NOTA DNCP/DJ N°3891/18

Asunción, 23 de marzo de 2018.-

INVESTIGACION PRELIMINAR SURGIDA A PARTIR DEL MEMORANDUM DNCP/DNC N°221/18 REMITIDO POR LA DIRECCION DE NORMAS Y CONTROL AL DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIONES DE LA DIRECCION JURIDICA DE ESTA DIRECCION NACIONAL EN FECHA 20 DE FEBRERO DEL 2018, REFERIDO AL LLAMADO A LICITACION POR CONCURSO DE OFERTAS LCO N° 03/2017 PARA LA CONTRATACIÓN DE SERVICIO DE CONSULTORIA PARA ELABORACION DE PROYECTOS VARIOS, CONVOCADO POR LA MUNICIPALIDAD DE ÑEMBY - (ID N°338017). ----------

La presente investigación preliminar fue iniciada por esta Dirección Jurídica, a partir del Memorándum DJ N° 221/18 remitido por el Asesor Jurídico Abg. Javier Filizzola al Director Jurídico Abg. Luis Godoy, el cual refiere a supuestas irregularidades acaecidas en el marco del llamado de referencia, que expresa cuanto sigue: "*Me dirijo a usted, a fin de informarle ciertos hechos aparentemente irregulares en el ID 338017 CONSULTORIA PARA ELABORACION DE PROYECTOS VARIOS. Convocante: Municipalidad de Ñemby; que seguidamente paso a exponer: La nota DNC N° 33414/2017 expresa: Consultamos a la convocante si se tuvo en cuenta los plazos establecidos en el Art. 94 de decreto N° 21909/03 que dice: Evaluacion de costo. Una vez finalizada la evaluacion de la oferta técnica, la convocante notificara a las firmas consultoras el resultado de dicha evaluacion, indicando expresamente para aquellas que no hayan obtenido el puntaje mínimo, que sus ofertas de precio les serán devueltas sin abrir después de terminado el proceso de selección. En la misma comunicación, la convocante informara la fecha y hora fijada para abrir las ofertas de precio de aquellas firmas que hayan resultado calificas técnicamente. La fecha de apertura será entre dos o diez días hábiles con posterioridad a la fecha de notificación. La Nota N° 34013*

Abg. Martha Beatriz Verón
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis Alberto Godoy Duría
Director Jurídico - DNCP

reiteró dicha observación. Que haciendo un análisis, se verifica que la convocante aparentemente ha incumplido dicha disposición; la misma en su reparo expresó: ... que teniendo en cuenta los programas administrativos de carácter burocráticos que conlleva y los plazos de convocatoria y formalización del proceso, llegando asi sobre el plazo máximo programado para las actividades previstas que llevaron a realizar dicha licitación y posterior adjudicacion, esto se refleja en la fecha de apertura de dicho llamado que es el 11/12/2017 el ultimo día de remisión en la DNCP de la primera etapa de adjudicacion, y de acuerdo a la circular N° 32/17 de fecha 06/10/2017, hemos realizado las gestiones pertinentes para el cumplimiento de lo establecido en la circular más arriba mencionada. Que, el informe de evaluacion expresa en su punto 1) NO CALIFICAR las propuestas presentadas para las firmas MESTRE Ingeniería S.A. e ICVE Ingeniería de Emilce Pereira Maciel, por no lograr el puntaje mínimo de 70 puntos exigidos en el PBC. Que, al omitir la notificación a los oferentes que no han alcanzado el puntaje mínimo requerido, se estaría supuestamente violando el derecho de los oferentes a presentar impugnaciones, en razón que en una selección basada en calidad y costo, solo pueden participar en la apertura de oferta de precios, aquellos que hayan calificado en la evaluación técnica. Que, en base a lo expresado precedentemente, recomiendo remitir los antecedentes del llamado ID 338017 CONSULTORIA PARA LA ELABORACION DE PROYECTOS VARIOS. Convocante: Municipalidad de Ñemby, a la Coordinación de Procesos". (Sic).----------

Que, esta Dirección Jurídica por medio de Nota DNCP/DJ Nº 2448/18 de fecha 21 de febrero de 2018, ha solicitado a la Entidad Convocante — **MUNICIPALIDAD DE ÑEMBY** — remita los documentos pertinentes y justifique lo referido en el memorándum transcripto más arriba en el plazo de 3 (tres) Días hábiles. (Con acuse de recibo en fecha 22 de febrero del 2018).----------

Abg. Martha Beatriz Verón
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

Igualmente, por Nota DNCP/DJ N° 2450/18 de fecha 21 de febrero de 2018 la dirección jurídica notifica a la **JUNTA MUNICIPAL DE ÑEMBY** de la apertura de la Investigación Preliminar. (Con acuse de recibo en fecha 22 de febrero del 2018).--

Que, esta Dirección Jurídica por medio de Nota DNCP/DJ Nº 2449/18 de fecha 21 de febrero de 2018, ha solicitado al Sr. CELSO ISIDRO MORENO MARTINEZ que remita los documentos pertinentes y justifique lo referido en el memorándum transcripto más arriba, en el plazo de **3 (tres) días hábiles** (Con acuse de recibo en fecha 22 de febrero del 2018).----------

Que, en fecha 28 de febrero de 2018 mediante Nota ingresada como Expediente DNCP N° 1364/18, la Convocante –MUNICIPALIDAD DE ÑEMBY- remite su descargo con referencia al traslado que le fuera corrido, en los siguientes términos: *"Nos dirigimos a ustedes a fin de dar respuesta a su nota de la DNCP/DJ N°2448/18 de fecha 21/02/18 sobre el estado de ejecución contractual del proceso de contratación referida más arriba. Que en fecha 12/12/17 se ha firmado el contrato N°07/17 entre la Municipalidad de Ñemby y la firma adjudicada el Arq. Celso Isidro Moreno Martinez. Asi mismo lo indica el pliego de bases y condiciones se ha realizado el pago del anticipo del 30% en fecha 14/12/17 para el inicio de los trabajos propuestos por esta municipalidad. Que actualmente la firma adjudicada se encuentra con los proyectos en etapa de terminación ya que son varios los trabajos a ser realizados y para la cual sean dispuestos varias reuniones para asi dar una conformidad de las obras a las que fueron propuesta por esta municipalidad". (Sic). -*

Que, en fecha 28 de febrero de 2018 mediante Nota ingresada como Expediente DNCP N° 1416/18, la adjudicada –Arq. Celso Isidro Moreno Martinez - remite su descargo con referencia al traslado que le fuera corrido, en los siguientes términos: "*Tengo a bien dirigirme, y por su digno intermedio a quien corresponda a los efectos de saludarlo muy cordialmente y dar respuesta a la nota DNCP /DJ*

Abg. Martha Beatriz Verón
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duri
Director Jurídico - DNCP

N°2449/18, que guarda relacion con el tema de referencia. Al respecto informo cuanto sigue: a) en fecha 9/12/2017 hemos presentado nuestra oferta para participar de la LICITACION POR CONCURSO DE OFERTAS N°03/2017 "SERVICIO DE CONSULTORIA PARA ELABORACION PROYECTOS VARIOS" ID N°338.017.- b) En dicha fecha se ha procedido a la apertura de los sobres que contenían las propuestas técnicas, redactándose al término de la misma la correspondiente acta, suscribiendo la misma los presentes de las firmas que han presentado ofertas. C) en fecha 9/12/2017 hemos recibido una nota de la UOC de la Municipalidad de Ñemby donde nos convocan para el día 11/12/17 a las 8:30 horas para la apertura de los sobres que contienen las propuestas de precios. D) en la citada fecha y horario nos hemos apersonado hasta las oficinas de la UOC de la Municipalidad de Ñemby, en donde en nuestra presencia y de los representantes de las firmas oferentes MESTRE Ingeniería S.A e ICVE Ingeniería de Emilce Celeste Pereira Maciel,, se ha procedido a la apertura de los sobres con las propuestas de precios de todos los oferentes (3 en total).e) posterior a la apertura de los sobres que contenían las propuestas de precios se ha redactado el acta correspondiente y la misma fue suscrita por el encargado de la UOC de la Municipalidad de Ñemby y de los representantes de las 3 firmas oferentes. F) en fecha 11/12/17 la UOC de la Municipalidad de Ñemby nos comunica, via notificación por escrito, que la firma oferente Arq. Celso Moreno Martinez ha sido adjudicado con la licitación de referencia. G) en fecha 14/12/17 hemos procedido a firmar el respectivo contrato con la Municipalidad de Ñemby, y posteriormente, previa presentación de las pólizas que establece el PBC, hemos honrado el anticipo establecido. H) actualmente estamos en etapa de terminación de los trabajos adjudicados, puesto que la Municipalidad de Ñemby posterior a varias reuniones de trabajo, nos han aprobado los anteproyectos de las obras licitadas. Me despido muy atentamente, no sin antes mencionar que me pongo a su total disposición en caso que deseen obtener cualquier otra información al respecto y dejar en claro que en todos los actos

Abg. Martha Beatriz Verón
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

*llevados a cabo con la UOC de la MUNICIPALIDAD DE ÑEMBY HEMOS ESTADO LOS REPRESENTANTES DE LAS 3 FIRMAS OFERENTES, hecho que se patentiza al contar ambas actas (de apertura de propuestas técnicas y de propuestas de precios) con las firmas de los respectivos representantes de todas las firmas que se han presentado ofertas en la licitación de referencia".----------

Que, en fecha 7 de marzo de 2018 mediante Nota ingresada como Expediente DNCP N° 1642/18, la JUNTA MUNICIPAL DE ÑEMBY remite su descargo con referencia al traslado que le fuera corrido, en los siguientes términos: *"Es grato dirigirnos a usted, a objeto de dar respuesta a la nota de referencia que tuviera ingreso a la Junta Municipal de la Ciudad de Ñemby, por medio del expediente N° 037 de fecha 22/02/2017 que guarda relacion con una investigación preliminar iniciada por la DNCP a la licitación referida.- al respecto se informa cuanto sigue: La Junta Municipal en su momento ha aprobado el PBC de la mencionada licitación y ha autorizado al ejecutivo Municipal a iniciar el llamado (Resolucion N° 132 Acta N°44 de fecha 06 de noviembre de 2017) Posteriormente en fecha 11 de diciembre de 2017,por medio de la resolucion N° 162 Acta N°49, ha aprobado la adjudicacion realizada por el Ejecutivo Municipal mediante Resolucion N° 945/17 I.M. Es propicio mencionar que esta Junta ha aprobado la adjudicacion realizada por el Ejecutivo Municipal posterior a un exhaustivo análisis de los documentos elevados por el Intendente Municipal para su estudio, donde comprobamos que en todas las actuaciones realizadas por la UOC, como ser la apertura de sobres con la propuesta técnica (PT) y propuesta de precios (PP), los representantes de las firmas que han presentado ofertas han suscrito el acta correspondiente, lo que indica que existió una verdadera participación de los oferentes y no existió posibilidad de atentar contra los derechos de cualquiera de ellos. Además, hemos procedido a corroborar que se han cumplido los pasos*

Abg. Martha Beatriz Verón
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Cañete Duarte
Director Jurídico

establecidos en la Ley N° De Contrataciones públicas y decretos reglamentarios, por lo que se ha procedido a su adjudicación". (Sic).----------

Atendiendo las manifestaciones realizadas en el Memorándum DJ N°221/18, la Dirección Jurídica de la DNCP cree pertinente realizar las siguientes consideraciones: ----------

Que, corresponde señalar que el Memorándum remitido por el Asesor Abg. Javier Filizzola, hace alusión que la convocante omitió notificar el resultado de la Evaluacion Técnica a los oferentes *-que no han alcanzado el puntaje minimo requerido en el Pliego de Bases y Condiciones-*.----------

Ante tal situación planteada, se trae a colación lo establecido en el Art. 94 del Decreto 21.909/03 el cual dispone: "...3. *-Evaluación del Costo. Una vez finalizada la evaluación de la oferta técnica, la Convocante notificará a las firmas Consultoras el resultado de dicha evaluación, indicando expresamente para aquellas que no hayan obtenido el puntaje mínimo, que sus ofertas de precio les serán devueltas sin abrir después de terminado el proceso de selección. En la misma comunicación, la Convocante informará la fecha y hora fijadas para abrir las ofertas de precio de aquellas firmas que hayan resultado calificadas técnicamente".*----------

De lo anterior se desprende que la convocante, una vez finalizada la evaluación de la oferta técnica debe notificar a las firmas consultoras el resultado de dicha evaluación indicand, de manera expresa, a aquellas que no hayan obtenido el puntaje mínimo establecidos en el pliego de bases y condiciones que sus ofertas le serán devueltas sin abrir después de terminado el proceso de selección. ----------

Ahora bien, del estudio de las documentales se verifica que si bien la convocante no ha notificado a las firmas consultoras como se establece en la normativa supramencionada, el comité evaluador en el informe de evaluación de la

Abg. Martha Beatriz Verón
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duarte
Director Jurídico - DNCP

oferta técnica recomienda convocar a los representantes de las firmas oferentes MESTRE Ingenieria S.A y ICVE Ingenieria de Emilce Celeste Pereira Maciel para la apertura del sobre N° 2 oferta económica.----------

Que, además se puede constatar en el acta de apertura de oferta económica que las firmas MESTRE Ingenieria S.A y ICVE Ingenieria de Emilce Celeste Pereira Maciel asisitieron al acto en vista a que las mismas han firmado el acta, es decir que, se dieron por notificados en acto público del resultado de la evaluación realizada y, en este sentido, no podríamos hablar de irregularidad alguna ya que finalmente tuvieron conocimiento de los sucesivos actos llevados a cabo para la adjudicacion del llamado de referencia. ----------

Es importante indicar, que se considera que no existe una irregularidad propiamente dicha que justifique la declaración de nulidad del procedimiento licitatorio, sobre todo atendiendo al Principio de Finalidad (instrumentalidad de las formas) con arreglo al cual es más importante que la finalidad del acto se cumpla a que sólo se produzca un agravio a la forma.----------

Si la finalidad del acto se concreta, no hay nulidad. Y contrariamente, sólo cuando la ineficacia sea resultado de un vicio es posible hablar de nulidad. Por tanto en materia de nulidad de actos administrativos, esta no debe ser usada en forma indiscriminada, sino que supone condiciones y supuestos excepcionales y su aplicación debe estar sujeta al cumplimiento de los principios que la regulan.----------

Es que todo acto administrativo individual lleva consigo la **presunción de regularidad**, esto es —según SALVADOR VILLAGRA MAFFIODO— *la presunción de que el mismo verifica las condiciones de legalidad, autorización y competencia, forma y condición de hecho o motivación del acto, que hacen que el acto deba ser cumplido mientras no sea declarada su nulidad. Si bien tal presunción no está establecida expresamente en el ordenamiento positivo, la cuestión deriva de una*

Abg. Martha Beatriz Verón
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Rodney Duria
Dirección Jurídica - DNCP

razón práctica, que no es otra sino la de no enervar el cumplimiento de las resoluciones administrativas con la resistencia de los obligados fundada en la afirmación de que el acto es nulo. La adjudicación, acto administrativo trascendental en la actividad de la contratación pública, por supuesto también está sujeto a la presunción de regularidad o legitimidad vigente.----------

En conclusión, un excesivo formalismo, no puede poner en riesgo la continuidad de un procedimiento de contratación cuyo objetivo sea la satisfacción de una necesidad de la Convocante, en la que se ve involucrado el interés público. *"El interés general está por sobre el interés particular"*, no obstante, se insta a la convocante a que en futuros procesos de contratación de cabal cumplimiento a lo exigido por los procedimientos de contratación de la ley N° 2051/03 y sus reglamentaciones a fin de evitar observaciones como las aquí analizadas, es asi que esta Dirección Jurídica no encontraría suficiente fundamento como para desvirtuar la regularidad del proceso de adjudicación del llamado de referencia, *–salvo prueba en contrario-* en el caso concreto, correspondería estarse por la regularidad del procedimiento llevado a cabo en el marco del presente llamado. ----------

Finalmente, se trae a colación el art. 13 del Decreto N°7434/11, que dicta: *"Las investigaciones preliminares o de oficio podrán iniciarse siempre y cuando por cualquier medio fehaciente, la DNCP tenga conocimiento de la existencia de actos que podrían ser contrarios a la normativa legal vigente en materia de contrataciones públicas. 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…". [El resaltado es nuestro].*----------

Por tanto, esta Dirección Jurídica, considera que no existen méritos para la apertura de una Investigación de oficio y atendiendo lo señalado se debe disponer

Abg. Martha Beatriz Verón
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Dur
Director Jurídico

el cierre de la presente investigación conforme el art. 17 inciso a) del Decreto 7434/11 por los motivos ya expuestos anteriormente.----------

ABG. MARTHA BEATRIZ VERON
Dirección Jurídica – DNCP

ABG. LUIS A. GODOY DURIA
Director Jurídico - DNCP

DIRECCION NACIONAL DE CONTRATACIONES PUBLICAS