DICTAMEN PGR Nº238/2016

Asunción, 14 de junio de 2016

SEÑOR MINISTRO:

ROBERTO MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, MINISTRO PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA, tiene el agrado de dirigirse a Vuestra Excelencia en relación con la nota MOPC Nº 532/2016 de fecha 07 de junio de 2016, referente a la propuesta de adenda al pliego de bases y condiciones del *"Proyecto de ampliación y duplicación de las rutas nacionales 2 y 7, tramo: Ypacaraí – Coronel Oviedo (Ruta 2) y Coronel Oviedo – Km. 183 (Ruta 7)"* (en adelante, el "proyecto"), desarrollado por el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones (en adelante "MOPC" o "administración contratante") en el marco de la ley Nº 5102 *"De promoción de inversión en infraestructura pública y ampliación y mejoramiento de los bienes y servicios a cargo del Estado"*, con la finalidad de evacuar el dictamen solicitado en ella.-

I. CONSULTA EVACUADA

Por la nota MOPC Nº 532 se remite a la Procuraduría General de la República (en adelante "PGR") la propuesta de adenda Nº 12 al pliego de bases y condiciones (en adelante "PBC") de la licitación para la adjudicación del contrato para el desarrollo del proyecto, con mención del artículo 47 del decreto Nº 1350/2014 *"Por el cual se reglamenta la ley Nº 5102/2013 'De promoción de inversión en infraestructura pública y ampliación y mejoramiento de los bienes y servicios a cargo del Estado'"* (en adelante "decreto reglamentario" o "decreto Nº 1350") acompañada de los dictámenes técnico y jurídico que justifican tales modificaciones.-

Sobre la base de estas últimas se realizan las observaciones que siguen.-

II. SOBRE LAS ATRIBUCIONES DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA EN EL MARCO DE LA LEY Nº 5102 Y SU DECRETO REGLAMENTARIO

En virtud del artículo 246 de la Constitución Nacional, son deberes y atribuciones de la PGR, entre otras cosas, su pronunciamiento a través de dictámenes en los casos y con los efectos señalados en las leyes y, en general, el asesoramiento jurídico de la administración pública.-

En concordancia con los mandatos constitucionales, el artículo 28 del decreto Nº 1350 que reglamenta la ley Nº 5102/2013 *"De promoción de inversión en infraestructura pública y ampliación y mejoramiento de los bienes y servicios a cargo del Estado"* (en adelante "ley Nº 5102"), encomienda a la PGR la elaboración de dictámenes, previo a los dictámenes vinculantes a ser dictados por el Ministerio de Hacienda, sobre los siguientes actos:

a) Los pliegos de bases y condiciones con carácter previo a su aprobación;
b) Los contratos y sus modificaciones con carácter previo a su suscripción;

ABG. ROBERTO MORENO RODRÍGUEZ
Mat. 8541
Procurador General

c) Las solicitudes de indemnización o compensación planteadas por el participante privado por cualquier causa;
d) Las terminaciones anticipadas del contrato, antes de adoptar la decisión; y
e) Cualquier otra circunstancia que pueda comprometer directamente los recursos del Estado.-

El citado artículo agrega que los pedidos de dictamen a la PGR deben ser acompañados de la posición jurídica de la administración contratante y de los antecedentes correspondientes.-

Con respecto a los plazos, el artículo 46 del decreto establece que los dictámenes de las instituciones intervinientes, incluyendo a esta representación constitucional, sobre cada PBC y proforma de contrato deben ser emitidos y enviados a la administración contratante dentro del plazo máximo de 15 (quince) días hábiles desde su recepción.-

Conviene aclarar que si bien el decreto Nº 1350 no confiere carácter vinculante a los dictámenes de la PGR, su pronunciamiento es un requisito previo e ineludible a la aprobación de cada PBC, en razón de sus atribuciones constitucionales.-

A todo esto debe sumarse lo preceptuado en el artículo 47 del decreto reglamentario:

> ***"Consultas y aclaraciones. Procedimiento de recepción de propuestas de mejoras, adiciones o ajustes al pliego y a la proforma de contrato.-***
> *Los oferentes podrán formular consultas, propuestas de mejoras, adiciones o ajustes o solicitar aclaraciones al pliego y a la proforma de contrato, las que deberán dirigirse a la máxima autoridad de la administración contratante dentro del plazo establecido en el pliego. La petición respectiva deberá ser ingresada a través de la mesa de entrada de la administración contratante, conforme a los plazos dispuestos para el efecto en el pliego.-*
>
> *"Tanto las respuestas a las consultas formuladas por los oferentes, como las aclaraciones, rectificaciones, enmiendas o adiciones que la administración contratante decida efectuar sobre las bases de licitación y sobre la proforma de contrato, serán incluidas en comunicaciones denominadas circulares aclaratorias, dirigidas a todos los oferentes, con una antelación mínima de 15 (quince) días a la fecha de apertura de los sobres de la oferta técnica. Si la administración contratante efectúa modificaciones en un plazo menor a 15 (quince) días, se deberá cambiar la fecha de recepción y apertura de los sobres de la oferta técnica a una no menor a 15 (quince) días posteriores a la última modificación. Las circulares aclaratorias deberán ser puestas a disposición de los oferentes en el lugar indicado en el pliego.-*
> *"Las circulares aclaratorias, que impliquen modificaciones al pliego y a la proforma del contrato, deberán someterse al mismo procedimiento de aprobación de éste".-*

ABG. ROBERTO MORENO RODRÍGUEZ A.
Mat. 8541
Procurador General de la República

El último párrafo del artículo trascrito refiere que el procedimiento de aprobación del PBC debe ser el mismo en caso de modificaciones, por lo que resulta necesario un nuevo pronunciamiento de la PGR para la formalización de la adenda adjunta a la nota que se contesta.-

III. RESUMEN DE LOS HECHOS QUE ANTECEDEN AL PRESENTE DICTAMEN. CUMPLIMIENTO DE LAS FORMALIDADES PREVIAS

El PBC del proyecto ha merecido el dictamen PGR Nº 818/2015 del 25 de setiembre de 2015, mediante el cual se habían realizado observaciones que, una vez atendidas, han dado lugar a la publicación de la convocatoria por parte de la administración contratante en el portal de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, según lo estipula la reglamentación.-

La recepción de consultas y solicitudes de aclaraciones de parte de los potenciales oferentes, además de correcciones propuestas de oficio por la administración contratante han motivado diversas adendas al PBC original, alcanzándose en esta ocasión la duodécima modificación.-

En este caso concreto, se señalan como antecedente para los cambios sugeridos, según lo expone en su informe técnico la Dirección de Proyectos Estratégicos (en adelante "DIPE") del MOPC, que se acompaña entre los antecedentes para análisis, a una consulta formulada por un potencial oferente precalificado en consorcio, que mantiene interés en presentar oferta a pesar de que su asociado ha descartado esa posibilidad, lo que en las condiciones actuales del PBC no sería posible.-

Forma parte del dossier recibido, igualmente, el dictamen DAJ Nº 886 del 03 de junio de 2016 de la Dirección de Asuntos Jurídicos del MOPC.-

El informe técnico de la DIPE señala que las modificaciones propuestas tienen el objeto de

> *"(...) permitir la participación de estas empresas que demostraron su interés en el proceso desde el principio, considerando que el hecho de que se sumen a otra empresa o consorcio ya precalificado, no afecta ni merma la solvencia y la capacidad de éstos, sino por el contrario, las enriquece".-*

La PGR tiene a la vista, igualmente, el dictamen de la Secretaría Técnica de Planificación para el Desarrollo Económico y Social del 08 de junio de 2016. No cuenta con el dictamen del Ministerio de Hacienda.-

La PGR considera que la intención de la última parte del artículo 28 del decreto reglamentario, al ordenar que los pedidos de dictamen sean acompañados de la posición jurídica de la administración contratante y de los antecedentes correspondientes es la de tener la posición sustancial de esa dependencia, debidamente justificada, lo cual se encuentra tanto en el informe técnico de la DIPE como en el dictamen DAJ Nº 886/2016, a la vista de la administración contratante.-

ABG. RODRIGO MORENO RODRÍGUEZ
Procurador General
Procuraduría General de la República

IV. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN PLANTEADA

La adenda Nº 12 al PBC del proyecto pretende la modificación de la cláusula 8 "Oferentes elegibles" de ese documento, a los efectos de permitir nuevos consorcios entre interesados precalificados. La particularidad que pretende introducirse es el consorciamiento entre: i) una empresa que formaba parte de un consorcio que ya no tiene interés de presentarse como tal y una empresa precalificada y ii) una empresa que formaba parte de un consorcio que ya no tiene interés de presentarse como tal y otro consorcio precalificado. Esto último *"toda vez que no afecte los porcentajes mínimo de participación consorcial requeridos en su oportunidad para la precalificación"*.-

La PGR ya se había expedido, en su dictamen PGR Nº 153 de fecha 2 de marzo de 2016, acerca de la posibilidad de consorciamiento aún en etapa posterior a la precalificación. Había sostenido que nuevos consorcios entre precalificados *"no riñe con el ordenamiento legal ni vulnera los principios de libre competencia o igualdad, ya que se daría para todos los precalificados, con la limitación prevista en la propuesta, a los efectos de evitar posibles casos de colusión"*.-

La variación aquí es que uno de los integrantes de un consorcio desintegrado sumaría su experiencia y capacidad a otra empresa precalificada o consorcio precalificado, por lo que no será posible afectar los intereses de la administración contratante con la disminución de las expectativas creadas inicialmente con el consorcio original. Tampoco se visualiza daño alguno a otros oferentes inicialmente descalificados. La PGR había manifestado sobre el particular:

> *"(...) La suma de nuevos consorcios solo puede tener como resultado una suma de estas capacidades, una suma de personas jurídicas o consorcios que ya eran aptos para ofertar, lo que debería redundar, en principio, a favor de los intereses de la licitación llevada adelante por el MOPC"*.-

Sobre la base de las consideraciones que anteceden, habiendo hecho las salvedades sobre el marco de competencias institucionales, y teniendo a la vista las posiciones de la administración contratante y de la Unidad de PPPP que no oponen reparos para la aprobación de la propuesta de adenda Nº 12 al PBC del proyecto, presentado para análisis por el MOPC, la PGR es del parecer que la misma no contraría expresamente las previsiones de la ley Nº 5102 y su decreto reglamentario, sin perjuicio de la opinión del Ministerio de Hacienda que no ha sido adjuntada a los documentos analizados.-

COPIA

Sin otro particular, aprovecha la ocasión para hacerle llegar sus atentos saludos.-

ABG. RODRIGO MORENO RODRÍGUEZ
Mat. 8541
Procurador General
Procuraduría General de la República

A SU EXCELENCIA
DON RAMÓN JIMÉNEZ GAONA, MINISTRO
MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS Y COMUNICACIONES
E. S. D.

MESA DE ENTRADA
Exp. Nº 21865
Fecha: 14 JUN. 2016
Firma: Hora: 7:25