DNCP/DJ N°3745/14 **Caso Nº 2679**

Asunción, 10 de diciembre de 2014.-

"DENUNCIA RECIBIDA A TRAVÉS DEL SISTEMA DE GESTIÓN DE DENUNCIAS CON PROTECCIÓN AL DENUNCIANTE, REFERIDA AL LLAMADO PARA CONCURSO DE OFERTAS PARA EL SERVICIO DE TELEFONIA MOVIL CORPORATIVO CONVOCADO POR EL MINISTERIO PBLICO ID 282183.----------

A partir de la denuncia recibida por el Sistema de Gestión de Denuncias del Portal de Contrataciones Públicas en fecha **20 de noviembre del 2013**; 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 denuncia manifiesta, cuanto sigue: *"QUE; conforme a lo dispuesto en el Título Octavo - Capítulo Primero; Artículo 79 y 80 de la Ley 2051/03 de "Contrataciones Públicas", en los Artículos 118 y sgtes. del "Decreto Reglamentario 21909/03, y Decreto Reglamentario Nº 7434/11",* ***vengo a presentar formal protesta CONTRA EL PLIEGO DE BASES Y CONDICIONES EN EL MARCO DE LA LICITACION POR CONCURSO DE OFERTAS N° 09/2015 "SERVICIO DE TELEFONIA MOVIL CORPORATIVO – AD REFERENDUM" – ID: 282.183; prevista por el MINISTERIO PUBLICO, conforme a la siguiente relación de hechos.- QUE; declaro bajo fe de juramento que en el CONTENIDO DEL PLIEGO DE BASES Y CONDICIONES EN LA SECCION II – CRITERIOS DE EVALUACION Y REQUESITOS DE CALIFICACION, claramente puede verificarse una violación a lo establecido en el Art. 4°: Principios Generales establecidos en la Ley 2051/03 y a las disposiciones que sus Decretos Reglamentarios****;.... Artículo 34: Contenido de los Pliegos. Los Pliegos de Bases y Condiciones particulares elaborados por las respectivas Unidades Operativas de Contratación deberán contemplar los aspectos señalados en el Art. 20 de la Ley... ART. 22: MODIFICACIONES A LAS BASES DE LA LICITACIÓN...QUE, de acuerdo a lo requerido en el Pliego de Bases y Condiciones en la SECCION II – CRITERIOS DE EVALUACION Y REQUISITOS PARA CALIFICACION: 2. Requisitos para Calificación Posterior (IAO 37) Después de determinar la oferta evaluada como la más baja, la Convocante efectuará la calificación posterior del Oferente de conformidad con lo establecido en la Cláusula 37de las IAO, empleando únicamente los requisitos aquí estipulados. Los requisitos que no estén incluidos en el siguiente texto no podrán ser utilizados para evaluar las calificaciones del Oferente. a) Capacidad financiera Con el objetivo de calificar la situación financiera actual del oferente, se consideraran los siguientes índices para todos los Ítems: a. Ratio de Liquidez: activo corriente / pasivo corriente Deberá ser igual o mayor que 1, en promedio, en los 3 últimos años (2011-2012-2013) b. Endeudamiento: pasivo total / activo total No deberá ser mayor a 0,80 en promedio, en los 3 últimos años (2011-2012-2013) c.*

Abog. Leticia Espinola
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abog. Juan A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

Rentabilidad: Porcentaje de utilidad después de impuestos o pérdida con respecto al Capital El promedio en los últimos 3 años (2011-2012-2013), no deberá ser negativo (b) Experiencia y Capacidad Técnica El Oferente deberá proporcionar evidencia documentada que demuestre su cumplimiento con los siguientes requisitos: b.1) Existencia Legal: Existencia legal de por lo menos tres (3) años de antigüedad, comprobada con la presentación de una copia autenticada de la constitución de la empresa. En el caso de firmas unipersonales o personas físicas, se tendrá en cuenta la fecha de inscripción en el Registro Único de Contribuyentes b.2) Experiencia: El Oferente deberá contar con una experiencia en la provisión de servicios análogos o de similares características objeto de la presente licitación. Para acreditar el cumplimiento con este requisito, deberá incluir en su oferta: ¬ Copia de contratos ejecutados satisfactoriamente o comprobantes legales en la provisión de servicios similares al objeto de la licitación (servicio de telefonía), acompañado de los documentos respaldatorios que avalen el cumplimiento satisfactorio de los mismos (Constancias, Informes, Certificado de cumplimiento de Contrato). Podrán presentarse la cantidad de documentos que fueren necesarios, que la sumatoria de los mismos alcancen como mínimo el 50% (cincuenta por ciento) del total de su oferta y siempre y cuando hayan sido formalizados dentro del periodo comprendido entre los años (2011 al 2014). ¬ Referencias satisfactorias de clientes, como mínimo 5 (cinco), de Instituciones Públicas y/o Privadas con quienes mantiene y/o mantuvo relaciones comerciales y cualquier otro dato que el Oferente pudiera considerar de interés. QUE, de acuerdo a lo que establece EL PLIEGO DE BASES Y CONDICIONES ESTANDAR para los procesos de Licitación Publica Nacional (LPN) y Licitación por Concurso de Ofertas (LCO) para "Adquisición de Bienes y/o Prestación de Servicios" actualizadas a través de los siguientes Documentos: Resolución DNCP N° 407/07, 1024/11, 2122/11, 509/13 y 611/13 se menciona lo siguiente: [Los criterios de calificación quedan a cargo de la Convocante. La determinación de los índices que se incluyen a continuación son ejemplos referenciales, debiendo la Convocante establecer los índices y promedios que consideran adecuados teniendo en cuenta el objeto de la licitación] (a) Capacidad financiera Con el objetivo de calificar la situación financiera actual del oferente, se consideraran los siguientes índices para todos los Ítems: a. Ratio de Liquidez: activo corriente / pasivo corriente Deberá ser igual o mayor que 1, en promedio, en los 3 últimos años b. Endeudamiento: pasivo total / activo total No deberá ser mayor a 0,80 en promedio, en los 3 últimos años c. Rentabilidad: Porcentaje de utilidad después de impuestos o pérdida con respecto al Capital El promedio en los últimos 3 años, no deberá ser negativo (e) Criterio para desempate de ofertas [La Convocante podrá determinar en este apartado el criterio a ser considerado por el Comité Evaluador para el eventual desempate de ofertas, previendo que estos criterios sean objetivos, razonables y congruentes con el principio de igualdad de participación] QUE, por tal motivo hemos realizado la siguiente consulta dentro de periodo indicado en el Pliego de Bases y Condiciones, atendiendo a que el PBC estándar se menciona que los criterios de calificación quedan a cargo de La Convocante: 1.CONSULTA En la Sección II punto 2 Requisitos para Calificación Posterior a) Capacidad Financiera, donde se menciona que luego de evaluar la oferta más baja, efectuaran la calificación de acuerdo a los ratios financieros de la empresa, debiendo cumplir los ratios solicitados para la posterior calificación, es importante traer a colación lo establecido en la Ley de Contrataciones Públicas 2051/03 en su Art. 26° en relación a la Evaluación de las Ofertas que taxativamente establece: ... No serán objeto de evaluación las condiciones establecidas que tengan como propósito facilitar la presentación de las ofertas y agilizar la conducción de

Abog. Leticia Espinola
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Luis A. Godoy
Director Jurídico

los actos de la licitación, así como cualquier otro requisito cuyo incumplimiento, por sí mismo, no sea sustancial o afecte la legalidad y la solvencia de las propuestas. La inobservancia por parte de los oferentes respecto a dichas condiciones o requisitos no será motivo para desechar sus ofertas. Así también en su Decreto Reglamentario 21909/03 en el Art. 59° se establece lo siguiente: ... A título meramente indicativo y no limitativo, son documentos de carácter formal y no sustancial: (a) balances y estados financieros; (b) folletos y catálogos; (c) antecedentes y currículum; (d) certificados de cumplimiento tributario; (e) certificados de no hallarse en quiebra o en convocatoria de acreedores; (f) legalizaciones; (g) traducciones. Por tanto, ante lo mencionado solicitamos a la Convocante dejar sin efecto el requisito de capacidad financiera para calificación posterior como un criterio de calificación, atendiendo a que existen otros criterios como experiencia y capacidad técnica, además de la cartera de clientes que mantiene, que podrían ser utilizados como criterios suficientes para garantizar si el oferente es capaz de cumplir con lo ofertado. Recibiendo la siguiente respuesta: 1. RESPUESTA En cuanto a la consulta, se informa que el requisito de Calificación de la Capacidad Financiera del oferente, además de estar establecido en el Pliego estándar de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, es de carácter fundamental a fin de evaluar al oferente en cuanto a la solvencia y capacidad para el cumplimiento de los compromisos derivados de la presente Licitación. En tal sentido la Convocante se ratifica en lo establecido en el Pliego de Bases y Condiciones y Adenda N° 2 correspondiente al punto mencionado precedentemente, publicado en el Portal de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas. QUE, en el periodo de consultas se ha realizado otra consulta solicitando lo siguiente: 1.CONSULTA Sección II Criterios de Evaluación, punto 2 Requisitos para Calificación Posterior, (a) Capacidad Financiera. El ratio de liquidez deberá ser mayor o igual a 1 en los 3 últimos años (2011, 2012, 2013), en este punto y teniendo en cuenta que el Ratio de Liquidez entre activo corriente y pasivo corriente igual a 1 es un criterio que no puede ser considerado de manera aislada dentro de los estados contables de una empresa, pues su análisis aislado de otros datos contables distorsiona cualquier conclusión a la que pueda llegarse. En efecto, al momento de considerar el ratio de liquidez deberían considerarse otros aspectos fundamentales como ser el flujo de fondos, la capacidad de pago, generación constante de liquidez y resultados económicos. El Ratio de Liquidez puede ser un parámetro importante para determinados tipos de procesos licitatorios, como por ejemplo, en la contratación de obras públicas, que requieren la entrega de anticipos por parte del Estado para el inicio de las obras. Mencionado lo anterior y teniendo en cuenta disminuir el mismo a un ratio mayor o igual a 0,50, o que capacidad financiera sea analizada solo en caso de empate de ofertas? A criterio de nuestra empresa, la posibilidad de realizar esta modificación nos dará la oportunidad de participar en este llamado a licitación, con beneficio directo para el Ministerio Público ya que garantizará una mayor participación de oferentes, así como la posibilidad de obtener los mejores precios y calidad de servicio, caso contrario las condiciones de la presente licitación serán restringidas de manera obligatoria a UN SOLO OPERADOR, evitando justamente los beneficios de un proceso competitivo. Recibiendo la siguiente respuesta: 1. RESPUESTA Ver Adenda 02 DONDE DICE: (a) Capacidad financiera Con el objetivo de calificar la situación financiera actual del oferente, se considerarán los siguientes indices para todos los Ítems: a. Ratio de Liquidez: activo corriente / pasivo corriente Deberá ser igual o mayor que 1, en promedio, en los 3 últimos años (2011-2012-2013) DEBE DECIR: (b) Capacidad financiera Con el objetivo de calificar la situación financiera actual del oferente, se considerarán los siguientes indices para todos

Abog. Leticia Espinola
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abog. Ricardo Codoy Duria
Director Jurídico - DNCP

los Ítems: b. Ratio de Liquidez: activo corriente / pasivo corriente Deberá ser igual o mayor que 0,50, en promedio, en los 3 últimos años (2011-2012-2013) Considerando de esta forma lo solicitado por uno de los probables Oferentes. QUE, tal como hemos presentado en el periodo de consultas, la Ley de Contrataciones Públicas 2051/2003 y sus respectivas reglamentaciones establecen lo siguiente: Artículo 26.- EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS … No serán objeto de evaluación las condiciones establecidas que tengan como propósito facilitar la presentación de las ofertas y agilizar la conducción de los actos de la licitación, así como cualquier otro requisito cuyo incumplimiento, por sí mismo, no sea sustancial o afecte la legalidad y la solvencia de las propuestas. La inobservancia por parte de los oferentes respecto a dichas condiciones o requisitos no será motivo para desechar sus ofertas. Decreto Reglamentario 21909/03 en su Art. 59: A título meramente indicativo y no limitativo, son documentos de carácter formal y no sustancial: (a) balances y estados financieros; (b) folletos y catálogos; (c) antecedentes y curriculum; (d) certificados de cumplimiento tributario; (e) certificados de no hallarse en quiebra o en convocatoria de acreedores; (f) legalizaciones; (g) traducciones. QUE, considerando lo establecido en la propia Ley de Contrataciones Públicas Los ratios financieros, si bien son datos importantes a ser tenidos en cuenta, no debería ser considerados como criterio de calificaciones, atendiendo a la finalidad del llamado cuya finalidad es la de contratar un servicio, en este caso un servicio de telefonía móvil, donde se podrían considerar otros criterios para la calificación que demuestran la capacidad de un Oferente de cumplir con los servicios ofertados como ser: Experiencia y Capacidad Técnica, que en nuestro caso podrían utilizarse como referencia: ¬ Contratos ejecutados o en ejecución con Instituciones del Estado o privadas. ¬ Cantidad de clientes corporativos existentes. ¬ Cartas de referencias de buen cumplimiento de contratos. ¬ Cantidad de clientes de la compañía, etc. QUE, existen además antecedentes que demuestran que solo un Operador de Telefonía móvil cumple con los requisitos de calificación financiera establecidos en el PBC estándar, y como ejemplo se menciona el llamado realizado por la mima Convocante ID: 246.221 donde la operadora que contaba con el mayor precio fue adjudicado, siendo descalificadas las demás operadoras que contaban con menor precio por no cumplir con el criterio de calificación financiera, incumpliendo de esta forma con el Inciso a) del Art. 4 de la Ley 2051/03 que hacen a los principios generales y el inciso que menciona especialmente a la Economía y Eficiencia. QUE; ante todo lo expuesto y conforme a los documentos que acompaño puede verse que lo solicitado por la empresa HOLA PARAGUAY S.A., únicamente es para que se dé cumplimiento a lo que la Ley 2051/03 "De Contrataciones Públicas" y sus Decretos establecen, Y NO PERMITIR CONDICIONES VENTAJOSAS A UN OFERENTE SOBRE LOS DEMAS, LA EMPRESA HOLA PARAGUAY S.A. SOLICITA EL RESPETO DE IGUALDAD Y LIBRE COMPETENCIA. PRUEBAS QUE OFREZCO 1-Mi parte ofrece como prueba copia del PLIEGO DE BASES Y CONDICIONES DEL MENCIONADO LLAMADO; como también los documentos mencionados como la consulta realizada y su respectiva respuesta, documentos correspondientes al llamado anterior, copia del OBC estándar establecido por la DNCP.- ***PETITORIO 1. Reconocer mi personería en el carácter invocado y por constituido mi domicilio en el lugar señalado. 2. Tener por formulada la Protesta contra EL PLIEGO DE BASES Y CONDICIONES EN EL MARCO DE LA LICITACION POR CONCURSO DE OFERTAS N° 09/2015 "SERVICIO DE TELEFONIA MOVIL CORPORATIVO – AD REFERENDUM" – ID: 282.183; prevista por el MINISTERIO PUBLICO. 3. Oportunamente y previo los trámites de rigor dictar resolución haciendo lugar a la misma y en consecuencia***

Abog. Leticia Espinola
Dirección ... DNCP
Juez ...

Abg. ... Duria
Dirección ... DNCP

***MODIFICAR PARCILAMENTE EL PLIEGO DE BASES Y CONDICIONES por los medios legales establecidos, de manera a garantizar los Principios Generales* consagrados por ésta Ley...**" (sic) (el destacado es nuestro).

Atendiendo a lo denunciado la Dirección Jurídica de la DNCP cree pertinente efectuar las siguientes consideraciones: ----------

Cabe destacar que la **PROTESTA** es el mecanismo de impugnación previsto en la normativa, al que deben recurrir las partes si es que consideran que el PBC contiene requisitos que vulneran los derechos de los oferentes en el proceso de contratación o consideran que se han lesionado sus derechos como oferente en el proceso de contratación.----------

De esta forma, el **Sistema de Gestión de Denuncias del Portal de Contrataciones Públicas con protección al denunciante** se halla previsto para denunciar hechos de corrupción para quienes no son parte en el proceso de contratación y para aquellas situaciones en donde la protesta no fuere lo pertinente.----------

Que, es conveniente traer a la vista la disposición contenidas en el **Art. 13 del Decreto Reglamentario 7434 del 2011**, 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; y cuando la vía pertinente no sea la Protesta***" *[destacado nuestro].*----------

Las personas interesadas pueden protestar ante la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP) en cualquier etapa del procedimiento de contratación, cuando considere que el PBC contiene puntos que vulneran su derecho de participar o existan actos que contravengan las disposiciones que rigen las materias objeto de la ley. --

Ciertamente, al exponer su caso el denunciante, expresa su disconformidad con respecto al PBC del presente proceso licitatorio, dejando a la luz el interés en participar en el llamado en cuestión. Por tanto, es claro que en el presente caso, las cuestiones denunciadas no ameritan la intervención de oficio de esta Dirección, y en todo caso, debe ser objeto del proceso de impugnación de **PROTESTA**.----------

En este caso en particular, y conforme se puede constatar de la redacción de la denuncia, el denunciante confundió el sistema de denuncias con el mecanismo de protestas, y como ya hemos mencionado anteriormente, las protestas y denuncias son mecanismos de impugnación diferentes por lo que consideramos que el denunciante debió haber presentado protesta ante la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas y no una denuncia a través del sistema de denuncias con protección al denunciante.----------

Si bien queda claro que el recurrente en su denuncia expresa sus intenciones de PROTESTAR, es importante señalar que la misma a fin de ser atendida por esta Dirección Nacional debe **cumplir con todos los requisitos que reglamentan este mecanismo en la normativa legal** que rigen las contrataciones públicas.----------

Abog. Leticia Espínola
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Luis A. Gonzalez
Director Jurídico

En este sentido, de manera que se impriman los trámites correspondientes a la Protesta, resulta necesario verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el **DECRETO REGLAMENTARIO Nº 7434/2011 de fecha 07 de octubre de 2011 y en la Resolución DNCP 1220/09**, normativas a las que se pueden acceder en el marco legal del SICP —www.contrataciones.gov.py-.----------

En base a todo lo anterior, y a las recomendaciones emitidas, entiende esta Dirección Jurídica que no existe méritos para abrir una Investigación y corresponde desestimar la denuncia. ----------

Abog. LETICIA ESPINOLA INFANTE
Dirección Jurídica - DNCP

Abog. LUIS GODOY
Dirección Jurídica - DNCP