecen en su Art. A) los funcionarios o empleados públicos que intervengan en cualquiera etapa del procedimiento de contratación y que tengan interés personal, familiar o de negocios con el proveedor o contratista, incluyendo aquellas personas con las que pueda resultar algún beneficio para ellos, su cónyuge o sus parientes consanguíneos o afines hasta el cuarto grado, o para terceros con los que tenga relaciones profesionales, laborales o de negocios, o para socios, accionistas o sociedades de las que el funcionario o empleado público o las personas antes referidas formen o hayan formado parte en los últimos seis meses. b) quienes conforme a la Ley de la Función Pública se encuentren imposibilitados." Prosigue el denunciante expresando entre otras cosas, lo siguiente: '...Hemos constatado en anuncios periodísticos que el Sr. Eugenio Sanabria Vierci, Presidente de la firma KUATIAPO S.A., se desempeñaba como Asesor de la Secretaría Nacional del Deporte, por lo que solicitamos a la DNCP una investigación de Oficio a fin de corroborar los datos obrantes en medios periodísticos."* (sic)----------

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

Enrique Alonso Giménez
Dirección Jurídica - DNCP

Continúa con sus manifestaciones el MEC y expresa: "*En este sentido, el Sr. Director podrá constatar, que la Dirección de Contrataciones ha solicitado la constancia de ser o no ser funcionario público de los oferentes participantes del proceso que nos ocupa, entre ellos del Sr. Eugenio Sanabria Verci, y en respuesta a la Nota DC N° 8990/15, la Secretaria de la Función Pública (SFP) remite las constancias solicitadas mediante* ***Nota PR/SFP/SG N° 858/2015****, elaboradas en concordancia a una base de datos constituidos por el Sistema Integrado de Administración de Recursos Humanos (SINARH), Legado Digital de Funcionarios Públicos (LDFP) y la Nómina de Altas y Bajas remitidas por las Instituciones Públicas. (Se adjunta constancia – ExpedienteN°3933), donde se deja constancia que el Sr. Eugenio Sanabria Vierci, no se encuentran registrados en la base de datos. (Se adjunta copia Nota PR/SFP/SG N° 858/2015). Por lo expuesto, al no estar registrado el Sr. Eugenio Sanabria Vierci, ni los otros miembros de la Sociedad en la base de datos de la Secretaria de la Función Pública, mal podría el Comité de Evaluación descalificar a la oferente* ***KUATIAPO S.A.***" (sic)----------

Así también, en fecha 22 de octubre del 2015 a través del expediente DNCP N° 11.339/15 se presenta el Abg. Fernando Heisecke en calidad de representante de la firma **KUATIAPO S.A**. adjuntando Poder General suficiente para la acreditación de personería invocada, y refiere: "*Primeramente, negamos categóricamente que el Sr. Eugenio Sanabria sea funcionario público o funcionario contratado por alguna institución pública. Al respecto informamos que el Sr. Eugenio Sanabria es asesor Ad Honorem de la Secretaría Nacional de Deportes, no existiendo vinculación contractual alguna con dicha institución. Adjuntamos a esta nota el informe de la Secretaria de la Función Pública de fecha 07/08/2015 junto con la constancia expedida por el SINARH, que fehacientemente comprueban que ni el Sr. Eugenio Sanabria ni las demás personas vinculadas como socios o directores a KUATIAPO S.A., son funcionarios de públicos. Resaltamos que esta misma nota y constancia fue presentada junto con la oferta en la licitación de referencia.*" (sic)----------

Continua con sus manifestaciones el representante de la firma KUATIAPO S.A. y expresa: "*En tercer lugar, traer a colación lo dispuesto en la Ley 1626/00 de la Función Pública que establece que es funcionario público 'la persona nombrada mediante acto administrativo para ocupar de manera permanente un cargo incluido o previsto en el Presupuesto General de la Nación, donde desarrolle tareas inherentes a la función del organismo o entidad del Estado en el que presta sus servicios. El trabajo del funcionario público es retribuido y se presta en relación de dependencia con el Estado.'*[1] *Adicionalmente, resaltamos que prestar asesoramiento ad honorem a una institución pública, tampoco implica ocupar un 'cargo de confianza', en razón de que dichos cargos están taxativamente*

[1] Ley N° 1626/00, art. [illegible]

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

Enrique Alonso Giménez
Dirección Jurídica - DNCP

enumerados en la Ley de la Función Pública[2]*. Por todo lo expuesto, se concluye que el Sr. Eugenio Sanabria no es un funcionario público, como tampoco lo son los demás miembros del Directorio y de la composición accionaria de KUATIAPO S.A., con lo cual, la denuncia presentada por ALAMO S.A. debe ser desestimada sin más trámites por improcedente.*" (sic)----------

Expuestos así los argumentos de las partes, resulta necesario contrastar con la los términos de la denuncia, con el objeto de analizar la supuesta irregularidad cometida y determinar la procedencia o no de la misma.----------

El denunciante alega que el Sr. Eugenio Sanabria (Presidente de la firma KUATIAPO S.A.) se desempeñaba como Asesor de la Secretaría Nacional del Deporte (SND), por lo que –según los términos del denunciante- incurriría en las "*PROHIBICIONES Y LIMITACIONES PARA PRESENTAR PROPUESTAS O PARA CONTRATAR*" que refiere el artículo 40° de la Ley 2.051/03.----------

Por su parte, en resumidas cuestiones refiere el MEC que procedió solicitar por Nota DC 890/15 a la Secretaría de la Función Pública la constancia de ser o no ser funcionario público para proceder a la adjudicación del llamado a "*LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL POR SUBASTA A LA BAJA ELECTRÓNICA N° 08/15 PARA LA 'ADQUISICIÓN DE KITS DE ÚTILES ESCOLARES – PLURIANUAL 2015/2016*", y a su vez por nota PR/SFP/SG N° 858/2015 contesta la Secretaria adjuntando así también la Constancia 3015/2015 en donde se asienta que el Sr. Eugenio María Sanabria Vierci no registra antecedentes de ser Funcionario Público, por lo que mal podría el Comité de Evaluación descalificar al oferente KUATIAPO S.A.----------

Así también, manifiesta el representante de la firma KUATIAPO S.A. que el Sr. Eugenio Sanabria es Asesor Ad Honorem de la Secretaría Nacional de Deportes y que en virtud a la Ley de la Función Pública, este carácter de Asesor Ad Honorem no subsume al carácter de funcionario público.----------

Así las cosas resulta pertinente realizar el siguiente análisis, expresa el art. 4° de la Ley 1.626/00: "*Es funcionario público la persona nombrada mediante acto administrativo para ocupar de manera permanente un cargo incluido o previsto en el Presupuesto General de la Nación, donde desarrolle tareas inherentes a la función del organismo o entidad del Estado en el que presta sus servicios. El trabajo del funcionario público es retribuido y se presta en relación de dependencia con el Estado*".----------

[2] Idem, art. 8.

Enrique Alonso Giménez
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

Al respecto, consta en el expediente de la Investigación Preliminar a fojas ciento sesenta y ocho (168) la Nota PR/SFP/SG N° 761/2015 de fecha 07 de agosto del 2015 por el cual se adjunta la Constancia N° 2610/2015 en el que figura que no registra antecedentes de haber sido funcionario público el Sr. Eugenio Sanabria Vierci.----------

Así también, en fojas ciento cincuenta y seis (156) se encuentra la Nota PR/SFP/SG N° 858/2015 de fecha 09 de septiembre del 2015 adjunto con la constancia N° 3015/2015 en el cual consta que el Sr. Eugenio Sanabria Vierci no registra antecedentes de ser funcionario público.----------

En este punto, corresponde traer a colación los artículos de la Ley de Contrataciones Públicas en su **Artículo 40.- PROHIBICIONES Y LIMITACIONES PARA PRESENTAR PROPUESTAS O PARA CONTRATAR,** establece que: "*...No podrán presentar propuestas en los procedimientos de contratación previstos en esta ley, ni contratar con los organismos, entidades y municipalidades:* ----------

a) *los funcionarios o empleados públicos* ***que intervengan en cualquier etapa del procedimiento de contratación, y que tengan interés personal, familiar o de negocios con el proveedor o contratista****, incluyendo aquellas personas con las que pueda resultar algún beneficio para ellos, su cónyuge o sus parientes consanguíneos o afines hasta el cuarto grado, o para terceros con los que tenga relaciones profesionales, laborales o de negocios, o para socios, accionistas o sociedades* ***de las que el funcionario o empleado público o las personas antes referidas formen o hayan formado parte en los últimos seis meses****;.--*

b) *quienes conforme a la Ley de la Función Pública se encuentren imposibilitados;..."(Sic).*----------

Enrique Alonso Giménez
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

Previamente, pasaremos a analizar el supuesto indicado en el inciso a) del artículo 40 de la ley 2051/03 a fin de determinar si el señor Eugenio Sanabria Vierci se encuentra inmerso en dicho inciso.----------

Es preciso destacar, que la normativa que rige las prohibiciones de los funcionarios públicos para contratar con el Estado presupone tres condiciones para su inhabilidad, que deben darse simultáneamente; 1° el carácter de funcionario público según las definiciones de la ley 1626/00; 2° la intervención, la coincidencia del procedimiento licitatorio en el cual el funcionario interviene en razón de su cargo con el procedimiento en el cual pretenda concursar como oferente; 3° el interés en el beneficio que esta adjudicación pueda reportarle personalmente o a terceros en el grado establecido en el referido inciso del art. 40 de la ley 2051/03.----------

En este caso en particular, el señor Eugenio Sanabria Vierci, al no ser funcionario del Ministerio de Educación y Cultura (MEC) entidad de la cual la empresa KUATIAPO, (donde el mismo se desempeña como Presidente de Directorio) resulto adjudicada, no puede encuadrarse en los supuestos indicados en el párrafo anterior.----------

La redacción del inciso a) indica que tampoco pueden participar personas físicas o jurídicas relacionadas a funcionarios públicos que hayan intervenido en cualquier etapa del procedimiento de contratación. Este relacionamiento puede deberse a un parentesco, a un interés personal, familiar de negocios profesional o societario. Con esto se pretende preservar el principio de igualdad y de transparencia ya que el funcionario que interviene en cualquier etapa del procedimiento licitatorio podría tener una ventaja sobre los demás potenciales oferentes pues podría influir en quienes deban decidir sobre la adjudicación.----------

En este caso, el denunciante no ha aportado prueba alguna de la existencia de algún tipo de vínculo entre quien fuera presidente de directorio de KUATIAPO a la fecha de la recepción de las propuestas en el llamado de referencia, y los funcionarios públicos intervinientes del proceso a contratación en cuestión.----------

Enrique Nonso Giménez
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

En cuanto al inciso b) del mismo cuerpo legal, dicho artículo remite a la Ley de la Función Pública para la determinación de la inhabilidad para contratar con el estado.----------

Del artículo precedentemente expuesto se observa que para la subsunción de la prohibición a ofertar o contratar que refiere el art. 40° inciso b) resiste una condición *sine qua non* que es la de SER FUNCIONARIO PÚBLICO, condición que no se configura en el Sr. Eugenio Sanabria Vierci según las constancias anteriormente referidas elaboradas por la Secretaría de la Función Pública.----------

Además de ello, según se desprende de la denuncia, así como de la contestación por parte de la empresa KUATIAPO el señor Eugenio Sanabria Vierci, Presidente de la firma KUATIAPO S.A., se desempeñaba como Asesor ad honorum de la Secretaría Nacional del Deportes no así del Ministerio de Educación y Cultura (MEC) institución Convocante en el marco del proceso a contratación de referencia.----------

Por todo la anterior, se desprende que no se ha podido configurar el requisito primerísimo de la prohibición que refiere el artículo 40° en sus incisos "a" y "b", es decir, el de reunir la capacidad de funcionario público o la existencia de algún vínculo existente entre el señor Eugenio Sanabria y los funcionarios intervinientes del referido proceso licitatorio.----------

En esta inteligencia y por las circunstancias particulares de este caso, se desprende que la cuestión denunciada no amerita la apertura de una investigación de oficio, por los fundamentos expuestos a lo largo de la presente investigación, por lo que se recomienda el cierre de la presente investigación preliminar de conformidad al inciso "a" del artículo 17 del decreto reglamentario 7.434/14 "*POR EL CUAL SE ESTABLECEN CIERTAS REGLAMENTACIONES PARA LOS PROCESOS SUSTANCIADOS EN LA DIRECCIÓN JURÍDICA DE LA DNCP*" **con la salvedad que de recibir reclamos puntuales respecto de alguna irregularidad en el procedimiento concursal actuaremos en el marco de nuestras competencias.**--

ABG. ENRIQUE ALONSO G.
Dirección Jurídica-DNCP

ABG. LUIS A. GODOY
Director Jurídico-DNCP