DNCP/DJ N° 9.325/16

Asunción, 28 de septiembre de 2016.-

INVESTIGACION PRELIMINAR SURGIDA A PARTIR DE LA NOTA RECIBIDA POR MESA DE ENTRADA DE ESTA DIRECCIÓN NACIONAL COMO EXPEDIENTE N° 10.141 DE FECHA 13 DE SEPTIEMBRE DE 2016 PRESENTADO POR LOS SINDICATOS DE LA INC EN EL MARCO DEL LLAMADO LICITACIÓN POR CONCURSO DE OFERTAS N° 60/16 PARA LA "CONSULTORÍA EN GERENCIAMIENTO DE PROYECTOS" CONVOCADA POR LA INDUSTRIA NACIONAL DEL CEMENTO - INC - ID N° 316.726.----------

La nota ingresada como EXPEDIENTE **N° 10.141 de fecha 13 de septiembre del 2016** con relación al llamado de referencia manifestaban los Sindicatos de la INC cuanto sigue*: "... Los SINDICATOS de la INDUSTRIA NACIONAL DEL CEMENTO (INC) de los frentes de Vallemí, Villeta y Oficina Central de Asunción nos dirigimos a usted con relación al Concurso de Ofertas N° 60/16 "Consultoría Técnica en Gerenciamiento de Proyectos" ID. N° 316.726, a fin de manifestar cuanto sigue: 1) los TERMINOS DE REFERENCIA del Concurso de Ofertas mencionado, al igual que las sucesivas Contrataciones que la precedieron y que fueran en su momento adjudicadas en distintos procesos (ID. N° 272.629; ID N° 290.401) tiene como objeto (1.1) al igual que el actual (ID. N° 316.726), Elaborar un PLAN DE MEJORAMIENTO INDUSTRIAL. El mencionado Plan hasta la fecha NO HA SIDO PRESENTADO a pesar de varios pedidos de informes a la Administración de la INC pro parte de los Sindicatos con relación a los Planes y Proyectos a más de Oficios Judiciales tramitados ante el TRIBUNAL DE CUENTAS 1RA SALA (se adjunta copia) con la misma finalidad. Se solicita la presentación del PLAN DE MEJORAMIENTO INDUSTRIAL teniendo en cuenta las sucesivas contrataciones ya realizadas con este objeto. Actualmente los Proyectos de la INC a que hace*

Abog. Héctor Báez Blanco
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

referencia el Concurso de Ofertas N° 60/16 se encuentran totalmente adjudicados y con plazos de entrega que varían de 1 (uno) a 5 (cinco) meses contados a partir de la fecha. El mismo Concurso "Consultoría Técnica en Gerenciamiento de Proyectos" prevé una vigencia del Contrato de 17 (diecisiete) meses" [Sic].----------

Agregaron, que: "*2) el art. 92 del Decreto N° 21909/03, modificado por Decreto N° 5174/05, establece que la Convocatoria para la Contratación de firmas consultoras, cuyo monto estimado supere los diez mil (10.000) jornales mínimos, deberá estar precedida de una Pre-calificación. En tal sentido, y a juzgar por Términos de Referencia, es evidente que la INC viene abonado por un mismo servicio de Consultoría Técnica en Gerenciamiento de Proyectos más de Gs. 800 millones, adjudicadas al Ing. ALEXANDER GÓNZALEZ PINZÓN (ID. N° 272.629: ID N° 290.401) que sumado a los Gs. 600 millones en proceso con ID. N° 316726, sobre pasa los umbrales establecidos para un Concurso de Ofertas. El art. 16° de la Ley N° 2051/03 y su reglamentación Decreto N° 21909/03. Modificada por Decreto N° 5174/05, en su art. 18° establece que queda estrictamente prohibido fraccionar o subdividir el monto de los contratos o la ejecución de un proyecto con la intención de eludir los tipos de procedimientos establecidos en esta ley. 3) en los Términos de Referencias del PBC se prevé en forma irregular, millonarios pagos de Gratificaciones, por un monto total que supera los Gs. 120.000.000 por la conclusión de cada proyecto (3 en total). La figura de "Gratificaciones" no podría ser aplicada a este tipo de contrato de Servicio de Consultoría, en los términos definidos en la Ley 2051/2003 y sus reglamentaciones. Además, se contrapone a lo que se establece en el PBC, punto 3.8, Sección 2 – Instrucciones para Oferentes. 4) el PBC publicado en el Portal de Contrataciones Públicas no se adecua a los requisitos de los contratos establecidos en el art. 37° de la Ley N° 2051/03, en donde se establece que "en los contratos de servicios de consultorías, asesorías, estudios e investigaciones, salvo que exista impedimento, deberá estipularse que los derechos de autor u otros, derechos exclusivos que se llegaren a generar, invariablemente se*

Abog. Héctor Báez Blanco
Dirección Jurídica - DNCP
Juez Instructor

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

constituirán a favor del organismo, de la entidad o de la municipalidad, según corresponda" [Sic].----------

Que, a través de **Nota DNCP/ DJ Nº 8.716/16** de fecha 14 de septiembre de 2016, se ha solicitado a la Convocante – **INDUSTRIA NACIONAL DEL CEMENTO -** que informen y justifiquen lo referido en el citado Memorándum, adjuntando la documentación que consideren pertinente en el plazo de 3 (tres) días hábiles (con acuse de recibo de fecha 15/09/2016).----------

Que, en fecha **20 de septiembre del 2016** por medio del escrito ingresado ante la Dirección Nacional como *-Expediente DNCP N° 10.413-* el Abg. CESAR MALLORQUIN en su carácter de Asesor Jurídico se presenta en representación de la INDUSTRIA NACIONAL DEL CEMENTO (en adelante INC) a contestar el traslado de la presente investigación en los siguientes términos: "*En primer lugar, a fin de poder responder en forma ordenada y lógica es conveniente efectuar el presente descargo punto por punto y en ese sentido primeramente haremos referente al primer punto del escrito presentado por los Sindicatos de la INC, el cual hace referencia que supuestamente en procesos anteriores no fueron presentados el Plan de Mejoramiento Industrial para la INC y hacen referencia a que en varias ocasiones fueron solicitados a la admiración a más de oficios judiciales tramitados por el Tribunal de Cuentas. Así mismo solicitan se presente el mencionado Plan de Mejoramiento Industrial. En referencia a esto cabe aclara que dicho Plan fue presentado ante todos los órganos de control respectivos, Poder Ejecutivo, Equipo Económico Nacional, Dirección General de Empresas Publicas por citar algunos, es más INC no podría haber accedido en su momento al Crédito otorgado mediante emisión de Bonos Soberanos, en caso de no contar con el mencionado Plan. Se adjunta informe sobre proyectos. Cabe destacar que dicho plan es público y fue presentado en innumerables ocasiones por lo que no entendemos cual es el objetivo de mencionar algo así. Siguiendo con este punto hasta si hipotéticamente no existiere el mencionado plan, nada tiene que ver con el llamado actual el cual*

Abog. Héctor Báez Blanco
Dirección Jurídica - DNCP
Juez Instructor

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

pretenden impugnar. Por ultimo en lo que refiere al Tribunal de Cuentas se debe aclarar que dicho oficio fue librado en el marco de un proceso judicial iniciado por un funcionario contra una resolución administrativa y que no viene al caso mencionar, por lo que también se trata un problema particular que nada tiene que ver con el llamado a Consultoría denunciado" [Sic].----------

Continua manifestando el representante de la INC que: "*En el segundo punto menciona que supuestamente se estaría sobre pasado el umbral de la LCO, cosa totalmente falsa y errada, bastaría mencionar simplemente la propia DNCP no hubiese publicado como LCO en caso de que el mismo se encuentre fuera de los parámetros establecidos para una LCO. A su vez hablan de un supuesto fraccionamiento del llamado cosa totalmente absurda ya que no existe ningún tipo de fraccionamiento en el presente llamado según lo establecido en la Ley 2051 en su artículo16 y en el decreto21909 en su artículo 18. Los denunciantes pretenden hacer creer que existiría un fraccionamiento debido que se efectuaron llamados anteriores en años anteriores para contratar una Consultoría, reiteramos que es absurdo pesar que puede existir algún tipo de fraccionamiento, es más, si vamos por esa teoría entonces estaríamos fraccionando todos nuestro llamados ya que todos los años hacemos llamado para compra de bolsas repuestos combustible y materias primas, así como cualquier otra Convocante que compra o contrata para el año. En el tercer punto hablan de una supuesta irregularidad en la forma de pago, cosa también totalmente ridícula, la modalidad de pago señalada se da por una asignación mensual y un bono por producción, es decir siempre y cuando se cumpla con lo requerido en el PBC se paga lo establecido, es más la INC establece gratificaciones para su personal y ellos esto sería irregular. Por ultimo en lo que hace al último punto objetado a lo señalado en el cuarto punto nos remitimos directamente al PBC del llamado el cual establece claramente en el punto 3.7 de la C.G.C., lo aquí objetado" [Sic].*----------

Abog. Héctor Báez Blanco
Dirección Jurídica - DNCP
Juez Instructor

Abg. Luis A. Goday Duria
Director Jurídico - DNCP

Que, habiéndose expuesto los argumentos de las partes intervinientes, corresponde a la Dirección Jurídica realizar las siguientes observaciones conclusivas, en base a las consideraciones de hecho y derecho que se exponen a continuación.----------

La presente investigación se ha originado a partir de la denuncia realizada por los Sindicatos de la Industria Nacional de del Cemento (INC), en la que manifiestan que el llamado a "*Plan de Mejoramiento Industrial*" con ID. 316.726 fue precedida por otros dos llamados a Plan de Mejoramiento Industrial con ID N° 272.629; 290.401, y que el monto de los dos llamados anteriores (ID N° 272.629; 290.401) Gs. 800.000.000, más el monto adjudicado en el presente llamado (ID. 316.726) Gs. 600.000.000 sobrepasa el umbral de la Contratación por Concurso de Ofertas, alegando así, que la Convocante fraccionó el llamado la cual está prohibido según lo establecido en el art. 16 de la Ley 2051/03, art. 18 del Decreto 5174/05.-----

Otro punto denunciado refiere a que de los términos de referencias del PBC se prevén pagos de gratificaciones por la conclusión de cada proyecto y que son 3 en total, lo cual denuncian se contrapone con la Ley y lo establecido en el punto 3.8, Sección II de las Instrucciones a los Oferentes.----------

Por último, alegan que el PBC publicado en el portal no se adecua con lo establecido en el art. 37 de la ley 2051/03, en donde se establece que *"en los contratos de servicios de consultorías, asesorías, estudios e investigaciones, salvo que exista impedimento, deberá estipularse que los derechos de autor u otros, derechos exclusivos que se llegaren a generar, invariablemente se constituirán a favor del organismo, de la entidad o de la municipalidad, según corresponda".*---------

Con relación a la falta de entrega del Plan de Mejoramiento Industrial que reclaman los denunciantes debemos de indicar que, la entrega o no por parte de la INC a persona alguna sea individual o colectiva de alguna documentación obrante en su dependencia escapa a las facultades de esta Dirección Jurídica, además con

Abog. Héctor Báez Blanco
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Cañete Duna
Director Jurídico - DNCP

relación al supuesto hecho de que no han presentado pese a oficios judiciales, vemos que la Nota N° 17 del 05/02/2016 y la Nota N° 724 del 24/02/2016 fueron emitidos en el juicio caratulado "*Jorge Enrique Bóveda Quiñonez c/ Resolución PR N° 421/15 del 08 de junio del 2015, dictada por la Industria Nacional de Cemento*", lo cual representa un juicio llevado a cabo por un particular ante el Poder Judicial, Tribunal de Cuentas 1° Sala, donde debería peticionar la reiteración.----------

Ahora bien, con relación al supuesto fraccionamiento de los llamados por parte de la INC a fin de eludir los procedimientos establecidos en la Ley 2051/03, podemos observar según el extracto de los llamados identificados por los denunciantes, que fueron llamados realizados en diferentes años fiscales, como ser 2014, 2015 y 2016:

Monto Total de los Llamados: **300.000.000**

Id	Nombre	Mod.	Monto	Fecha Apertura	Entidad	Estado Público
272629	Consultoría Técnica en Gerenciamiento de Proyectos	CO	300.000.000	23/04/2014	Industria Nacional del Cemento	Adjudicado

Monto Total de los Llamados: **486.200.000**

Id	Nombre	Mod.	Monto	Fecha Apertura	Entidad	Estado Público
290401	Consultoría Técnica en Gerenciamiento de Proyectos	CO	486.200.000	23/03/2015	Industria Nacional del Cemento	Adjudicado

Monto Total de los Llamados: **612.000.000**

Id	Nombre	Mod.	Monto	Fecha Apertura	Entidad	Estado Público
316726	Consultoría Técnica en Gerenciamiento de Proyectos	CO	612.000.000	16/09/2016	Industria Nacional del Cemento	Impugnado Totalmente sin Suspensión

Que, si bien es cierto, la Ley 2051/03 estable la posibilidad de incluir un Programa Anual de Contratación que abarque más de un ejercicio fiscal, la Convocante a través de su Unidad Operativa de Contrataciones, es la encargada de realizar la programación del PAC en base al Presupuesto General de la Nacional

Abog. Héctor Báez Blanco
Dirección Jurídica - DNCP
Juez Instructor

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

aprobado de cada ejercicio fiscal, sujetándose a la Ley de Administración Financiera.----------

Que, los llamados realizados en los años 2014, 2015 y 2016 para la "*Consultoría Técnica en Gerenciamiento de Proyectos*" no pueden considerarse que fueron fraccionados como lo han expuesto los denunciantes, en atención a que los llamados corresponden a diferentes años fiscales, siendo la anualidad del gasto el principio según el artículo 6° de la ley 1535/99 "De Administración Financiera".--------

Amén de ello, los denunciantes debieron demostrar fehacientemente que existió la intención de fraccionamiento por parte de la Convocante de eludir algún proceso licitatorio, pues no puede presumirse que fue para eludir la ley y no para satisfacer necesidades institucionales.----------

Lo expuesto precedentemente queda claramente demostrado en el artículo 11 "Planeamiento de las Contrataciones" de la Ley 2051/03 que dice: "*Las operaciones de contratación pública que realicen los organismos, las entidades y las municipalidades deberán ajustarse a:.. b)* ***las previsiones y políticas para el ejercicio de recursos contemplados en la ley anual de Presupuesto General de la Nación vigente*** *o en el Presupuesto Municipal correspondiente…" [El resaltado es nuestro}.*

De lo expuesto se desprende que los llamados que se realicen en diferentes años fiscales no son indicios para deducir que los llamados son fraccionados con la intención de eludir la Ley.----------

Pasando al siguiente punto denunciado, referente al supuesto pago irregular de gratificaciones, en contraposición a lo establecido en la forma de pago indicado en la Sección II punto 3.8 del PBC y los términos definidos en la Ley, realizamos las siguientes aclaraciones.----------

Abog. Héctor Báez Blanco
Dirección Jurídica - DNCP
Juez Instructor

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abg. Luis A. Codas Duría
Director Jurídico - DNCP

El PBC, como el contrato, son documentos elaborados en base a las políticas de adquisiciones de cada Institución y de forma a satisfacer la necesidad institucional, y en tal sentido, el PBC es elaborado de forma unilateral por la convocante antes de ser publicado en la página de la Dirección Nacional de Contrataciones.----------

Y, la denuncia nada hace referencia a alguna disposición que se viole con la inclusión de gratificaciones en los llamados a consultoría, nada más han hecho indicación que "*la figura de gratificaciones no podría ser aplicado a este tipo de contratos de Servicios de Consultoría, en los términos definidos en la Ley 2051/03…*", en tal sentido, la Sección Sexta "Contratación de Servicios de Consultoría" de la ley 2051/03 y su decreto reglamentario nada prescriben sobre la prohibición de incluir gratificaciones.----------

Resulta importante acotar que solo corresponde a la Convocante definir cuál o cuáles requerimientos resultarían necesarios a los fines del contrato convocado por la Administración, sobre el punto, citamos al eminente Jurista Argentino, Ismael Farrando (h), "Contratos Administrativos" – Edit. Lexis Nexos – Pág. 332., quien al referirse al Pliego de Bases y Condiciones, expresa que: "*la elaboración del pliego de bases y condiciones es unilateral, puesto que constituye un típico acto de manifestación de voluntad del sujeto licitante, cuya validez no requiere del acuerdo de terceros ajenos a su ámbito*". [Sic] ----------

El respeto irrestricto al PBC constituye para la Convocante la certeza de que obtendrá el bien específicamente requerido y, para los oferentes, la garantía que salvaguarda el respeto al principio de Igualdad y Libre Competencia consagrado en el art. 4 de la Ley N° 2051/03, el cual constituye una derivación directa de la disposición contenida en el art. 107 de la Constitución Nacional, que dispone: "*Toda persona tiene derecho a dedicarse a la actividad económica lícita de su preferencia, dentro de un régimen de igualdad de oportunidades*".----------

Abg. Héctor Báez Blanco
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duarte
Director Jurídico - DNCP

Así las cosas, tenemos que la especificación insertas en el punto 1.10 Forma de Pago, en forma de "Gratificaciones", es un requisito inserto en las bases del PBC y por tanto, igual a todo posible oferente, lo cual no se contrapone a los principios de Igualdad y Libre Competencia establecidos en el inciso b) del artículo 4° de la Ley 2051/03.----------

Y como último punto de análisis, corresponde referirnos al cuestionamiento respecto a que el llamado no se adecua a lo dispuesto en el art. 37 de la Ley 2051/03 según el cual, en los contratos de consultoría, los derechos de autor u otros derechos exclusivos, se constituirán a favor de la Convocante.----------

Sobre el punto, nos remitimos a la Sección III Condiciones Generales del Contrato y en la cláusula N° 3.7 establece: "*Todos los estudios, informes, gráficos, programas de computación u otros materiales preparados por el CONTRATISTA para el CONTRATANTE en virtud de este Contrato* ***serán de propiedad del Contratante****. El consultor podrá conservar copia de dichos documentos y programas de computación" [El resaltado es nuestro].*----------

Está claro que de la cláusula 3.7 de la Sección III CGC del PBC se cumple lo requerido en el art. 37 in fine de la Ley 2051/03, pues ésta reza: "*En los contratos de servicios de consultorías, asesorías, estudios e investigaciones, salvo que exista impedimento, deberá estipularse que los derechos de autor u otros derechos exclusivos que se llegaren a generar, invariablemente se constituirán a favor del organismo, de la entidad o de la municipalidad, según corresponda*", y vemos que el punto 3.7 del PBC dice taxativamente que los estudios, informes, gráficos, programas de computación u otros materiales preparados por la empresa contratista, **pasarán a ser propiedad del contratante**, cumpliéndose a cabalidad lo requerido en la Ley.----------

Abg. Héctor Báez Blanco
Dirección Jurídica - DNCP
Juez Instructor

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

Por tanto, es claro el Pliego de Bases y Condiciones al respecto al indicar que "*estudios, informes, gráficos, programas de computación u otros materiales preparados por el CONTRATISTA*" serán de propiedad de la Contratante.----------

En consecuencia, y en vista a todo lo expuesto precedentemente esta Dirección Jurídica considera que corresponde el cierre de la presente investigación individualizada en el acápite, conforme el art. 17 inciso a) del Decreto 7434/11.-------

ABG. HECTOR BAEZ BLANCO
Dirección Jurídica-DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

ABG. LUIS A. GODOY DURIA
Director Jurídico-DNCP