DNCP/DJ N° 2446/16 **CASO Nº 3114**

Asunción, 19 de abril de 2016.-

INVESTIGACION PRELIMINAR SURGIDA A PARTIR DE DENUNCIA RECIBIDA A TRAVÉS DEL SISTEMA DE GESTIÓN DE DENUNCIAS CON PROTECCIÓN AL DENUNCIANTE, REFERIDA A LA LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL N° 01/2016 PARA LA "PROVISIÓN DE ALMUERZO ESCOLAR PARA INSTITUCIONES EDUCATIVAS DEL DEPARTAMENTO DE CANINDEYÚ (SUMINISTRO, TRANSPORTE Y ELABORACIÓN EN LOS SITIOS DESIGNADOS)- AD REFERÉNDUM" CONVOCADA POR LA GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE CANINDEYÚ. ID Nº 303.095.----------

A partir de la denuncia recibida en fecha 04 de abril de 2016 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 Nº 977/96**.----------

La citada denuncia manifiesta: *"Vengo a formular denuncia contra las Empresas PINOTY S.A., BLANCA NIEVES COMERCIAL de BLANCA RODRIGUEZ BRAUN, LADERO PARAGUAYO S.A. y las Gobernaciones De Cordillera, Canindeyu, Caaguazu y Alto Paraguay, pues entre estas empresas existe una COLUSION para limitar a ellas tres las participaciones en los PROCESOS DE ALMUERZO ESCOLAR y para ello han contado con el direccionamiento de las Gobernaciones mencionadas. En primer lugar, cabe apuntar que la precalificación*

Abg. María Laura Maciel
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

no es adecuada, ni necesaria para el objeto del llamado, menos aun si se realiza muchos meses antes de la realización y tomando en consideración que el sistema de publicación de las precalificaciones es mucho más breve que el de los llamados propiamente, ello hace que muchas empresas altamente calificadas para la realización del trabajo queden sin posibilidades, pues al percatarse de ello ya es tarde para participar, violándose así ya desde el comienzo el principio de Transparencia y Publicidad. En segundo lugar, las mencionadas empresas mediante actitud colusoria, contrarias a la competencia, acuerdan entre ellas dividirse esos mercados, manteniendo los precios que ellas fijan y que serán siempre más altos de los que podrían haberse conseguido mediante la existencia de una verdadera competencia y violándose de esa forma no solo los principios de Igualdad y Libre Competencia, sino también el de ECONOMÍA, pues estudios internacionales comprueban que los acuerdos colusorios, aumentan los precios como mínimo en 30 por ciento, comparado con un parámetro de referencia competitivo sin ninguna colusión. Todos principios nombrados, se encuentran consagrados en el art. 4 de la ley. Sí, se revisan los llamados para Almuerzo Escolar de las nombradas Gobernaciones, se podrá comprobar que las PRECALIFICADAS son recurrentes y entre ellas existen acuerdos colusorios que les permiten a todas repartirse el mercado de que se trata, presentando dos de ellas ofertas falsas para dar la impresión de que la competencia es real sin que lo sea, pues previamente se ha acordado quien será la ganadora. En prueba de que lo mencionado es cierto, manifiesto que en la apertura de mañana lunes 04 de abril de 2016, en el llamado de la GOBERNACIÓN DE CANINDEYU con ID 303095, la ganadora será BLANCA NIEVES, las empresas mediante su acuerdo mantienen precios superiores a los 13.000 Gs por plato, precio artificialmente creado por las mismas, mediante un acuerdo que viola no solo los principios consagrados en la ley, sino incluso disposiciones constitucionales, pues la constitución prohíbe en su art. 107 el alza o la baja artificiales de precios que traben la libre concurrencia. En efecto en todos los casos en los que se ha realizado PRECALIFICACION, llamativamente son las

Abg. María Laura Maciel
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duré
Director Jurídico - DNCP

mismas empresas las que resultan precalificadas y por tanto las únicas que podrán presentar ofertas una vez realizados los llamados, se acompañan las resoluciones de precalificación donde se aprecia la recurrencia. Y en las recomendaciones de la Organización Para La Cooperación Y El Desarrollo Económicos, OCDE, para la detección de prácticas colusorias, menciona en su lista de referencia que: cuando existen patrones como el anterior, que son las mismas empresas las que siempre ganan, ello es una señal de advertencia y patrones cuando los empresarios presentan Evidentemente, habiendo encontrado que la mejor forma de sustraerse de una sana competencia era por medio de la precalificación, que dejaba a otros posibles competidores incluso fuera de competencia sin saberlo, han debido manejar acuerdos con las gobernaciones, para que estas accedan a la realización de los procesos de precalificación, los cuales repito no son siquiera adecuados al objeto del llamado. La colusión o Cártel como comúnmente se llama, es una infracción muy grave de las normas de competencia, habida cuenta del efecto del cartel sobre la competencia y tratándose de compras públicas implican sobrecostos para el estado. El que se haga mediante el mecanismo de precalificación, que les asegura que solo competirán entre ellas, no contribuye sino a un aumento aún mayor de los precios, pues si hubiese una mayor competencia, como en el caso de un llamado sin precalificación, este sería un medio de evitar el éxito de esta colusión aun si ella existiera o por lo menos aseguraría que los precios se mantengan en niveles adecuados. Por la presente denuncia solicito que la DNCP en el ejercicio de sus atribuciones de contralor a los procesos de contrataciones públicas lleve adelante la pertinente investigación y oportunamente el sumario a las empresas involucradas, anulando en su caso los resultados de las precalificaciones y llamados afectados". (Sic)----------

Abg. María Laura Maciel
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abg. Luis A. Godoy Duri
Director Jurídico - DNCP

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

Que, esta Dirección Jurídica por medio de nota **DNCP/DJ Nº 1847/16**, ha solicitado a la Convocante – **GOBERNACIÓN DE CANINDEYÚ**- informe acerca de lo referido y remitan toda la documentación que consideren pertinente.----------

Que, en **fecha 15 de abril 2016** la Convocante, remite su descargo a través del cual expresa: "*La gobernación de Canindeyú rechaza categóricamente las infundadas y temerarias alegaciones del denunciante, que insinúa supuestas violaciones a los Principios Generales de Contrataciones Públicas en el procedimiento de Precalificación de la licitación, para la adquisición de almuerzo escolar para las instituciones educativas de este departamento, por las razones que se expresan seguidamente: En primer lugar, es importante recordar que la Precalificación de oferentes es un proceso previo a la licitación, que evalúa y analiza las condiciones y características particulares de los posibles participantes en el futuro procedimiento licitatorio. En este proceso, no se analiza ni evalúa el objeto de la futura contratación, no hay una presentación de ofertas por parte de los postulantes. La precalificación tiene por objeto evaluar a los eventuales licitantes, se atiende a sus condiciones técnicas y financieras, a su experiencia, y a otros factores que tendrán relevancia para determinar si podría ser un buen contratante. La Gobernación de Canindeyú decidió adoptar la modalidad complementaria de Precalificación, teniendo en consideración que resultaba ser la más adecuada por la importancia del monto a ser licitado y el plazo de duración de la contratación. La incorporación de esta modalidad fue realizada en virtud a la potestad conferida a las entidades Convocantes, según las disposiciones del artículo 17 de la Ley N° 2051/03 "De Contrataciones Públicas", y los artículos 20 al 26 del Decreto reglamentario N° 21909/03. El procedimiento de Precalificación implementado para la licitación de referencia, fue divulgado por el órgano de publicación oficial de las compras públicas (SICP) y publicado por tres días en un diario de circulación nacional, en estricto cumplimiento a los Principios Generales de "Transparencia y Publicidad", y las disposiciones que rigen las Contrataciones Públicas.*" (Sic)---------

Abg. María Laura Maciel
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duré
Director Jurídico - DNCP

Continúa la Convocante manifestando lo siguiente: "*La Precalificación estuvo publicada por un plazo de 27 (veintisiete) días en el Sistema de Información de las Contrataciones Públicas (SICP); esto es, el Pliego de Bases y Condiciones estuvo disponible en el SICP desde el día 30 de octubre de 2015 hasta el 25 de noviembre de 2015, para consulta de toda persona interesada. También fue publicado por 3 (tres) días consecutivos en un diario de gran circulación nacional, conforme se demuestra con las copias de las publicaciones realizadas en el Diario ABC Color, los días 07, 08 y 09 del mes de noviembre de 2015. El denunciante tuvo tiempo más que suficiente para interiorizarse y participar en la Precalificación o impugnar el procedimiento en su momento, y su desidia, torpeza o falta de interés no puede ser responsabilizado a la Convocante, que dedicó tiempo y trabajo en la realización de este proceso licitatorio. Contrario a lo señalado por el denunciante, la modalidad de Precalificación permite identificar interesados en participar del proceso y asegurar que dichos licitantes sean idóneos para ser adjudicatarios, puesto que no tiene sentido involucrar en el proceso a quienes no tengan claramente demostrada la capacidad técnica y financiera para proveer el servicio a ser licitado. También evita que ciertos interesados incurran en gastos considerables para la presentación de ofertas, en dinero y tiempo, cuando casi con certeza serán rechazados por falta de capacidad, antecedentes y condiciones satisfactorias. El denunciante expone genéricamente que se restringió la participación de los oferentes y que la Gobernación de Canindeyú realizó un direccionamiento de la precalificación. Al respecto, lo alegado carece totalmente de fundamento pues el denunciante no indica cuáles son los puntos o condiciones limitantes o restrictivas del Pliego de Bases y Condiciones de la Precalificación, como así tampoco señala cuáles son las exigencias que estarían direccionando el proceso, por lo que la denuncia carece de toda seriedad y responsabilidad." (Sic)*----------

Ha señalado además: "*Corresponde aclarar que las exigencias de experiencia, capacidad técnica y financiera establecida en el Pliego de Bases y*

Abg. María Laura Maciel
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duré
Director Jurídico - DNCP

Condiciones de la Precalificación, fueron mínimas considerando la importancia del monto a ser licitado, de manera a propiciar y fomentar la mayor participación de potenciales oferentes, en cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 21 del Decreto N° 21909/03. Las solicitudes de Precalificación presentadas por las empresas: Pino Ty S.A., Blanca Nieves Comercial y Ladero Paraguayo S.A., según se desprende del Informe de Evaluación emitido por la Comisión Evaluadora, han sido analizadas y evaluadas llegando a la conclusión de que reunían todas las condiciones mínimas exigidas en el Pliego, por tanto, fueron precalificadas para el llamado a licitación. Se adjunta copia del citado informe y resolución. Superada la etapa de la Precalificación, la Unidad Operativa de Contratación se encargó de la elaboración del Pliego de Bases y Condiciones del llamado a Licitación, siendo aprobada por la máxima autoridad de la Institución por Resolución N° 017 de fecha 02/02/2016. También, la Convocante tuvo que gestionar la aprobación ante la Dirección de Alimentos Escolar del Ministerio de Educación y Cultura (MEC) "Proyecto para la Aprobación del Almuerzo Escolar", que fue aprobado recién el 04 de marzo de 2016. Este documento es exigido por la DNCP para la publicación de los llamados de "Alimentación Escolar", en virtud a las disposiciones de la Resolución N° 15.866 de fecha 18 de junio de 2015."(Sic)----------

Finalmente expone: "*El pliego de Bases y Condiciones del llamado a Licitación fue publicado el Sistema de Información de las Contrataciones Públicas (SICP), en fecha 10 de marzo del año en curso, y la apertura de las ofertas fue llevada a cabo el día 04 de abril del corriente, a las 07:30 horas, presentando ofertas las tres empresas precalificadas: Pinoty S.A., Blanca Nieves Comercial y Ladero Paraguayo S.A., conforme consta en el Acta de apertura de sobres que se adjunta. Las ofertas presentadas por las tres empresas precalificadas en el acto de apertura reunían todas las características de una oferta seria y responsable, pues se encontraban avaladas por las correspondientes Garantías de Mantenimiento de Ofertas y las demás documentaciones exigidas en el PBC, con lo cual se desvirtúa*

lo expuesto por el denunciante que sostiene que dos de ellas son "ofertas falsas". Las ofertas y los antecedentes del llamado a licitación se encuentran a disposición de la DNCP, cuando así requiera para verificar lo manifestado. La Comisión Evaluadora, luego de analizar y evaluar las tres ofertas, recomendó la adjudicación de la oferta con el precio más económico, que fue presentado por la empresa unipersonal Blanca Nieves Comercial, quien ofertó como precio unitario la suma de Gs. 9.500 (Guaraníes nueve mil quinientos), y por ende, resultó adjudicada en la licitación de referencia de acuerdo a la Resolución N° 157/16 de fecha 05 de abril de 2016, dictada por el Gobernador del Departamento de Canindeyú. Se adjuntan copias de las documentaciones de la adjudicación. Otra vez más se demuestra la falacia en que incurre el denunciante, quien alega que el precio unitario ofertado y adjudicado superaría los Gs. 13.000 (Guaraníes trece mil) por plato. Lo cierto y concreto es que conforme a lo consignado en el Formulario de Ofertas de la empresa adjudicada Blanca Nieves Comercial, que se adjunta a este informe, el precio unitario ofertado es de Gs. 9.500 (Guaraníes nueve mil quinientos), superior en tan solo 1, 44% al precio referencial fijado por la Gobernación de Canindeyú, que fue de Gs. 9.365 (Guaraníes nueve mil trescientos sesenta y cinco). Actualmente el proceso de contratación se encuentra en estado adjudicado, fue notificado a las empresas participantes y se encuentra pendiente la suscripción del contrato con el oferente adjudicado. La adjudicación fue comunicada a al DNCP según Expediente N° 308947 de fecha 11 de abril de 2016." (Sic)----------

La Dirección Jurídica de la DNCP luego de las manifestaciones efectuadas por las partes en la presente investigación preliminar, realiza el presente Dictamen Conclusivo en base a las consideraciones de hecho y derecho que se exponen a continuación: ----------

El denunciante manifestó que existe una colusión entre las empresas Pinoty S.A., Blanca Nieves Comercial de Blanca Rodríguez, Ladero Paraguayo S.A. y las

Abg. María Laura Maciel
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duré
Director Jurídico - DNCP

Gobernaciones de Cordillera, Canindeyú, Caaguazú y Alto Paraguay, para limitar la participación a esas empresas.----------

Mencionó además que entre dichas empresas existe acuerdos para dividirse mercados manteniendo precios que ellas fijan y que son más altos que los que podrían haberse conseguido si hubiese una competencia libre, señaló también que con dicha colusión se está vulnerando la igualdad y la libre competencia.----------

Asimismo manifestó que la precalificación no es adecuada ni necesaria para el objeto del llamado.----------

Refirió que si se realiza una revisión de los llamados de Almuerzo Escolar de las Gobernaciones mencionadas se podría corroborar que las precalificaciones son recurrentes y que entre ciertas empresas existe acuerdos colusorios, lo que permite a dichas empresas repartirse el mercado.----------

Ha expuesto además que en el llamado de referencia cuya apertura fue el lunes 04 de abril de 2016 la ganadora sería firma Blanca Nieves Comercial, y que los precios que mantienen las empresas en colusión es de trece mil guaraníes por plato, precio creado por las mismas.----------

A su turno, la Entidad Convocante ha manifestado que la precalificación es un proceso previo a la licitación y que la Gobernación de Canindeyú decidió adoptar dicha modalidad considerando el monto a ser licitado y el plazo de duración de la contratación.----------

Expuso además que la precalificación estuvo publicada (27) veintisiete días y así también el pliego de bases y condiciones, y por ende disponible para toda consulta.----------

Abg. María Laura Maciel
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duri
Director Jurídico - DNCP

Ha señalado en el mismo sentido, que el denunciante se ha limitado a exponer en forma genérica que se restringió la participación de posibles oferentes, sin embargo no indicó cuales serían los puntos limitantes o restrictivos.----------

Por otra parte, la Entidad Convocante expresó que las exigencias establecidas en el PBC fueron mínimas en consideración al monto a ser licitado.-----

Asimismo expresó que el precio unitario ofertado por la empresa adjudicada en el llamado de referencia Blanca Nieves Comercial, es nueve mil quinientos guaraníes y no trece mil guaranies como señaló el denunciante.----------

Ahora bien, cabe mencionar lo establecido en la Ley 2051/03, que en su artículo 17 dispone: "*Sin perjuicio de los procedimientos de contratación señalados en esta ley, y con apego a los principios generales establecidos en el Artículo 4°, los organismos, las entidades y las municipalidades, en los términos que establezca el reglamento, podrán introducir las modalidades complementarias que permitan tutelar de mejor manera el interés público, tales como mecanismos de precalificación, procedimientos con dos o más etapas de evaluación, con subasta a la baja, con financiamiento otorgado por el proveedor o contratista o cualquier otra figura jurídica que sea legal y se considere pertinente". (Sic)*----------

En el mismo sentido, el articulo 20 del Decreto Reglamentario N° 21909/03, modificado por el Decreto N° 5174/05, expresa: "*La Convocante podrá, dentro de los procedimientos ordinarios de contratación, incorporar las modalidades de precalificación, licitación con financiamiento, licitación con dos o más etapas de evaluación, o subasta a la baja…". (Sic)*----------

Abg. María Laura Maciel
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

Se desprende de lo anterior que, tanto la Ley 2051/03 como los Decretos que regulan la precalificación, establecen que queda a criterio de la Convocante la realización de llamados bajo la modalidad complementaria de precalificación, de tal forma que permitan tutelar de mejor manera el interés público.----------

En ese sentido, la Gobernación de Canindeyú al realizar el llamado de referencia bajo la modalidad de precalificación ha hecho uso de una facultad que le confiere la Ley.----------

En cuanto al cuestionamiento expresado en la denuncia respecto a la realización de la precalificación, es oportuno mencionar que el denunciante no ha expuesto de qué manera la precalificación impediría la concurrencia, además de que tampoco ha indicado cuáles son los requisitos –que a su criterio- serían excluyentes, puesto que, se desprende del Sistema de Información de Contrataciones Públicas (SIPC) y del descargo de la convocante que el llamado a precalificación se encontró publicado el tiempo suficiente para que el oferente interesado se pudiera presentar.----------

En Conclusión, no se desprende de lo expresado a lo largo de la denuncia, que al optar la Convocante por la modalidad complementaria de precalificación en el llamado de referencia se esté vulnerando algún principio o disposición establecido en la Ley, puesto que es una modalidad legalmente establecida y deja al libre arbitrio de la convocante optar por la misma, tal como lo ha hecho la Gobernación convocante, basándose en que tuvo en cuenta "*que resultaba ser la más adecuada por la importancia del monto a ser licitado y el plazo de duración de la contratación*", todo esto, sin descuidar además que, al tratarse el presente llamado de adquisición de almuerzo escolar para niños, el análisis de las ofertas requiere un especial cuidado, por la importancia que la misma implica.----------

Abg. María Laura Maciel
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duri
Director Jurídico - DNCP

En relación a lo manifestado por la Convocante en referencia al precio ofertado por la firma adjudicada, se pudo constatar en el Informe de Evaluación que efectivamente el precio unitario ofertado por la firma adjudicada en el llamado de referencia, Blanca Nieves Comercial de Blanca Rodríguez Braun, fue de (Gs. 9.500) nueve mil quinientos guaraníes, y no de (Gs. 13.000) trece mil guaraníes como señaló el denunciante, con lo cual, queda desvirtuado lo expresado en la denuncia.-

Finalmente, en referencia a las objeciones formuladas por el denunciante, respecto a la supuesta existencia de un monopolio del mercado en cuestión y atendiendo a la falta de elementos probatorios concretos que demostrarían tal extremo, esta Dirección Nacional considera pertinente que en virtud a lo establecido en el art. 1 y 15 de la Ley N° 4956/13 de "Defensa de la Competencia", la remisión de los antecedentes del presente caso a la Comisión Nacional de Competencia-CONACOM-, a los efectos de que ésta actúe en el ámbito de su competencia.--------

Por todo lo expuesto, esta Dirección Jurídica, considera que no existen méritos para la apertura de una Investigación de oficio y atendiendo lo señalado se debe disponer el cierre de la presente investigación conforme el art. 17 inciso a) del decreto 7434/11 por los motivos ya expuestos anteriormente.----------

ABG. MARÍA LAURA MACIEL
Dirección Jurídica

ABG. LUIS A. GODOY DURIA
Dirección Jurídica