DNCP/DJ N°9304/17

CASO N° 3600

Asunción, 22 de agosto de 2017.-

DENUNCIA RECIBIDA A TRAVÉS DEL SISTEMA DE GESTIÓN DE DENUNCIAS CON PROTECCIÓN AL DENUNCIANTE, REFERIDA AL LLAMADO A LICITACION PÚBLICA INTERNACIONAL N°138/16 AD REFERENDUM – PRÉSTAMO JICA PG-P17 PARA LA CONTRATACIÓN DE LAS OBRAS DE MEJORAMIENTO DEL CORREDOR DE EXPORTACIÓN DE LA REGIÓN ORIENTAL, CONVOCADO POR EL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS Y COMUNICACIONES (MOPC) - ID N° 318.719.----------

A partir de la denuncia recibida en fecha 21 de agosto de 2017 a través del Sistema de Gestión de Denuncias del Portal de Contrataciones Públicas e individualizada como Caso N°3600; 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 se ha expuesto, que: *"...Los graves hechos que detallaré deben ser investigados y como mínimo el proceso debe ser anulado, ya que dichas observaciones imposibilitan continuar con el proceso en cuestión: El proceso de contratación para la ejecución de obras de mejoramiento de Corredores de Exportación de la Región Oriental fue realizado por el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones con la financiación de la JICA (Japan International Cooperation Agency). Las normas por las cuales se rigen dicha contratación se establecen en el convenio de préstamo respectivo. En dichas normas se admite la posibilidad de realizar la apertura y evaluación de ofertas en el sistema "dos sobres". El punto 11.1 de las Instrucciones a los licitantes establece: "La Oferta estará compuesta por dos sobres presentados simultáneamente, uno llamado la Oferta Técnica conteniendo los documentos enumerados en la subcláusula". En las mismas instrucciones se menciona en el punto 21.4 "Los sobres interiores que contienen las Ofertas de Precio portarán una advertencia de no abrir hasta que así lo instruya el Contratante, de conformidad con la subcláusula 25.7 de las IAL"; esto mismo se menciona en las Normas para adquisiciones financiadas por préstamos del Japón, en la Sección 2.03 Licitación de Dos Fases y Licitación de Dos Sobres, inciso (b), que reza: "En los casos de obras, maquinaria y equipo para los cuales se preparan por adelantado especificaciones técnicas anticipadamente, se puede adoptar el procedimiento de licitación de dos sobres. Conforme a este procedimiento, los licitantes serán invitados a presentar propuestas técnicas y las*

Abg. Thania Ferreira Burgos
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

referentes a precios simultáneamente en dos sobres separados. Las propuestas técnicas se abren y revisan primero, para determinar si cumplen con las especificaciones. Después de completar la evaluación de las propuestas técnicas, se procede a la apertura pública de los sobres que contienen los precios correspondientes a los licitantes cuyas propuestas técnicas han sido juzgadas conformes a las especificaciones técnicas, y se permite la presencia de los licitantes o sus representantes." Por tanto, en base a esto, queda claro que los sobres que contienen los precios no pueden ser abiertos, mucho menos "CONOCIDOS", hasta tanto culmine la evaluación de las ofertas técnicas por parte de la convocante o contratante, y esta comunique dicho resultado a los oferentes. Este sistema consiste en que las empresas presentan sus ofertas discriminando las técnicas de las económicas. Asegurando de esta forma que primero se verifiquen las capacidades técnicas de los oferentes sin considerar, en una primera instancia, el precio ofertado. Y de esta forma conseguir la mayor objetividad en el momento de analizar las condiciones de los mismos. El Pliego de Bases y Condiciones fue publicado en el año 2016; mediante sucesivas adendas el proceso fue prorrogado hasta 10 abril del 2017, cuando efectivamente fue realizada la apertura del sobre técnico. Respetando hasta este punto, el proceso establecido en las informaciones a los Licitantes. El llamado en cuestión continúa en etapa de evaluación. Los oferentes participantes aún no han sido notificados del resultado de la evaluación técnica y mucho menos se ha establecido fecha para la apertura de sobres económicos. Por lo que debería de encontrarse protegida por la "confidencialidad" dichas ofertas económicas, tal como lo establece el punto 26.1 "No se divulgará a los Licitantes ni a ninguna otra persona que no esté oficialmente involucrada en el proceso de licitación, información relacionada con la evaluación de las Ofertas ni sobre la recomendación de adjudicación del Contrato hasta que se haya comunicado la adjudicación del Contrato a todos los Licitantes de conformidad con la cláusula 40 de las IAL." La confidencialidad ha quedado meramente en la teoría en dicho proceso. Ya que por el Ministerio y las diferentes áreas afines es de público conocimiento los precios ofertados de algunas empresas, así como el precio referencial de cada Lote que compone el proceso, sin ni siquiera concluir con la evaluación técnica. No solamente desvirtuando completamente la finalidad de la modalidad de "dos sobres" sino que incumpliendo las Normas de adquisiciones de la JICA. El siguiente cuadro contiene los datos consignados: Al parecer los precios fueron obtenidos de los CD's presentados por las empresas en los sobres técnicos, en los cuales se revelan los montos ofertados, en los que claramente dichas empresas incumplen con los criterios establecidos en el Pliego de Bases y Condiciones y las Normas de Adquisiciones, tal como se ha mencionado más arriba. Igualmente, en cuanto al conocimiento de los precios referenciales de cada Lote que compone este llamado, conforme a lo que se observa en el cuadro detallado, este es de manejo público en el ámbito de la contratación de referencia. Incumpliendo claramente lo dispuesto en las Normas para adquisiciones financiadas por préstamos del Japón, específicamente a la Nota N° 6 de la Sección 1.01, que dice: "para enfatizar la libre competencia entre los licitantes, en principio, JICA no acepta la idea de

Abg. Thania Ferreira Burgos
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

divulgar el precio estimado del contrato antes de la licitación, aunque algunos prestatarios e instituciones financieras internacionales aceptan tal divulgación a fin de asegurar la transparencia en el proceso. JICA podría no oponerse si el prestatario insiste en divulgar dicho precio, sin embargo, incluso en dichos casos, la divulgación de su desglose no es permitido" Otro punto resaltante que es divulgado en el entorno del proceso, es que se están aplicando criterios favorables a ciertas empresas en la evaluación. Como claro ejemplo, hemos tomado conocimiento de las solicitudes de aclaración realizadas al Consorcio TOCSA – JCR, donde el Comité de Evaluación de Ofertas, solicita una aclaración referente al Formulario EQU – 1, pues en dicho formulario no se han detallado la totalidad de los equipos viales solicitados (NO CUMPLE CON LOS CRITERIOS REFERENTES A EQUIPOS VIALES); y al analizar la oferta, se visualizó en los folios 644 al 660, la inclusión de un Inventario Patrimonial de Equipos Viales, por lo cual se remite la Nota SCEO Nº 314/2017 (se adjunta copia), solicitando una aclaración sobre la diferencia entre ambos documentos, lo cual claramente no corresponde, considerando que el Formulario EQU – 1, es el documento que compromete al Consorcio en cuanto a su oferta, siendo el inventario patrimonial, el aval de la propiedad de los mismos. Ante esto, en la mencionada Nota remitida por el Comité de Evaluación de Ofertas, el último párrafo se establece claramente el plazo perentorio para presentar la documentación corregida: "El plazo para presentar lo solicitado será hasta las 15:00 del día viernes 04 de agosto del 2017..." Mediante consultas realizadas al portal del MOPC, en cuanto al ingreso de expedientes, se observa que el Consorcio TOCSA – JCR, mediante MEU Nº 30971, remite el documento mencionado, en fecha 07/08/2017 a las 11:05 horas. (Se adjunta print de pantalla), demostrando un claro incumplimiento del plazo de presentación establecido. Por lo que su respuesta no debió haber sido considerada, siendo de esta manera un incumplimiento a lo establecido en el Pliego de Bases y Condiciones y conllevando a la descalificación del oferente en cuestión. A pesar de no contar aún con el Informe del Comité de Evaluación de Ofertas, como hemos dicho anteriormente, es ampliamente conocido, violando nuevamente el precepto de confidencialidad. Es más que evidente que existen serias irregularidades en la contratación, violando no solamente el procedimiento establecido en el Pliego de Bases y Condiciones, sino también las "Normas para las Adquisiciones bajo Préstamos de AOD del JBIC", por lo que es de imperiosa necesidad, que vuestra Institución investigue y ordene la cancelación de la presente Convocatoria, en favor al interés público". (Sic).----------

Que, de la transcripción de la denuncia se colige la disconformidad del denunciante en el análisis efectuado por el Comité Evaluador de la Convocante en el marco del llamado de referencia.----------

En primer lugar, es importante dejar en claro que visto en el Sistema de Información de las Contrataciones Públicas (SICP), el llamado en cuestión es una contratación excluida, a la luz de lo dispuesto en el Artículo 2° de la Ley de Contrataciones, en consideración que

Abg. Thania Ferreira Burgos
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

se realiza en el marco del Proyecto de Mejoramiento del Corredor de Exportación de la Región Oriental - Préstamo AOD del Japón, Número del Convenio: JICA PG-P17.----------

En tal sentido, resulta necesario traer a colación lo que expresa el Artículo 5° de la Ley 2.051/03 De Contrataciones Públicas, modificada por Ley 3.439/07 que habla sobre la Autoridad Normativa, en materia de contrataciones públicas: *"Créase la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP), dependiente del Poder Ejecutivo, en sustitución de la Unidad Central Normativa y Técnica (UCNT), como institución de regulación y verificación de las contrataciones que caen en el ámbito de la aplicación del Artículo 1° de la Ley N° 2.051/03 "DE CONTRATACIONES PÚBLICAS."[Subrayado es nuestro].*----------

Así también, refiere el artículo 1° de la Ley 2015/03 sobre el Objeto y Ámbito de Aplicación de la misma: "*La presente ley establece el Sistema de Contrataciones del Sector Público y tiene por objeto regular las acciones de planeamiento, programación, presupuesto, contratación, ejecución, erogación y control de las adquisiciones y locaciones de todo tipo de bienes, la contratación de servicios en general, los de consultoría y de las obras públicas y los servicios relacionados con las mismas*".----------

Que, refiere el Artículo 2° del mismo cuerpo legal mencionado párrafos arriba: "***CONTRATACIONES EXCLUIDAS. Quedan excluidas de la aplicación del presente ordenamiento, las siguientes contrataciones:*** *(...)* ***c)*** *Las que se efectúen en ejecución de lo establecido en los tratados internacionales de los que la República del Paraguay sea parte y* ***las que se financien con fondos provenientes de organismos multilaterales de crédito de los cuales Paraguay sea miembro****, en las que se observará lo acordado en los respectivos convenios, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones de la presente ley en forma supletoria, cuando ello así se estipule expresamente o cuando no se establezca expresamente un régimen especial*". [El resaltado es nuestro].----------

Que, asimismo en las bases concursales del llamado se deja en claro que la licitación se efectuará conforme a los procedimientos de conformidad con las Normas para Adquisiciones Financiadas por Préstamos AOD del Japón Aplicables[1].----------

[1] Sección VII Condiciones Generales, Apéndice, Punto 9. Controversias: Cualquier controversia o reclamo que surjan de, o con relación a, este Convenio de la Comisión para la Resolución de Controversias, o el incumplimiento, la terminación o la invalidez de dicho convenio, deberá ser sometido a arbitraje institucional para su resolución definitiva. Si no se llega a un acuerdo respecto del instituto de arbitraje, el arbitraje se regirá por el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y será conducido por un árbitro designado de conformidad con dicho Reglamento.

Abg. Thania Ferreira Burgos
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

EEUU N° 961 c/ Tte. Fariña. Telefax: 416 4000 R.A. - Asunción, Paraguay
www.contrataciones.gov.py

A partir de lo expuesto, queda claro que el objeto denunciado, excede el ámbito de competencia de la DNCP, al ser financiado con fondos provenientes de la Agencia de Cooperación Internacional del Japón (JICA), por lo que mal podría la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP) expedirse al respecto.----------

Que, esta Dirección Jurídica concluye que al tratarse de una contratación, que por ser financiado con fondos provenientes de organismos multilaterales, no se sujeta a los rigores de la Ley N° 2051/03 *"De Contrataciones Públicas"*, la DNCP no posee atribuciones para verificar su ajustamiento o no a la misma, no obstante, es menester considerar que la última parte del art. 2° de la Ley de Contrataciones, se desprende que **en las contrataciones excluidas son responsables los titulares de los organismos, entidades y municipalidades**, de la aplicación de criterios que garanticen al Estado Paraguayo las mejores condiciones, conforme a los principios señalados en el Artículo 4° de la Ley de Contrataciones.----------

Finalmente, se trae a colación el art. 13 del Decreto N°7434/11[2], 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 último, al encontrarnos ante una falta absoluta de hechos o actos que verificar, no es posible el inicio de una investigación de oficio y esta Dirección Jurídica entiende que corresponde desestimar la denuncia por falta de méritos de conformidad al Artículo 13° del Decreto N°7434/11, *con la salvedad de que de surgir reclamos puntuales actuaremos en el ámbito de nuestras competencias.* ----------

ABG. THANIA FERREIRA
Dirección Jurídica - DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

ABG. LUIS A. GODOY DURIA
Dirección Jurídica - DNCP

[2] POR LA CUAL SE ESTABLECEN CIERTAS REGLAMENTACIONES PARA LOS PROCESOS SUSTANCIADOS EN LA DIRECCIÓN JURÍDICA DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS (DNCP).-