MEMORANDUM D.A.J. Nº 583 /2020.

A : **DR. WALTER RECALDE**, *Coordinador*
COORDINACIÓN DEL COMITÉ DE EVALUACIÓN DE OFERTAS.

DE : **Dr. HERNAN MARTÍNEZ**, *Director.*
DIRECCIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS.

REF. : Descargo respecto al punto jurídico observado por FONPLATA en el marco del **LLAMADO MOPC N° 78/2019**: "LICITACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL PARA LA CONTRATACIÓN DE FISCALIZACIÓN DE OBRAS DE CONSTRUCCIÓN DE PAVIMENTACIÓN TIPO ASFÁLTICO EN LOS TRAMOS DE CAMINOS VECINALES EN LOS DEPARTAMENTOS DE SAN PEDRO Y CAAGUAZÚ- GRUPO 2, FINANCIADA MEDIANTE PRESTAMO PAR- 23/2016 DE FONPLATA PARA EL PROGRAMA DE MEJORAMIENTO DE CAMINOS VECINALES Y PUENTES EN LA REGIÓN ORIENTAL". ID Nº 366.411. DAJ Nº 713/2020, CEO N°311/2020.

FECHA: 06 de mayo de 2020.-

Me dirijo a Usted en el marco del llamado de referencia, a fin de dar respuesta a lo solicitado por medio del Memorándum CEO N° 311/2020 de fecha 25 de febrero de 2020, a través del cual la Coordinación de Evaluación de Ofertas remite a esta Dirección el Memorándum DCV N° 346/2020 de la Dirección de Caminos Vecinales, en donde dicha Dirección solicita se realice el descargo jurídico correspondiente en relación a los comentarios y observaciones jurídicas realizadas por el ente financiador **FONPLATA** respecto a la descalificación de las firmas integrantes del CONSORCIO AC & A & ASOCIADOS, que se transcribe a continuación:

"2. En relación a la propuesta de descalificación, por observaciones jurídicas, a la propuesta del Consorcio AC & A & ASOCIADOS solicitamos que nos envié una copia de la Resolución DNCP Nº 1208/2016 donde se regularía que la Convocante solamente podrá solicitar aclaraciones o documentación faltante a los oferentes una sola vez en relación con un tema. En el caso que no sea clara y evidente esta regulación, consideramos que la Convocante debería solicitar al oferente una nueva certificación de cumplimiento tributario donde deberá figurar expresamente que al momento de la fecha límite de presentación y apertura de ofertas, la firma AC & A S.A. no presentaba deudas ante el fisco, así como la fecha del cumplimiento de dicha estipulación".

En cuanto a los puntos observados esta Dirección jurídica realiza el siguiente descargo:

En primer lugar, de la lectura de la nota remitida por FONPLATA en fecha 19 de febrero de 2020, se deduce que dicho organismo está de acuerdo en que una de las firmas que integran el CONSORCIO AC & ASOCIADOS NO CUMPLE con el requisito del PBC ***"Certificado de Cumplimiento Tributario *o documento similar expedido por la Autoridad administrativa tributaria del país de origen, dentro de un plazo no mayor de (sesenta) días antes de la fecha de la apertura, o al vencimiento que se indica en el propio documento".***

Ahora bien, considerando el punto observado por el Ente financiador existe discrepancia con relación al criterio jurídico utilizado por nuestra dependencia en cuanto al número de ocasiones en que esta Convocante debe solicitar el documento (CCT) a la firma que fuere eliminada por no demostrar que se encontraba en cumplimiento de sus obligaciones tributarias conforme a lo solicitado por las bases del llamado.

Con relación al caso, resulta oportuno traer a colación como antecedente administrativo la **Resolución DNCP Nº 4101/17**, mediante la cual en el marco de una protesta el órgano rector en Contrataciones sostuvo la postura que si bien FONPLATA como órgano financiador cuenta con la potestad de otorgar

María José Vega Valdez
Abogada
Mat. C.S.J. Nº 42.375

Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones
Oliva y Alberdi Nº 411, C.P. Nº 1221, Asunción, Paraguay
Tel: 595 (021) 4149000

o no, su NO OBJECIÓN a las actuaciones de esta Cartera de Estado, no puede sustituir al criterio del Comité de Evaluación de Ofertas que de acuerdo al Artículo 27° de la Ley N° 2051/03 debe tener independencia de criterio para que el proceso licitatorio sea regular, conforme se puede visualizar en el siguiente apartado:

Cont. Res. DNCP N°4101/17

Finalmente, es necesario destacar que a pesar de haberse ratificado en su propia interpretación, la Convocante igualmente descalificó la oferta del recurrente exclusivamente con base en la observación del organismo financiador, quien emitió su interpretación particular del requisito del Pliego de Bases y Condiciones. La Convocante no realizó un análisis del alcance de la facultad del organismo financiador de otorgar su NO OBJECIÓN al proceso y si es que el criterio de éste puede o no sustituir al criterio de la Convocante en materia de interpretación de sus propias disposiciones del Pliego de Bases y Condiciones, siendo que conforme a la Ley N° 2051/03 "*De Contrataciones Públicas*" es el Comité de Evaluaciones el cual, con independencia de criterio, deberá analizar las ofertas conforme a las disposiciones del pliego de bases y condiciones y a las leyes de la materia (Art. 27) y el informe resultante será la base de la adjudicación (Art. 28). ----------

Esta Dependencia luego de traer a colación este antecedente indica cual ha sido el fundamento para rechazar la oferta del **Consorcio AC & A & ASOCIADOS,** por no presentar el Certificado de Cumplimiento Tributario de acuerdo a lo requerido por el PBC, a pesar de haber realizado al oferente una consulta que expresaba con claridad que la firma solicitada debía demostrar que se encontraba en cumplimiento de sus obligaciones tributarias al tiempo de la apertura de ofertas, de conformidad a la Ley N° 2051/03, su modificatoria, su Decreto Reglamentario y el criterio interpretativo expuesto por la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas[1] sobre el tema.

Con relación a las Resoluciones DNCP N° 1208/2016, 990/15y 830/12 (que se adjuntan a esta respuesta) solicitadas por **FONPLATA**, se aclara que las mismas se utilizan en la mayoría de los procedimientos evaluados en donde se verifican situaciones análogas como antecedentes administrativos, a los efectos de dejar en claro que el oferente tiene la posibilidad de subsanar el error formal de la falta de presentación del certificado de cumplimiento tributario en el Acto de apertura de ofertas mediante la correcta presentación del documento, ante la solicitud de la Convocante en la etapa de evaluación de ofertas.

Dichas resoluciones exponen como los oferentes presentaron documentos vencidos, resaltándose la opinión de la DNCP que como ente rector en contrataciones públicas considera que con una solicitud de documentos y la presentación deficiente por parte de los oferentes quedó agotada la instancia, al igual que en el caso en cuestión en donde la firma **AC & A S.A.** ante la posibilidad de subsanar la omisión en el periodo de evaluación presentó una declaración de cumplimiento tributario correspondiente a un periodo posterior a la fecha del acto de recepción y apertura de sobres, circunstancia que no se encontraba prevista en el PBC ni en la nota de solicitud de documentos como válida para acreditar el cumplimiento del requisito jurídico establecido en el PBC.

En resumen, es patente que la firma requerida no presentó un documento que acredite que se encontraba en cumplimiento de sus obligaciones tributarias, ni en el acto de apertura de ofertas ni en la

[1] *Artículo Nº 5 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 1º de la Ley Nº 2051/03 "DE CONTRATACIONES PÚBLICAS"***

María José Vega Valdez
Abogada
Matrícula Nº 42.375

Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones
Oliva y Alberdi Nº 411, C.P. Nº 1221, Asunción, Paraguay
Tel: 595 (021) 4149000

oportunidad en que fue requerida por la convocante mediante la solicitud del documento, motivo que justificó suficientemente la eliminación de su oferta de este procedimiento licitatorio.

En ese sentido, es importante resaltar que la Convocante en la nota de solicitud de documentos remitida al oferente, fue lo suficientemente clara al manifestar como la firma **AC & A S.A.** debía presentar el documento (CCT) que acredite que cumplió con sus obligaciones tributarias antes de la apertura de sobres, así también por ese medio se ha advertido al oferente que en caso de no presentar el documento en la forma solicitada, configuraría una causal suficiente del rechazo de la oferta.
Consecuentemente, el oferente tenía conocimiento de que un error en la presentación del CCT resultaría en la descalificación de las firmas participantes, integrantes del Consorcio del presente llamado.

Es importante mencionar que solicitar una sola vez los documentos formales faltantes, es un criterio utilizado por esta Convocante en todos los casos y con todos los oferentes, a fin de seguir los lineamientos del órgano rector de las contrataciones públicas DNCP, que al mismo tiempo permiten cumplir con el principio de igualdad que debe observarse en la evaluación de todas las ofertas, y que consideramos que ante la posibilidad de una segunda solicitud de CCT quebrantaría la igualdad en el procedimiento de evaluación y pondría a esta Convocante en una situación imparcial en donde pareciera que se busca que la firma cumpla el requisito solicitando el documento una y otra vez hasta que el oferente cumpla el requisito, esta Dirección entiende que este no es el objetivo en un proceso licitatorio en donde todos los oferentes deben estar en pie de igualdad, tanto en las consultas como en las valoraciones de los documentos.

Se resalta que en este procedimiento licitatorio tanto la redacción del pliego de bases y condiciones como la nota de solicitud de documentos al oferente, expresaban claramente la manera en que se debía presentar el documento requerido por la Convocante para cumplir con la finalidad de demostrar que las firmas participantes se encontraban en cumplimiento de sus obligaciones tributarias.

De todo lo analizado, se informa que esta Cartera de Estado no cuenta con una norma expresa que autoriza a pedir un mismo documento más de una vez, y consecuentemente observando el principio de economía y eficiencia se sostiene y sigue el criterio que ante la omisión de la presentación del documento formal en el acto de apertura de ofertas, se debe solicitar el documento faltante en todas las ocasiones una sola vez. Esto a su vez, permite cumplir con el principio de igualdad respecto a la evaluación de todos los oferentes participantes, teniendo en cuenta que no se puede pedir más de una vez el mismo documento sin alterar la posición competitiva de ese oferente con respecto a los demás oferentes participantes que si presentan toda la documentación.

En ese sentido, si esta Cartera de Estado abre la posibilidad de solicitar nuevamente el documento, las preguntas que surgen son: ¿Cuántas veces debe hacerlo? ¿Si el oferente no presenta el documento debe repetir el pedido? ¿No será que el oferente en cuestión no tiene el documento por eso no lo presento en las dos oportunidades que tuvo? (apertura de sobres y consulta).

Así también, se informa que a efectos de contar con una tercera postura respecto al caso, esta Dependencia ha solicitado la opinión jurídica del consultor externo Abg. Fabián Gill, respecto al punto observado y a la posibilidad de volver a solicitar el documento presentado deficientemente ante la solicitud de la convocante, dicha asesoría fue solicitada en el marco de lo establecido en el Art. 27 Comités de Evaluación, de la Ley 2051/03 De Contrataciones Públicas, en cuanto a la asistencia técnica profesional externa que se llegare a estimar conveniente.

Esta opinión jurídica fue enviada a través del correo electrónico en formato digital (escaneado), la cual confirma que el criterio jurídico utilizado para la evaluación y posterior eliminación de la oferta se ajusta derecho, consideramos oportuno transcribir la misma in extenso a continuación:

María José Vega Doldán
Abogada
Mat. C.S.J. Nº 42.375

Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones
Oliva y Alberdi Nº 411, C.P. Nº 1221, Asunción, Paraguay
Tel: 595 (021) 4149000

2. Antecedentes

Según se desprende del análisis de las documentaciones adjuntas a la consulta remitida, es indubitable que, la firma AC & A de la República Argentina, a más de no haber presentado constancia tributaria acerca de su situación de cumplimiento con el Fisco a la fecha de la presentación de oferta, tampoco completó la información de manera satisfactoria ante la solicitud de aclaración que, válida y oportunamente se le ha cursado de manera absolutamente clara y precisa con todas las características que se requería del documento solicitado.

Es importante tener a la vista las disposiciones aplicables al caso de la Ley N° 2.051/2003 de Contrataciones Públicas y su Reglamentación; y, del Manual Técnico – Comité de Ofertas – DNCP", que están claramente transcriptas tanto en la solicitud de aclaración como en el documento de evaluación, por economía procesal, no se transcribe nuevamente las disposiciones.

3. Nuestra opinión

Previo al análisis puntual de la consulta que nos ha sido elevada a nuestro parecer, consideramos pertinente y necesario, determinar las particularidades objetivas de las previsiones legales y del caso particular.

Así, cabe referirnos en primer término, a que, de manera general, es práctica lógica y corriente solicitar aclaraciones acerca de documentos no substanciales que son requeridos para la evaluación que no han sido presentados por los oferentes de manera completa o suficiente al momento de presentar originalmente su oferta.

También es corriente, de práctica aceptada y corroborada por la Ley, por la doctrina, por los manuales de procedimiento y por la jurisprudencia, que se solicite una sola vez las aclaraciones, sobre todo porque no puede detenerse la continuidad de los procesos administrativos hasta tanto sea completada la información o la documentación por parte de un oferente.

Las reglas de participación y de contratación, en general obedecen de manera muy resumida y simplificada en el sentido del tema que nos ocupa, a la búsqueda del equilibrio entre las oportunidades igualitarias de participación, la conveniencia del Estado y la búsqueda de la oferta más adecuada, con la versatilidad del proceso, la continuidad de las acciones públicas y la oportunidad de la satisfacción de las necesidades.

Es así que, no se puede pretender que, todo el proceso quede supeditado a que un oferente remiso, negligente o con dificultad (de cualquier índole) para presentar documentación a tiempo y en forma, trabe el avance hacia la culminación del análisis y la adjudicación.

La determinación de la suficiencia o no de los pedidos de aclaración, y a virtualidad de los mismos para ser entendidos como provocadores de resultados jurídicos, depende del análisis del contenido de ellos, de la revisión de las circunstancias en que se dan dichas solicitudes de aclaración y de la revisión de las respuestas que provocan. Así, específicamente en lo que a este caso se refiere, es posible comprobar que, se ha solicitado en tiempo y forma, con las formalidades del caso, y siendo preciso con respecto a la razón de la solicitud, el alcance de la misma y las disposiciones aplicables, las aclaraciones a la firma AC & A, y que la misma, al contestar, no presentó documentación suficientemente clara respecto de la información concreta que le fuera requerida (estar o no al día con sus obligaciones tributarias al tiempo de la apertura).

En efecto, las disposiciones legales y la práctica ratificada por los Manuales respectivos, buscan evitar que un oferente u oferentes presenten propuestas que puedan dejar dudas con respecto al cumplimiento de las condiciones legales para contratar y que se haga diferencia a la hora de evaluar con los demás participantes de los procesos de selección.

Es así que, habiéndose cumplido con el pedido de aclaración, y por tanto, habiéndose dado la oportunidad para subsanar la omisión de la información respecto de una condicionante seria para la elegibilidad o no como lo es la de estar al día con las obligaciones fiscales (Artículo 40. Inciso K de la Ley N° 2051/03).

En estas situaciones, vemos que es aplicable la norma y sus desprendimientos (Decreto, Manuales y Pliegos) en su literalidad y en su esencia, puesto que, no se ha podido comprobar el cumplimiento del requisito por parte de uno de los miembros de un Consorcio, lo cual perjudica a toda la Oferta, y además, la falta de cumplimiento es totalmente responsabilidad del oferente, que ha tenido dos oportunidades (presentación de la oferta y respuesta a la aclaración) para cumplir con la acreditación del requisito.

Finalmente, no puede el organismo financiador pretender que no está suficientemente acreditada la razón legal del accionar de la Convocante en el caso y que no sea ella suficiente, así que entendemos que no existe razón para variar la decisión tomada.

En el desarrollo de la gestión propia y diaria, el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones y sus dependencias deben regir sus decisiones sobre la base de los principios del Derecho Administrativo, al ser un órgano perteneciente a la Administración. Juan Carlos Cassagne, expone que el principio de legalidad se traduce en la exigencia de que la actuación de la administración se realice de conformidad al ordenamiento positivo, el cual limita o condiciona su poder jurídico. El principio de legalidad es el principio básico del régimen jurídico – administrativo, en virtud de que la administración solo puede ser ejercida en conformidad a la ley y que, por consiguiente en la expedición de comandos complementarios a la ley, y halla su sustento legal en nuestra Constitución en su Art. 257. La Administración y sus órganos en su actuar, no puede limitarse a examinar si el acto no le está prohibido, sino que debe asegurarse de que el mismo acto esté positivamente autorizado, lo cual difiere radicalmente con el principio de licitud del Derecho Civil en donde la persona solo está restringida de realizar aquellos actos que la ley le prohíbe.

Cabe señalar finalmente que la recomendación brindada por esta asesoría jurídica externa, no pretende suplir ni motivar las decisiones a ser adoptadas o consideradas por el Comité Evaluador de Ofertas, sino simplemente brindar el respaldo jurídico que sirva de apoyo a las dudas y eventuales decisiones que surjan de los órganos internos del MOPC.

Finalmente, contestando específicamente a la pregunta del pedido de dictamen: El accionar de la Convocante fue correcto y no requiere de revisión alguna en este caso. En conclusión, de manera particular, en opinión de esta Consultoría, en el caso que nos ocupa, a la luz de la documentación revisada, entendemos que la decisión tomada en su momento por el MOPC se ajusta a derecho.

Finalmente, en atención a todas las consideraciones expuestas precedentemente, esta Dependencia se ratifica en la eliminación de las firmas integrantes del **CONSORCIO AC & A & ASOCIADOS**, a causa de la presentación deficiente del certificado de cumplimiento tributario correspondiente a la firma AC & A S.A., por los fundamentos expresados en el Dictamen DAJ Nº 2402 del 25 de noviembre del 2019, que concuerdan con las manifestaciones realizadas en este descargo.

Atentamente.

Jesús Silva

María José Vega Doldán
Abogada
Mat. C.S.J. Nº 42.375

Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones
Oliva y Alberdi Nº 411, C.P. Nº 1221, Asunción, Paraguay
Tel: 595 (021) 4149000