DNCP/DJ N° 12.012 / 16 **CASO N° 3378**

Asunción, 28 de noviembre de 2016.

INVESTIGACION PRELIMINAR SURGIDA A PARTIR DE LA DENUNCIA RECIBIDA A TRAVES DEL SISTEMA DE GESTIÓN DE DENUNCIAS CON PROTECCIÓN AL DENUNCIANTE, REFERIDA AL LLAMADO A LICITACIÓN POR CONCURSO DE OFERTAS PARA "ADQUISICIÓN DE GENERADORES A DIESEL PARA LA INSTITUCIÓN" CONVOCADO POR EL GOBIERNO DEPARTAMENTAL DE ITAPUA (ID N° 311998)----------

La presente investigación preliminar fue iniciada por esta Dirección Jurídica, a partir de la denuncia recibida en fecha 09 de noviembre de 2016 por el Sistema de Gestión de Denuncias del Portal de Contrataciones Públicas asignada como **CASO 3378**; al respecto, corresponde destacar 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.----------

En la referida denuncia se manifiesta cuanto sigue: "*...Hemos tomado conocimiento que la Gobernación de Itapua a través de la Resolución Nº 851/16 de fecha 11 de Octubre de 2016 ha adjudicado a la firma Fipar de Marcelo Campos Cervera la provisión de grupos generadores para la institución en el marco del CO Nº 04/2016 "Adquisición de generadores a diesel para la institución - Ad Referendum" ID 311.998.- La firma adjudicada ha ofertado un equipo de su propia marca, señalando como fabricante a China. A pesar de tener conocimiento la Gobernación que la oferta presentada por Fipar carecía de las especificaciones técnicas del producto; del catálogo del producto; de la autorización del fabricante, de algun documento que acredite ser centro autorizado de servicio y asistencia técnica de la marca ofrecida; o del registro de marca, igualmente lo ha adjudicado.- Tampoco la Gobernación ha revisado el cumplimiento de las especificaciones técnicas (ya que no habían sido remitidos dichos documentos) en base a la oferta que se ha presentado.- Sin dudas, esta actitud de la Gobernación quebranta el Principio de Igualdad entre los competidores, ya que a este específico pujante se le ha permitido incumplir los requisitos exigidos por el PBC. Ademas, esta actitud implica un riesgo innecesario para la Gobernación, ya que no existe certeza alguna*

Abg. Jessica A. Velasquez Ortiz
Dirección Jurídica
Juez Instructor

Abg. José Arévalo Kunert
Coordinador Jurídico - DNCP

que el adjudicado cumpla con los requisitos, ni que la convocante pueda de tal manera satisfacer sus necesidades. Reiteramos, esta adjudicación resulta ilegal por la inobservancia de los requisitos previstos en el PBC e implica un riesgo de incumplimiento del contrato, por tanto, la DNCP debería investigar el asunto."(Sic).--

Que, esta Dirección Jurídica por medio de Nota DNCP/DJ Nº 11162/16 de fecha 09 de noviembre de 2016, ha solicitado a la Convocante —**GOBIERNO DEPARTAMENTAL DE ITAPUA**— remita los documentos pertinentes y justifiquen lo referido en la denuncia e informen sobre el estado del proceso de contratación. (Con acuse de recibo en fecha 11 de noviembre de 2016). Igualmente se ha notificado de la presente investigación preliminar a la Junta Departamental de Itapua a través de la Nota DNCP N° 11164/16. (Con acuse de recibo en fecha 11 de noviembre de 2016).----------

Que, de la misma manera se ha corrido traslado a la firma adjudicada – **MARCELO CAMPOS CERVERA WALDER** mediante Nota DNCP /DJ N° 11163/16 de fecha 09 de noviembre de 2016, para que realice las manifestaciones que hacen a sus derechos. (Con acuse de recibo en fecha 11 de noviembre de 2016). Al respecto, cabe señalar que, siendo la firma adjudicada legal y debidamente notificada de la presente investigación no se ha presentado a realizar las manifestaciones que hacen a sus derechos, encontrándose decaído el derecho de realizarlo en adelante.----------

Que, en fecha 15 de noviembre de 2016, mediante la nota que fuera recibida como Expediente Digital DNCP N° 101501/16, la Entidad Convocante emite descargo respecto a lo referido en la denuncia, expresando cuanto sigue: *"...en primer lugar debemos manifestar que una primera adjudicación fue anulada por la DNCP, por resolución N° 2971/16 de fecha 06 de setiembre de 2016 y entre los principales fundamentos de la misma se encuentra las disposiciones contenidas en el art. 4° de la ley 2051/03, sustentado por los principios de economía y eficiencia, según el cual debe asegurarse al estado las mejores condiciones de contratación, concepto que abarca tres dimenciones: i) oportunidad, ii) calidad, y, iii) costo, por lo cual fue criterio de esta Dirección Nacional que ante la oferta mas conveniente en precio para el Estado, la convocante debe utilizar los mecanismos otorgados por la misma ley de contrataciones a los efectos de corroborar- y asi tomar rechazo de la*

Abg. Jessica A. Palacios Díaz
Dirección Jurídica
Jueza Instructora

Abg. José Arévalo Kunert
Coordinador Jurídico - DNCP

misma. En atención al carácter formal que revisten documentos como son la autorización del fabricante, el certificado de visita técnica". "(Sic).----------

Continúa su descargo mencionando: *"...Que, es criterio de la DNCP, que los documentos catalogados como formales, que no son presentados al momento de la oferta, la convocante necesariamente deben solicitarla por nota y resolver conforme a la presentación o no de lo requerido./// Que en ese sentido se le ha solicitado a todos los oferentes participantes del presente llamado los documentos formales que no obraban en su carpeta de oferta (adjuntamos las referidas notas) y en ese sentido se le ha requerido a la EMPRESA FIPAR la presentación de los siguientes documentos formales: Catalogo del producto ofertado; Contratos anteriores relacionados al presente llamado; Copia autenticada de la Autorización del fabricante; Documento que acredite ser Centro autorizado de Servicio y Asistencia técnica del producto ofertado; Desglose Técnico de los costos del bien solicitado en virtud a la Resolución DNCP N° 956/2016; las cuales fueron presentadas en su totalidad por la Empresa FIPAR de MARCELO CAMPOS CERVERA WALDER./// Que por lo tanto resulta improcedente y por ende debe ser desestimada la denuncia realizada en lo que respecta a la no presentación del Catalogo del producto, la autorización del fabricante o de algún documento que acredite ser centro autorizado de servicio y asistencia técnica de la marca ofrecida. Con relación al registro de marca la convocante no lo ha solicitado en el PBC./// con relación a lo manifestado, que la firma adjudicada ha ofertado un equipo de su propia marca, señalando como fabricante China; el oferente ha presentado la autorización del fabricante debidamente autenticada por escribanía, que en su parte pertinente dice: "Nosotros RISE Power Equipament Inc., como fabricantes oficiales de Generadores Fipar, con fabricas ubicadas en N° 72, Ao Wei Road, Lan He Town, Nan Sha District, Guangzhoy, China mediante el presente instrumento autorizamos a FIPAR de Marcelo Campos Cervera Walder con oficinas ubicadas en Republica de Colombia N° 35 casi Ruta Mariscal Estigarribia, Fernando de la Mora a presentar una oferta con el propósito de suministrar los siguientes bienes de fabricación nuestra Generadores, Mara FIPAR...". Por lo tanto resulta improcedente y por ende debe ser desestimada la denuncia en cuestión sobre el punto tratado en el párrafo anterior. ." (Sic).*----------

Finalizan su descargo mencionando: *"...Que, con relación a las especificaciones técnicas la empresa en cuestión ha presentado en su momento*

Abg. José Arévalo Kunert
Coordinador Jurídico - DNCP

conforme se desprende del acta de apertura que en su parte pertinente trascribimos:" "...el segundo sobre en ser abierto corresponde a la Empresa FIPAR de Marcelo Campos Cervera con mesa de entrada N° 2924, el sobre es abierto y verificado minuciosamente, una vez concluida la verificación se deja constancia de que se encuentran los documentos detallados a continuación, Planilla de Precios, Especificaciones Tecnicas..." Es importante señalar que en la referida acta los principales actores del proceso de licitación (oferentes) realizaron diferentes observaciones y en ninguna menciona la situación descripta por el denunciante, sin dejar de mencionar que varios representantes de las empresas han presenciado y observado las carpetas de las ofertas./// Que negamos categóricamente que la referida adjudicación bajo ningún aspecto quebrante el principio de igualdad entre los competidores, es más y por una sabia decisión de la DNCP, nos hemos permitido requerir a todos los oferentes todos los documentos formales que no contenían su oferta al principio y asi poder realizar un estudio más objetivo y completo de las ofertas. Que igualmente y para tranquilizar al denunciante entre los requisitos obrantes el PBC se encuentra la presentación de la póliza de cumplimiento de contrato, que a la fecha el adjudicado lo ha presentado en forma. Que no deja de ser cierto que los 7 (siete) oferentes con interés legitimo y que se han presentado en el presente llamado no han presentado protesta alguna sobre la referida adjudicación, estando a la fecha vencido el plazo para hacerlo. Que, nuestra parte es consciente que las personas pueden presentar denuncias como esta, pero las mismas deben ser sobre bases solidas aportando pruebas que permitan siquiera tener un indicio de la veracidad de sus expresiones y podemos ver que en su denuncia en la parte de pruebas dice: "No se han aportado pruebas" y bien la DNCP en varias resoluciones ha sentado postura en afirmar que la carga de la prueba deberá recaer en aquel que alegue un hecho controvertido, por lo que una simple aseveración en contra de documentos concretos presentados por el oferente y que fueron analizados por la convocante resultan insuficiente para desvirtuar lo resuelto por la convocante en base a los peticionadoe en el PBC. Que, sobre el estado del procedimiento informamos que a la fecha ya se ha suscripto el contrato respectivo con la empresa adjudicada, la cual ya se fuera remitido a la DNCP, además ya posee Código de Contratación. ".(Sic).----------

Finalmente, en fecha 16 de noviembre de 2016 el Juzgado de Instrucción a cargo de la presente investigación, ha dictado una providencia como medida de mejor proveer, a través de la cual se ha requerido a la Entidad Convocante que

Abg. Jessica Valdez
Dirección Jurídica
Jueza Instructora

Abg. José Arévalo Kunert
Coordinador Jurídico - DNCP

remita la oferta presentada por la firma adjudicada FIPAR de Macerlo Campos Cervera Walder, además de los documentos solicitados por Nota UOC N° 427/16 a que hace referencia la Entidad Convocante en su contestación.----------

Que, en fecha 18 de noviembre de 2016, la Entidad Convocante ha dado cumplimiento al requerimiento del Juzgado a través de la Nota recibida como Expediente Digital DNCP N° 101524.----------

En base a las manifestaciones efectuadas por las partes, esta Dirección Juridica señala cuanto sigue: ----------

El objeto impugnado en la presente Investigación versa sobre la adjudicación recaída a favor de la firma FIPAR de Marcelo Campos Cervera en el marco del llamado para la "*Adquisición de Generadores a Diesel para la Institución*", donde el denunciante alega que la firma en cuestión ha ofertado un equipo generador de su propia marca, "Generadores FIPAR" consignando en su formulario de ofertas como fabricante a China; y, pese a que la Entidad Convocante —Gobierno Departamental Itapúa— no habría tenido conocimiento de las especifícaciones técnicas por no contar con el catálogo, autorización del fabricante o de algún documento que acredite ser centro autorizado de servicio y asistencia técnica de la marca ofrecida por la firma, la misma igualmente la habría adjudicado.----------

En ese sentido, la Entidad Convocante ha realizado las manifestaciones que hacen a sus derechos, refiriendo sobre el contenido de la denuncia, que en atención al carácter formal que revisten los documentos no presentados, es que han solicitado a todos los oferentes del llamado los documentos formales que no obraban en su carpeta de oferta, incluyendo los mencionados en la denuncia a saber: Catálogos de los Productos Ofertados, Contratos Anteriores relacionados al llamado, copia autenticada de la Autorización del Fabricante, documento que acredite ser centro autorizado de servicio de asistencia técnica del producto ofertado y desglose técnico de costos a la firma adjudicada.----------

Sobre el punto, cabe mencionar, que el Juzgado de Instrucción ha requerido a la Entidad Convocante la remisión de las documentaciones formales que fueron presentados por la firma adjudicada FIPAR de Marcelo Campos Cervera Walder y que fueran requeridas por Nota UOC N° 427/2016.----------

Abg. Jessica A. Velasquez Maciel
Dirección Jurídica - DNCP
Abg. José Arévalo Kunert
Coordinador Jurídico - DNCP

La Entidad Convocante, ha dado cumplimiento al requerimiento del Juzgado, remitiendo las documentaciones presentadas por la firma FIPAR de Marcelo Campos Cervera Walder en el marco de la solicitud de aclaraciones, pudiendo constatarse la existencia de la Autorización del Fabricante otorgada por la firma RISE Power Equipment Inc. como fabricantes de Generadores FIPAR, por la cual autorizan a la firma FIPAR de Marcelo Campos Cervera Walder a presentar ofertas con el propósito de suministrar los bienes de su fabricación y posteriormente firmar el contrato, asi mismo se verifican los catálogos correspondientes a los Generadores ofertados por la firma adjudicada, y además la Constancia de ser Centro Autorizado de Servicio y Asistencia Técnica de los Generadores de Fabricación de Rise Power Equipment Inc. ----------

Analizada la cuestión fáctica, corresponde analizar la normativa respectiva, es por ello que, corresponde traer a colación el Articulo 57 del Decreto N° 21909/03 que establece: **Aclaración de Ofertas**: *"Con el objeto de facilitar el proceso de revisión, evaluación, comparación y posterior calificación de ofertas, la Convocante podrá solicitar a los oferentes aclaraciones respecto de sus ofertas. Dichas solicitudes de aclaraciones y las respuestas de los oferentes se realizarán por escrito".(Sic).*----------

Igualmente, el Art. 59° del mismo cuerpo legal expresa: *"Siempre y cuando una oferta se ajuste sustancialmente al Pliego de Bases y Condiciones, la Convocante podrá dispensar cualquier disconformidad u omisión que no constituya una desviación significativa. Asimismo, y a los efectos de rectificar disconformidades u omisiones meramente formales y no sustanciales,* ***la Convocante podrá requerir que el Oferente presente la información o documentación necesaria****, dentro de un plazo razonable…A título meramente indicativo y no limitativo, son* ***documentos de carácter formal no sustancial****: b) folletos y catálogos …"* (Sic).----------

En este sentido, el doctrinario Juan Francisco Linares, en su libro FUNDAMENTOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Pág. 286-287, Edit. Astrea, expresa lo siguiente: *"Conviene aclarar que alcance tiene el* ***uso en la ley de locuciones como: podrá o puede declarar (resolver, decidir, regular, etc.)*** *para mentar la prestación del órgano. En tal caso se presentan dos alternativas: que la circunstancia del caso operativa esté mentada con fórmula flexible; o, que lo esté con formula rígida… En la primera especie, la atribución es discrecional por las*

Abg. Jessica J. Velázquez
Dirección Jurídica

Abg. José Arévalo Kunert
Coordinador Jurídico - DNCP

razones que conocemos y no se presenta duda pese al uso del verbo referido… En la segunda parecería una contradicción que por un lado la ley establezca una formula rígida y por el otro se deja, como potestativa o facultativa, la prestación…. Pero todo esto es así, únicamente si del contexto o sistema situación real y evaluación jurídica, fluye que el legislador no uso por error el "puede o "podrá". De lo contrario, la función es reglada porque prevalece la parte de la formula rígida de la circunstancia del caso operativa y procede interpretar el verbo como "debe" o "deberá", simplemente..." (Sic).----------

Que, el pliego de bases y condiciones del presente llamado, en su Sección VII Anexos, DOCUMENTOS QUE COMPONEN LA OFERTA, establece como documentos formales en su apartado G): "**Documentos adicionales a la oferta que demuestren que los Bienes o Servicios ofertados cumplen con las especificaciones de la Sección II, Suministros Requeridos.** *Autorización del Fabricante o Autorización del Representante.; Documentación que acredite ser Centro Autorizado de Servicio y Asistencia Técnica de la marca ofrecida".*----------

Por tanto, conforme a lo dispuesto en los artículos up supra referidos y la doctrina citada, se constata que la Entidad Convocante ha requerido a la firma adjudicada las documentaciones formales en virtud a las facultades conferidas en la normativa, conforme se desprende de la Nota UOC N° 427/2016 obrante en autos. La facultad de solicitar aclaraciones concebidas a los miembros del comité se da en la administración pública, para poder **garantizar a los organismos, entidades y municipalidades la satisfacción de sus necesidades con la <u>mayor oportunidad, calidad y el costo</u>** que aseguren al Estado Paraguayo las mejores condiciones, tal como lo dispone el inciso a) del artículo 4 PRINCIPIOS GENERALES de la ley 2051/03 de Contrataciones Públicas.----------

En ese sentido, se verifica que la firma adjudicada ha presentado las documentaciones tal como le fue requerida, estando a entera satisfacción del Comité Evaluador conforme se desprende del Informe de Evaluación del presente llamado, por lo que en virtud a las facultades conferidas en la Ley Orgánica Departamental, la Máxima Autoridad de la Entidad Convocante -GOBIERNO DEPARTAMENTAL DE ITAPÚA- ha dictado Resolución N° 851/16 por la cual en su Articulo 2° resuelve adjudicar el llamado de Adquisición de Generadores a Diesel para la Institución a la firma FIPAR de Marcelo Campos Cervera Walder .----------

Abg. Jessica A. Velastiqui Maciel
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. José Arévalo Kunert
Coordinador Jurídico - DNCP

Finalmente, cabe señalar que la firma adjudicada ha presentado la Garantía de Fiel Cumplimiento, cuya finalidad es la de garantizar como su propio nombre lo dice, el cumplimiento en tiempo y forma de todas las obligaciones asumidas ante la Entidad Convocante de conformidad a lo establecido en el contrato conforme a lo dispuesto en las bases del llamado y la propia oferta, por parte del oferente; que ante el incumplimiento contractual de este último es pasible de ser ejecutada a los efectos de indemnizar los daños ocasionados por el incumplimiento.----------

Cabe resaltar, que el hecho particular denunciado, Falta de Documentación, fue plenamente desacreditado, por lo que en este estadio es importante traer a colación lo establecido en el Decreto 7434/11 en su Art 13° ***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. (Sic).*** *[El destacado es nuestro].*-------

Se aclara que la no presentación de documentos de carácter formal no constituye una causal de descalificación automática de la oferta, ya que la presentación de los mismos puede ser realizada con posteriorida a pedido del comité evaluador para su correspondiente evaluación y analisis.----------

Por todo lo expuesto, es claro que en el presente caso, las cuestiones denunciadas no ameritan la apertura de una Investigación de Oficio por parte de la Dirección Nacional, por lo que se da por finalizado la presente investigacion, con la salvedad que de surgir denuncias puntuales actuaremos en el ámbito de nuestras competencias.----------

Por Resolución DNCP N° 4084/2016 de fecha 25 de noviembre de 2016, se ha resuelto DESIGNAR al Abg. José Arévalo Kunert, Coordinador Juridico, como Encargado de Despacho de la Dirección Juridica de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP), desde el 28 de noviembre de 2016 al 02 de diciembre de 2016.----------

Abg. JESSICA VELASTIQUI
Dirección Jurídica

Abg. JOSÉ ARÉVALO KUNERT
Encargado de Despacho Dirección Jurídica