DNCP/DJ N° 15.514/18

CASO Nº 437

Asunción, 03 de diciembre de 2018.-

"DENUNCIA RECIBIDA A TRAVÉS DEL SISTEMA DE GESTIÓN DE DENUNCIAS CON PROTECCIÓN AL DENUNCIANTE, REFERIDA AL LLAMADO A LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL MOPC N° 122/2016 SBE PARA LA 'EJECUCIÓN DE OBRAS PARA AMPLIACIÓN, PROFUNDIZACIÓN Y OPTIMIZACIÓN DE LOS CANALES DE CAPTACIÓN Y CONDUCCIÓN DE LAS AGUAS DEL RÍO PILCOMAYO EN TERRITORIO NACIONAL – AD REFERÉNDUM AL PGN 2017', CONVOCADA POR EL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS Y COMUNICACIONES. ID N° 315.021". ----------

A partir de la denuncia recibida por el Sistema de Gestión de Denuncias del Portal de Contrataciones Públicas; esta Dirección Jurídica, luego del estudio de la misma realiza este Dictamen Conclusivo, en base a las consideraciones de hecho y derecho que se exponen a continuación: ----------

Cabe recordar, que la identidad del denunciante se encuentra protegida conforme a lo establecido en la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita el 29 de marzo de 1996, en Caracas – Venezuela, aprobada por nuestro país por Ley Nº977/96. -----

En la citada denuncia recibida en fecha 13 de noviembre de 2016, se ha expuesto, que: *"QUE, conforme a lo establecido en los Arts. 12 y siguientes y concordantes del Decreto Reglamentario N°: 7434/2011, vengo en tiempo y forma a* ***FORMULAR DENUNCIA CONTRA LOS TÉRMINOS DE LA RESOLUCION DNCP N°: 4228/18 de fecha 05/11/18,*** *mediante la cual se* ***RECHAZA IN LÍMINE EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN INTERPUESTO POR LA FIRMA PANCHITA G DE NAVEGACIÍON S.A. CONTRA LA RESOLUCIÓN DNCP N° 3974/18 DE FECHA 17 DE OCTUBRE DE 2018 DICTADA EN EL MARCO DEL EXPEDIENTE CARATULADO "INVESTIGACIÓN DE OFICIO SOBRE SUPUESTAS IRREGULARIDADES EN EL PROCESO DE LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL MOPC N° 122/2016 SBE "EJECUCIÓN DE OBRAS P/ AMPLIACIÓN, PROFUNDIZACIÓN Y OPTIMIZACIÓN DE LOS CANALES DE CAPTACIÓN Y CONDUCCIÓN DE LAS AGUAS DEL RÍO PILCOMAYO EN TERRITORIO NACIONAL –***

Abog. Macarena Medina Vargas
Dirección Jurídica
DNCP

Abg. Mª Eugenia Otazo
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

AD REFERENDUM AL PGN 2017" CONVOCADA POR LA UNIDAD DE CONTRATACIONES UOC OBRAS PÚBLICAS DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS Y COMUNICACIONES (MOPC). ID. 315.021." *El Recurso de Reconsideración fue interpuesto por haber considerar mi representada, que la DNCP ha omitido una importantísima decisión en el dictado de la Resolución recurrida (DNCP N°: 3974/18) al haber constatado una conducta encuadrada en las previsiones del artículo 72 de la Ley 2051/03 por parte de la firma* ***INGENIERÍA DE TRANSPORTE Y CAMINOS S.A.*** *(en adelante* ***T&C****) en el marco de la ejecución del Contrato derivado del proceso licitatorio mencionado en el párrafo que antecede, a pesar de lo cual no derivó las actuaciones al área de Sumarios para investigar dicha conducta existiendo suficientes elementos y argumentos para que así lo hiciere. Pues bien, la DNCP ha rechazado in límine esa Reconsideración por considerar que mi representada es una simple coadyuvante del proceso de investigación y no tiene interés legítimo susceptible de ser protegido por el Recurso, decisión con la que* ***NO*** *estamos de acuerdo considerando que, muy al contrario de lo sostenido en la misma, PGN sí tiene un interés legítimo y subjetivo de que la firma que le subcontrató pague las consecuencias de no haber comunicado a la Comitente de la Subcontratación realizada, porque esta circunstancia marca un aspecto importante de la conducta de la firma denunciada que es susceptible de tener consecuencias directas en los intereses de PGN. Ya como salvaguarda de esta posibilidad, en el Recurso de Reconsideración mi representada solicitó que en caso que la DNCP decida no conceder legitimación a PGN para la formulación de esta reconsideración (cosa que habíamos advertido nuestra negación) solicitábamos que el recurso sea tomada como suficiente denuncia de los hechos constatados y de los efectos que debieron darse a los mismos en el marco de la Investigación de Oficio, pedido del que la DNCP no se expidió en la Resolución DNCP N° 4228/18. En consecuencia y a pesar de reservarnos el derecho de recurrir, por donde corresponda, la Resolución de Rechazo de la Reconsideración, por el presente solicitamos que la DNCP se expida concretamente respecto del motivo por el cual no ha tomado las medidas de policía que la Ley le obliga a tomar cuando constata una irregularidad. La DNCP se limitó a señalar en la Resolución que concluyó la Investigación, que el conflicto que fue objeto de análisis ingresaba en el ámbito privado de las firmas que han intervenido. Sin embargo, en la propia Resolución afirma que constató la omisión, por parte de* ***T&C,*** *de la obligación de comunicar a la Comitente (MOPC) la subcontratación*

EEUU Nº 961 c/ Tte. Fariña - Telefax: 416 4000 R.A. - Asunción, Paraguay
www.contrataciones.gov.py

Abg. Macarena Martina Vargas
Dirección Jurídica
DNCP

Abg. Ma. Eugenia Otazo
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

realizada, a pesar del cúmulo de documentos, evidencias y confesiones de la misma empresa contratista, conducta que afirmamos se encuadra en una de las infracciones descriptas en el artículo 72 de la Ley cuya aplicación corresponde a esa Dirección Nacional.

A. Motivos que justifican la apertura del Sumario. *A continuación, reiteramos los motivos por los que consideramos que la DNCP debe investigar la conducta de la firma Contratista principal T&C, en el marco de la investigación que tuvo a su cargo procesar: 1. Se tuvo por probado que existía una relación contractual entre T&C y PGN para la realización de las obras, relación que evidencia la participación de PGN en el resultado del negocio, es decir, prácticamente una relación consorcial o de subcontratación, siendo irrelevante que no se haya hecho la inscripción registral del contrato para aducir inexistencia de la relación 2. Se tiene por demostrado que la firma PGN ha realizado trabajos en el sitio de obras desde el inicio de las mismas hasta su finalización. Esto lo ha afirmado la propia Fiscalización de obras, aunque T&C se empeñe en empequeñecer la participación de mi representada. 3. Se tiene por probado que a pesar de existir esta relación contractual T&C nunca la notificó ni comunicó a la Contratante, MOPC, a pesar de la obligación que en este sentido pesa sobre la Contratista principal de obtener una autorización previa de la Contratante para permitir que un tercero ejecute parte de sus obras. 4. En varias partes de sus propios descargos T&C ha manifestado que es cierto que se firmó el Contrato y que se dio participación a PGN en el resultado del mismo, como también ha tratado de eludir la responsabilidad con la excusa de que no se han producido daños al Estado Paraguayo, como si la comisión de una irregularidad o infracción administrativa estuviese supeditada a la producción de daños para su configuración. 5. Es más, la firma T&C llegó al extremo de sostener haber firmado un acuerdo que iba más allá de la subcontratación en el que compartía pérdidas y ganancias con la firma PGN, lo que se traduce en que la contratista poseía un porcentaje de la ejecución del Contrato, lo que implica una cesión parcial del Contrato, hecho que está total y absolutamente prohibido en el artículo 38 de la Ley 2051/03, lo que todavía implica una falta mayor. Siendo la situación de hecho la descripta, resulta difícil entender cuál es el motivo por el que la DNCP ha omitido remitir los antecedentes al área de Sumarios Administrativos considerando que la firma Contratista principal ha prescindido comunicar a la DNCP la subcontratación realizada, cometiendo una grave infracción a la Ley 2051. El hecho que la firma Contratista principal haya nominado de manera distinta a "subcontrato" o "consorcio" o "acuerdo a*

EEUU Nº 961 c/ Tte. Farina - Telefax: 415 4000 R.A. - Asunción, Paraguay
www.contrataciones.gov.py

Abg. Macarena Medina Vargas
Dirección Jurídica
DNCP

Abg. Ma. Eugenia Otazo
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

pérdida" a la relación contractual entablada con PGN no es obstáculo para reconocerle los mismos efectos y concluir que T&C ha violado, no solo el Contrato, sino el marco jurídico que regula las contrataciones públicas, al haber omitido la comunicación previa al MOPC de la participación de PGN en los trabajos contratados. Tampoco se puede tomar como excusa la supuesta circunstancia de que normalmente los contratistas se nutren de otros proveedores para cumplir los contratos, cuando la realidad evidencia que PGN ha participado en los trabajos como un socio comercial participante del resultado del contrato, ejecutando obras de manera independiente y separada y, por tanto, subcontratista a todos los efectos de la Ley 2051/03. PGN ha resultado burlada en su buena fe al no haber sido comunicado este acuerdo privado a la Contratante principal, hecho que le ha dejado en una situación de desventaja en la relación contractual, hoy incumplida por T&C, generándole perjuicios económicos los que se agravan al configurarse la mala fe en la relación que entabló. ***La DNCP no está notando que T&C ha omitido su obligación no solo para debilitar a PGN en sus derechos económicos, sino, además, para que no puede utilizar ese subcontrato como experiencia en futuras licitaciones y de esta manera evitar propiciar su propia competencia****. Lo que la DNCP dice sobre los efectos o eventuales incumplimientos del Contrato entre T&C y PGN es cierto, se trata de una relación privada entre dos firmas que han acordado realizar un trabajo de manera conjunta. Sin embargo, ello no obsta para que la DNCP detecte, investigue e instruya el correspondiente Sumario Administrativo a una firma cuya infracción ha sido sobradamente comprobada y que ha sido ocultada a PGN.* ***El artículo 72 inc. c) de la Ley 2051/03*** *establece que constituye una infracción administrativa proporcionar información falsa o actuar con dolo o mala fe en algún procedimiento de contratación, ya sea en la celebración de un contrato o durante su vigencia, así como en un descargo ante la DNCP. Pues bien, es evidente que T&C ha proporcionado información falsa en todas estas etapas arriba indicadas pero con más intensidad durante la ejecución de las obras que le fueron adjudicadas, las que ejecutó con la participación activa de PGN, firma que ejecutó una importante parte del trabajo y que, finalmente, se encuentra con que ni siquiera se ha cumplido con la mínima obligación de dar aviso a la Administración Contratante de su intervención, con lo que T&C se ha beneficiado pues con ello ha restado fuerza al acuerdo, el mismo que a la fecha incumple. Nótese como en sus propios descargos hace aparecer a PGN como una molestosa carga a la que entregó una mínima parte del trabajo para cumplir*

EEUU Nº 961 c/ Ite. Fabela - Telefax: 415 4000 R.A. - Asunción, Paraguay
www.contrataciones.gov.py

Abog. Macarena Medina Vargas
Dirección Jurídica
DNCP

Abg. Ma. Eugenia Otazo
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

con ella. No obstante el incumplimiento privado del Acuerdo por parte de T&C, incumplimiento en el que la DNCP no tiene intervención ni jurisdicción, esa Autoridad de Control de la ejecución de la Ley 2051/03 no puede ignorar que la firma ha incurrido en ***una infracción negativa, al haber omitido informar a la Contratante (MOPC) que cedió parte de la ejecución del Contrato a PGN,*** *no como un "proveedor" de servicios, sino como una firma que tenía a su cargo la ejecución de parte importante e independiente de las obras, conforme surge del propio Contrato o "Acuerdo de Asociación en Participación" en cuya cláusula segunda (Objeto) se desarrollan como tareas a cargo de las partes el 100% de las tareas encomendadas originalmente a la Contratista T&C en el PBC del Contrato y en cuya cláusula quinta las partes expresamente acuerdan realizar sus partes de obra de manera independiente, distribuyéndose las áreas de trabajo y presentando por separado los trabajos realizados para su verificación por el Superintendente de Obras. Nótese como en todo momento en el Contrato T&C confirma que el Contratante estaba en conocimiento del acuerdo privado, cosa que con este proceso se detectó que era falso. Entonces, si T&C suscribió un acuerdo con PGN para que esta última realice por su cuenta, separadamente y de manera independiente partes del trabajo no estamos hablando de un simple proveedor de servicios como quien provee materiales. Si PGN debía realizar los trabajos, rendir cuentas directamente a la supervisión del MOPC y luego participar en las ganancias estamos hablando de un subcontratista puro y simple, cosa que se evidencia en el mismo documento contractual. La infracción descripta en el inc. c) del Artículo 72 no solo es aplicable a quien ha declarado falsamente. También lo es al que ha omitido declarar lo que estaba obligado a declarar, lo cual constituye una comisión por omisión o comisión negativa de la infracción que tiene el mismo efecto jurídico, el de ocultar información medular a la Administración. Si el marco jurídico ordena que la Contratista comunique y requiera de una autorización previa de la Administración para subcontratar, esta omisión constituye infracción, independientemente a que se haya o no causado perjuicio a la administración, dado que la responsabilidad administrativa no requiere de la producción de daños para estar configurada. La conducta de T&C encuadra claramente en la figura de una Subcontratación no comunicada y no autorizada y el hecho que le hayan puesto un nombre distinto al Acuerdo no le quita la naturaleza. Bajo el argumento de T&C las contratistas empezarán a subcontratar a mansalva a otras empresas omitiendo la comunicación a las Contratantes, con el argumento de que el Contrato "tenía un nombre distinto al de la*

EEUU Nº 961 c/ Tte. Barriga - Telefax: 415 4000 R.A. - Asunción, Paraguay
www.contrataciones.gov.py

Abog. Macarena Medina Vargas
Dirección Jurídica
DNCP

Abg. Ma. Eugenia Otazo
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

subcontratación", propiciándose el terreno para evadir el marco legal y generar un caos administrativo y perjudicar a sus subcontratistas aprovechando su posición en la negociación, caos que la ley pretende evitar con la imposición de la comunicación previa y requerimiento de autorización expresa para formular subcontrataciones. Con este antecedente, bajo el nombre de Acuerdo Privado en Participación, las Contratistas inclusive podrían empezar a contratar a empresas inhabilitadas por la DNCP o que estén inmersas en algunas de las causales de inhabilidad previstas en el artículo 40 de la Ley 2051/03.". [Sic]. ----------

Que, de la lectura de la denuncia se desprende la disconformidad por parte del denunciante por no haber considerado que la firma **PANCHITA G. DE NAVEGACIÓN S.A.** poseía interés legítimo susceptible de ser protegido por el Recurso interpuesto ante la Dirección Nacional. (Res DNCP N° 4228/18). La DNCP rechazo ín límine el Recurso interpuesto. ----------

Se aclara al denunciante que el cuestionamiento planteado **ya fue atendido por esta Dirección Jurídica mediante Resolución DNCP/DJ N° 3.974/18 de fecha 17 de octubre del 2018**. ----------

Siendo así, vale traer a la vista las disposiciones contenidas en el Art. 13° del Decreto 7434/11, que establece: "***las investigaciones sólo serán abiertas cuando, a criterio de la DNCP, sea constatada la existencia de méritos o elementos suficientes que indiquen que los hechos que lleguen a su conocimiento sean susceptibles de causar daños o perjuicios al Estado;*** *[destacado nuestro].* ----------

Que, atendiendo lo señalado se debe disponer el cierre de la presente investigación, con la salvedad de que de surgir nuevos reclamos actuaremos en el ámbito de nuestras competencias. ----------

ABG. MACARENA MEDINA VARGAS
Dirección Jurídica - DNCP

ABG. MA. EUGENIA OTAZO APONTE
Directora Jurídica - DNCP

EEUU Nº 961 c/ Tte. Fariña - Telefax: 415 4000 R.A. - Asunción, Paraguay
www.contrataciones.gov.py