**DNCP/DJ N° 1159/10** **Caso N° 1.260**

Asunción, 09 de junio de 2010.

**"INVESTIGACIÓN PRELIMINAR SURGIDA A PARTIR DE DENUNCIA RECIBIDA A TRAVÉS DEL SISTEMA DE GESTIÓN DE DENUNCIA CON PROTECCIÓN AL DENUNCIANTE, REFERIDA A LA LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL PARA LA "ADQUISICIÓN DE CAÑOS Y ACCESORIOS DE PLÁSTICO" CONVOCADA POR LA EMPRESA DE SERVICIOS SANITARIOS DEL PARAGUAY (ID Nº 139474)".-**

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.

La denuncia expresa cuanto sigue: *"Señores: DIRECCION NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS. Por la presente, ..., cumplo en realizar la DENUNCIA de una grave irregularidad cometida por el Comité de evaluación de la ESSAP S.A., en la adjudicación a la empresa TUBOPAR S.A., de una parte del total de ítems de la LPN Nº 29/2009 "Adquisición de caños y accesorios de plástico". Atendiendo a la elevada formación y comprensión que caracteriza a los funcionarios de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, seré breve y escueto en mi denuncia. La oferta de TUBOPAR S.A., debe ser rechazada por la convocante, porque el oferente ha incurrido en una omisión significativa en un documento sustancial; y he aquí lo ocurrido: 1) TUBOPAR S.A., presentó correctamente su "FORMULARIO DE OFERTA", según formulario nº 1-1 (página 38 del PBC de la LPN antes citada), y se compromete a "mantener vigente su oferta por sesenta días, contados a partir de la fecha límite fijada para la presentación de las ofertas"; aquí termina el compromiso del oferente, coincidiendo con lo que establece el PBC en la Sección II. DDL IAO (18.1), en la pág. 31. 2) TUBOPAR S.A., presentó una póliza de mantenimiento de oferta que no consigna la fecha de vencimiento; a cambio dice que "tiene vigencia hasta que el oferente cumpla con sus compromisos"; (TUBOPAR S.A., en el formulario nº 1-1 de oferta, se compromete a mantener vigente su oferta por sesenta días). Esta irregularidad consta en el Acta de apertura de ofertas, por tratarse de una omisión significativa en un documento sustancial. 3) El PBC en su página 31, Sección II. DDL (IAO 19.4), establece que "el periodo de validez de la garantía de mantenimiento de ofertas será de noventa (90) días a partir de la fecha de apertura". 4) El PBC en su página 16, Sección I. IAO (18) establece que "toda oferta con un período de validez menor será rechazada por la Convocante por incumplimiento"; este numeral coincide con el (19.5) de IAO, página 17. 5) El PBC en su página 20 (27.3) establece que "no se solicitará, ofrecerá o permitirá cambios en los precios o a la esencia de la oferta" (coincide con Decreto 21909 art 57º); este numeral coincide con el de la página 21 (28.2) estableciendo que: "una desviación, reserva u omisión significativa es aquella que: c) de rectificarse, afectaría injustamente la posición competitiva de los otros Oferentes que presentan ofertas que se ajustan sustancialmente a los Documentos de Licitación" (coincide con Decreto nº 21909 en su art. 58º.- 3 primer párrafo). 6) El PBC en su*



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

Abog. María Victoria Morínigo M.
Dirección Jurídica - DNCP

*página 21 IAO (28.3) dice que "toda oferta que no se ajuste sustancialmente a los Documentos de Licitación será rechazada por la Convocante. No podrá convertirse posteriormente en una oferta que se ajuste a la sección II, DDL mediante la corrección de las desviaciones, reservas u omisiones significativas, que tengan por efecto que una oferta que originalmente no se ajustaba sustancialmente a los Documentos de Licitación, sí lo haga como resultado de dicha corrección" (coincide con el Decreto nº 21909 art 58º.-3 segundo párrafo). 7) El PBC en su página 22 IAO (30.1) establece que: Serán eliminadas aquellas ofertas que no cumplan con el suministro de la siguiente documentación: d) Garantía de mantenimiento de Oferta, extendida en la forma, por el monto y el plazo requeridos en los Documentos de Licitación". 8) El PBC en la en la página 34 Sección III (1) en referencia a la (IAO 31.2) Método de evaluación será el siguiente: "Suministro de Documentación de Carácter Sustancial": e) "Garantía de Mantenimiento de Oferta, debidamente extendida"; y aquí cita el art. 63 del Decreto nº 21909/03 que reglamenta la Ley nº 2051/2003 "De Contrataciones Públicas". CONCLUSION: La póliza se auto limita en su vigencia al cumplimiento del plazo de compromiso del Oferente; el Oferente se compromete expresamente en el Formulario 1-1 de Ofertas, a mantener vigente la oferta por sesenta días; por lo tanto el plazo de vigencia de la Póliza es tan solo por sesenta días, al igual que el plazo de compromiso del Oferente; el PBC exige una Póliza con vigencia de noventa días; el oferente presentó una Póliza que no cumple el plazo del PBC, por lo tanto la Oferta del Oferente TUBOPAR S.A. debe ser rechazada, sin admitir aclaraciones ni correcciones, por ser un Documento sustancial. Creemos en la seriedad de la ESSAP S.A., y no podemos permitir una irregularidad en la adjudicación a un OFERENTE que no ha cumplido con un documento sustancial; y si la adjudicación se realiza tal como está confirmada, esperamos que la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas ponga las cosas en su lugar, y de eso no dudamos".*

Esta Dirección Jurídica ha corrido traslado de la denuncia a la respectiva Unidad Operativa de Contratación, a los efectos de que justifique e informe sobre lo manifestado en la misma.

Al respecto, la Convocante —ESSAP—, a través de la Nota recibida en Mesa de Entrada de esta Dirección Nacional en fecha 05 de mayo de 2010, como Expediente Nº 6546, manifestó en primer termino cuanto sigue: *"negamos categóricamente todos y cada uno de los hechos denunciados que no fueran reconocidas en el presente escrito".*

Expresa: *"para empezar debemos aclarar que el denunciante intencionalmente ha realizado una trascripción parcialista del texto de cobertura de la póliza mencionada, pues ha omitido una parte por demás relevante que dice: " cubre en carácter de fiador solidario, con renuncia a los beneficios de excusión y división, POR EL IMPORTE QUE RESULTE ADEUDARLE EL TOMADOR, por afectación de la garantía que de acuerdo a la ley, LAS BASES DE LICITACION O EL CONTRATO, en su caso, este obligado a constituir sobre el objeto que se indica en las condiciones generales integrantes de esta póliza, lo cual constituye un punto fundamental en la decisión de la Convocante. <sic>*



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

Abog. María Victoria Morínigo M.
Dirección Jurídica - DNCP

Manifiesta la Convocante que el Comité de Evaluación ha sometido el tema denunciado a un profundo análisis, y el mismo ha tenido por suficientemente valida la póliza en cuestión resultando en consecuencia adjudicada la firma TUBOPAR S.A.

Expresa que para la determinación realizada, consideraron lo que sigue: *a) según el mismo cuerpo de la póliza, la vigencia de la póliza se extendía por el importe correcto de la oferta previsto en el PBC. b) la cobertura de la póliza se extiende sobre el monto indicado por "afectación de la garantía que de acuerdo a la ley, las bases de la licitación o en su caso el contrato esta obligado a constituir, lo cual se interpreta claramente como que si en el PBC esta estipulado que el oferente debe constituir una póliza por un plazo de 90 días, dicha situación se encuentra incluida en la cobertura indicada, e incluso mas porque claramente indica la póliza que cubre las obligaciones que pudieran existir en virtud del eventual contrato, por ende la cobertura de la misma es incluso mayor a la necesaria. c) a fin de precautelar aun mas los derechos de la convocante, se ha solicitado una aclaración directamente a la empresa aseguradora, que en definitiva es la que debe responder en caso de siniestro, obteniéndose como respuesta que la cobertura de la misma se extiende por 90 días como indica el PBC".*

Asimismo expresa: *"…atendiendo al texto completo de la póliza, encontramos que la garantía cubre todas las obligaciones que según el pliego debería tener en consecuencia, si en el pliego expresamente se indica que la cobertura de mantenimiento de ofertas se debe extender por lo menos hasta 90 días, en consecuencia del texto de la póliza surge que dicho plazo esta cubierto".*

Por otra parte expresa: *"…la cobertura de seguro esta regida por el derecho privado, en donde claramente se indica que cuando una obligación no este directa o expresamente determinada (lo cual se aplica también a sus accesorios tales como el plazo), pero del texto del contrato surge la forma de determinarse, es valida la misma con todo el alcance que dicha determinación pudiera implicar, todo lo cual junto con las consideraciones precedentes, han servido de sustento al Comité de Evaluación para considerar como valida la garantía presentada".*

Adjunta a su presentación la siguiente documentación: 1. Nota de fecha 30/03/2010 de la UOC a la Compañía Sancor Seguros del Paraguay S.A. 2. Nota de fecha 31/03/2010 de la Compañía Sancor de Seguros donde clara la vigencia de la póliza. 3. Formulario de Ofertas de la Empresa TUBOPAR S.A. 4. Copia de la póliza Nº 57-1500.23 emitida por la compañía Sancor del Paraguay, 5. Informe de Evaluación de las ofertas UOC.

Por su parte, el Señor Hernán Gallo, Gerente General de la firma TUBOPAR S.A., bajo patrocinio del abogado Enrique Riera Escudero, en contestación al traslado que le fuera corrido manifiesta, cuanto sigue: *"…probablemente que el error del denunciante deba atribuirse a la revisión parcial de la Póliza Nº 57-1500-23 presentada por nuestra empresa,*



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

Abog. María Victoria Morínigo M.
Dirección Jurídica - DNCP

*que –en su parte superior refiriéndose a la vigencia, establece su extensión "desde las 0hs del 26/03/10" dejando en blanco la casilla de "hasta cuando". Sin embargo, leyendo atentamente, todo el texto de la póliza, puede leerse mas abajo donde textualmente y expresamente dice: "El presente seguro regirá desde las cero hora del día 26 de marzo de 2010, hasta la extinción de las obligaciones del tomador cuyo cumplimiento cubre".*

Expresa: *"TUPOPAR S.A. cumplió sobradamente con lo exigido pues presentó la oferta como manda el PBC (formulario 1.1) y también la póliza de seguro por mantenimiento de oferta, como consta en el acta de apertura del 26 de marzo de 2010".*

Dice el representante de la firma TUBOPAR S.A.: *"No obstante, para sacarse la duda sobre el plazo de vigencia, la UOC de la ESSAP, con excelente criterio de transparencia, el 30 de marzo de 2010 solicitó a la empresa que emitió la póliza: SANCOR SEGUROS DEL PARAGUAY S.A. que aclare cual era la vigencia de la Póliza.*
*El 31 de marzo de 2010, SANCOR SEGUROS DEL PARAGUAY S.A. respondió que la póliza emitida "garantiza la oferta presentada por la firma TUBOPAR S.A. en el marco de la LPN, y que la vigencia de la póliza Nº 57-1500-23 es desde la 0 Hs del día 26/'3/10 hasta las 0 Hs del día 26/03/2010."*

Agrega: *"…los Comités de Evaluación de ofertas tienen facultades para "subsanar defectos de forma o no substanciales en los términos que permitan los reglamentos siempre y cuando no implique…". "En el caso que nos ocupa, no se trata de un defecto substancial, tampoco afecta a los precios unitarios y mucho menos existe mala fe para buscar o confundir a los evaluadores, porque es sencillamente una cuestión de interpretación, que fue subsanada por la propia UOC de la ESSAP que solicito la aclaración pertinente a la empresa aseguradora recibiendo la respuesta correcta: la póliza cubre perfectamente el mantenimiento de la oferta".*

Continua manifestando la Firma TUBOPAR S.A.: *"…no falta las garantías de mantenimiento de oferta (art.58) y la garantía de mantenimiento de oferta esta debidamente extendida (art.60) inc. 1) pues, como quedo demostrado, la póliza de garantía de oferta (que es lo substancial) cubre la misma "hasta la extinción de las obligaciones del tomador" y tal cobertura fue ratificada por la propia aseguradora".*

Expresa finalmente que la razón por la que los oferentes de una licitación pública deben presentar una póliza de garantía de oferta es porque así lo establece la ley, y porque el ente licitante necesita estar seguro que la oferta en estudio se cumplirá en caso de adjudicación. Eso es exactamente lo que la póliza dice y la ESSAP lo confirmó con su oportuna consulta.

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abog. María Victoria Morinigo M.
Dirección Jurídica - DNCP



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

Sobre el objeto de la denuncia, la contestación de traslado y los documentos remitidos por la Convocante, esta Dirección Jurídica considera oportuno realizar las siguientes manifestaciones:

Que según consta en el Acta de Apertura de Sobres, presentaron sus respectivas ofertas las siguientes firmas: ***1.*** *TUBOPAR S.A.,* ***2.*** *FIERROS GUARANI,* ***3.*** *IMPERPLAST INGENIERIA S.A.,* ***4.*** *PLÁSTICOS S.A.,* ***5.*** *PRIMERA PRODUCTORA PYA, DE PLASTICOS S.A.*

Que en dicha Acta, entre otras cosas, se dejó expresa constancia que la Póliza de Garantía de Mantenimiento de Oferta emitida por la Compañía SANCOR S.A. DE SEGUROS DEL PARAGUAY, y presentada por la Firma TUBOPAR S.A. expresa: *"...si bien cubre el monto total de la oferta, no consigna la fecha de vencimiento".*

Que obra en el presente expediente de investigación, la nota de la ESSAP remitida en fecha 30/03/10 a la Compañía SANCOR SEGUROS DEL PARAGUAY, solicitando una aclaración sobre la fecha de vencimiento de la mencionada póliza o los términos del alcance "extinción de las obligaciones".

Que según consta en la nota de fecha 31/03/10 la Compañía SANCOR aclara que el vencimiento de la mencionada póliza se producirá el día 26 de junio de 2010.

En primer lugar, se procedió al análisis de la Póliza emitida por la Compañía SANCOR SEGUROS DEL PARAGUAY, y presentada por la firma TUBOPAR S.A. a la Convocante en fecha 26 de marzo de 2010.

De dicho análisis se desprende, que la misma en la parte que se refiere a la vigencia establece su extensión "desde las 0hs del 26/03/10" dejando en blanco la casilla de hasta cuando.

Ahora bien, el mismo documento, en su parte, Condiciones Particulares —Objeto de la Cobertura— dice: *"desde las cero horas del 26 de marzo de 2010" hasta la extinción de las obligaciones del tomador cuyo cumplimiento cubre".*

Que asimismo en lo referente a la Cobertura dispone*: "cubre en carácter de fiador solidario, con renuncia a los beneficios de excusión y división, por el importe que resulte adeudarle el tomador, por afectación de la garantía que de acuerdo a la ley, las bases de licitación o el contrato, en su caso, este obligado a constituir sobre el objeto que se indica en las condiciones generales integrantes de esta póliza"*

Que, las Condiciones Particulares Especificas, en su parte *Objeto y Extensión del Seguro, Cláusula 1º* de la Póliza presentada, expresa textualmente cuanto sigue: *Por la presente póliza, que se emite de conformidad con el Convenio y Condiciones de Cobertura firmados por el Tomador, el Asegurador garantiza al Asegurado el pago en efectivo que*



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

Abog. María Victoria Morínigo M.
Dirección Jurídica - DNCP

*debe recibir del Tomador por incumplimiento de las obligaciones derivadas de su carácter de participante en la licitación efectuada por el Asegurado y que se especifican en la condiciones Particulares.* ***Estas obligaciones consisten única y exclusivamente en : a) El mantenimiento de la oferta en los plazos y formas que defina la ley o las bases de la licitación;*** *y b) La firma del contrato por el Tomador en los plazos y formas en que esta obligado a hacerlo por la ley o las bases de la licitación. La garantía de esta póliza no cubre las obligaciones emergentes del cumplimiento del contrato que el Asegurado celebre eventualmente con el Tomador…*

En este sentido, y en primer termino, es necesario recalcar que la firma adjudicada presentó al momento de la Apertura de Sobres, la póliza de seguro emitida por la Compañía Sancor de Seguros S.A., conforme a lo establecido en el Decreto Reglamentario Nº 21909/03.

Que conforme lo expresado en el mismo documento, la misma cubre las siguientes obligaciones: ***a) El mantenimiento de la oferta en los plazos y formas que defina la ley o las bases de la licitación; b)…***

Que conforme lo anteriormente mencionado, la Convocante solicitó a la Compañía de Seguros una aclaración respecto a la vigencia del documento y asimismo, una explicación respecto al alcance los términos utilizados en la misma.

Sobre el punto, en primer término debemos traer a colación lo que dispone el art. 57 del Decreto Reglamentario Nº 21.909 al respecto: *"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. Las aclaraciones de los oferentes que no sean en respuesta a aquellas solicitadas por la Convocante, podrán no ser consideradas.* ***No se solicitará, ofrecerá, ni permitirá ninguna modificación a los precios ni a la sustancia de la oferta, excepto para confirmar la corrección de errores aritméticos".***

De esta forma, conforme las consideraciones expuestas, podemos afirmar que la Convocante ha actuado dentro de los limites que la discrecionalidad le permitía, en tal sentido, constituye una facultad de las Entidades Convocante solicitar aclaraciones respecto a las ofertas presentadas, siempre y cuando las mismas no afecten la sustancia de la oferta y no se refieran a la modificación de los precios unitarios.

En este sentido, consideramos que la Convocante, a efectos de salvar errores u omisiones no esenciales, que como en el caso que nos ocupa se salvan de las constancias del propio documento, y así también evitar la descalificación de ofertas por criterios muy formalistas, puede requerir a los oferentes aclaraciones respecto a sus ofertas.

Coincidimos con el jurista argentino Ismael Farrando cuando expresa que: *"La rigurosidad en la admisión de las ofertas no debe llevarse a extremo que perjudiquen los*



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

Abog. María Victoria Morínigo M.
Dirección Jurídica - DNCP

*intereses de la Administracion y se vuelvan, inclusive contra el interés general, convirtiendo al procedimiento en un laberinto formal carente de racionalidad"* (**Contratos Administrativos. Pág. 294).**

En esta instancia, es oportuno recordar el 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.

En el caso que nos ocupa, si bien la póliza presentada por la firma TUBOPAR S.A. no consignó la fecha del vencimiento, dicha omisión fue subsanada con las constancias del mismo documento, cuando expresa que el objeto y extensión del seguro abarca: a) ***El mantenimiento de la oferta en los plazos y formas que defina la ley o las bases de la licitación;…***

De esta forma, y por todo lo señalado, esta Dirección Jurídica considera que lo actuado por la Convocante —Empresa de Servicios Sanitarios del Paraguay (ESSAP)— no se apartó de los lineamientos de la Ley Nº 2051/03 y su Decreto Reglamentario Nº 21909/03; y por ende, la adjudicación realizada a favor de la firma TUBOPAR S.A. en el procedimiento de *Licitación Pública Nacional para la "Adquisición de Caños y Accesorios de Plástico"*, es regular.

En esta instancia, cabe destacar asimismo que si el denunciante consideró que en la adjudicación realizada por la Convocante existieron actos que contravienen lo dispuesto en la ley o que agravien su condición de oferente, hubiera sido pertinente que el mismo adecue su reclamo a las disposiciones que regulan el tratamiento de la Protesta como mecanismo de impugnación, previsto en los Artículos 79/81 de la Ley de Contrataciones Públicas, y en el Artículo 118° del Decreto Reglamentario.

Finalmente, esta Dirección Jurídica da por finalizada la presente investigación preliminar —específicamente sobre los puntos que fueron objeto de denuncia—; no poniendo preliminarmente reparos a la continuidad del citado procedimiento de contratación, con la salvedad de que de surgir reclamos puntuales actuaremos en el ámbito de nuestras competencias.

Abog. **MARIA VICTORIA MORINIGO**
Dirección Jurídica

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abog. **JORGE PAIVA ROCHOLL**
Director Jurídico



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