Dictamen DNCP/DJ N° 15.869/19

DATOS DEL PROCEDIMIENTO

Procedimiento Jurídico:	Cierre Directo
Fecha de Dictamen:	2/12/2019
ID:	369095
Procedimiento de Contratación:	Licitación Pública Nacional
Modalidad Complementaria:	No Aplica
Nombre de la Licitación:	"Adquisición de postes de hormigón armado".
Entidad Convocante:	Administración Nacional de Electricidad.
Denunciante:	Sistema de Gestión de Denuncias Casos Nros. 394 Y 395.
Tema General:	Pliego de Bases y Condiciones.
Tema Específico:	Inconsistencia/incongruencias de documentos y/o datos

RESULTADO

1. Ordenar el cierre de los Casos N° 394 y N°395.
2. Recomendar al denunciante proteste contra el acto administrativo de adjudicación, una vez culminada la etapa de evaluación.
3. Comunicar a quienes corresponda.

CUESTIÓN CONTROVERTIDA

El denunciante refiere supuestas irregularidades en el Formulario N°9 Infraestructura y Herramientas presentado por el oferente Consorcio ARAPOTY, dicho formulario debe ser llenado para cada Planta industrial habilitada por el MIC. Se observa que, el llamado se encuentra en etapa de evaluación de ofertas, por lo que, se ordena el Cierre de los Casos N°394 y N°395 con la recomendación al denunciante que cuenta con el mecanismo de la protesta al que deben recurrir las partes si consideran que han sido vulnerados en sus derechos, una vez dictado el acto administrativo de adjudicación.

Abg. Tania Ledesma
Direccion Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abg. María Victoria Otazo
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

DENUNCIA:

Ingresan denuncias a través del Módulo de Investigaciones Electrónicas en fecha 25 de noviembre de 2019, individualizadas como CASOS 394 y 395, que señalan –en el mismo tenor- cuanto sigue:

"Invocando las normas del Artículo 82 y demás concordantes de la Ley No. 2.051/2003 "De Contrataciones Públicas", por el presente escrito, se formula denuncia contra la posible adjudicación al Consorcio ARAPOTY que ha presentado ofertas en los Lotes N° 3; 4; 6; 9; 10 y 11, formado por la empresa GAUSS S.A. con RUC 80017724-0, siendo el representante legal según el SIPE, el Ing. Guillermo Alfredo Cramer Campos (hermano de la actual Ministra de Industria y Comercio —MIC— Liz Rosanna Cramer Campos) y la firma Unipersonal Dionisio Amarilla, ex Senador de la Nación, empresas que no cumplen con los requisitos de equipamientos en el llamado de la referencia. Este hecho explica de cómo este Consorcio ha conseguido en un tiempo record, un par de horas, el Certificado de Procedencia Nacional que expide el Ministerio de Industria y Comercio a fin de tener ventajas al momento de la comparación de ofertas de la Sección II criterio de calificación establecido en el pliego de bases y condiciones del llamado.

Hechos: En la Sección II – Criterios de Evaluación y Calificación, se ha establecido en el punto 2 Requisitos para Calificación Posterior en el inc. b) Experiencia y Capacidad Técnica los siguientes: "3 Infraestructura: Acreditar la capacidad mínima de producción de un mil (1.000) postes mensuales para lo cual el Oferente deberá completar el Formulario N° 9 –Infraestructura y Herramientas de la Sección IV- Formularios. Dicho formulario deberá ser llenado por el Oferente para cada Planta Industrial habilitada por el Ministerio de Industria y Comercio" (lo subrayado es nuestro).

Con relación a este punto, el oferente Consorcio ARAPOTY debió presentar el formulario N° 9 que debe corresponder a la Planta Industrial que previamente debió ser habilitada por el MIC, lo cual no es posible ya que en la dirección declarada como fábrica era un baldío al momento de la presentación de la oferta. Esta habilitación previa se entiende que la firma GAUSS S.A. habría conseguido gracias a que el representante legal de dicha empresa es hermano, nada más y nada menos, de la Ministra de Industria y Comercio quien tiene que haber habilitado previamente la fábrica (que en ese momento aún no existía).

En el Pliego de Bases y Condiciones – Sección II Criterios de Evaluación y Requisitos de Calificación: Requisitos de Calificación Posterior B) Experiencia y Capacidad, dice: "Capacidad, acreditar haber fabricado y/o proveído como mínimo el 20% de las cantidades máximas de los bienes ofertados, en el sector público o privado, conforme solicitado en el anexo I de la Sección VII, la convocante sumara la cantidad indicada en cada documento presentado para verificar el cumplimiento de este requisito" (sic), esto se vuelva a aclarar en el punto 1 de la Respuesta N° 2 de la comunicación Aclaratoria N° 3, de fecha 28 de octubre de 2019. Los periodos a ser tenidos en cuenta serán los años 2016, 2017, 2018 y 2019 hasta la fecha de apertura de ofertas.

Sin embargo en la Adenda N° 4 se establece, sobre el mismo punto lo siguiente: "Los periodos a ser tenidos en cuenta serán los últimos (diez) 10 años" (Sic). En relación a lo citado se entiende que la Convocante se dejó influenciar por los

Abg. Tania Ledesma
Dirección Jurídica - DNCP

Ing. Ma. Eugenia Otazo
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

representantes de este Consorcio ya que con esa condición ellos no cumplirían con la experiencia, teniendo en cuenta que la empresa GAUSS S.A. se encontraba en estos últimos años con problemas financieros que es de público conocimiento y por lo tanto no estaban fabricando postes de hormigón para ninguna Institución del Estado ni para particulares por lo que al no cumplir con los requisitos establecidos para los años del 2016 al 2019, utilizaron la influencia para poder ampliar los años de provisión y de esa forma "tener la experiencia requerida".

En el SICP no se observa que la firma de Dionisio Amarilla haya proveído algún tipo de provisión de postes de hormigón armado para el Estado

Al momento de la Apertura de Ofertas, el Consorcio ARAPOTY no contaba con los requisitos mínimos requeridos según el Formulario 9 "Infraestructura y Herramientas" del Pliego de Bases y Condiciones, lo cual posterior a la fecha de apertura de las ofertas ha procedido a instalar una fábrica para la fabricación de postes de hormigón armado, lo que una vez completado con los equipamientos de dicha fábrica ha solicitado a la ANDE, por medio de una nota, para que se realice la inspección y verificación de la fábrica el día 15 de noviembre del 2019. En las fotos que se encuentran más abajo, tomadas en fecha 8 de noviembre de 2019, se puede apreciar el momento del montaje de la fábrica que fue posterior a la presentación de las ofertas (fecha de presentación según el SICP fue el 7 de noviembre de 2019) y con el agravante de utilización de energía eléctrica de la ANDE en forma clandestina (conectado directamente a la red sin ningún tipo de autorización ni medición por parte de la ANDE).

Al momento de la presentación de la oferta, el domicilio o lugar declarado en la oferta por el Consorcio era un terreno baldío, y por lo tanto no contaba en dicho sitio de ningún tipo de infraestructura, por lo que la declaración realizada a través del formulario N° 9 es falsa. Este Consorcio no puede ser Adjudicado en ningún Lote del presente llamado ya que al momento de las verificaciones realizadas por la ANDE, la fábrica no contaba con ninguna infraestructura ni herramientas, en el sitio indicado en la oferta.

Evidencias Fotográficas. En las fotos tomadas en fecha 8/11/2019 se puede apreciar que este Consorcio estaba instalando recién la fábrica para elaboración de postes de hormigón armado, posterior a la presentación de su oferta, por lo tanto al momento de la presentación de ofertas no poseía ningún tipo de fábricas para la fabricación del objeto del contrato.

La instalación de la fábrica se estaba realizando con energía tomada directamente de la red de distribución de la ANDE (la propia convocante) sin ningún tipo de medidor de energía, es decir sustrayendo la energía para beneficio del Consorcio, lo cual como es sabido la misma cae dentro del ámbito penal

Pruebas: Ofrecemos como pruebas se traigan a la vista la oferta presentada por el Consorcio ARAPOTY a fin de corroborar lo expresado en el escrito de la denuncia.

Acta de verificación realizado por la ANDE a solicitud del Consorcio y/o de la Firma GAUSS S.A. en el marco de la inspección de la fábrica de postes de hormigón armado.

g. Tania Ledesma
ccion Jurídica - DNCP
eza Instructora

Acta de constatación notarial en el cual se ha verificado la fecha de comienzo de instalación de la fábrica declarada en la oferta, corroborada por Escribano Público, siendo la fecha posterior a la fecha de presentación de la oferta del mencionado Consorcio.

Se solicita a la DNCP: Iniciar una investigación del proceso de "Licitación Pública Nacional ANDE N° 1539/2019 – "ADQUISICION DE POSTES DE HORMIGON ARMADO", bajo la Modalidad de Contrato Abierto", ID N° 369095, especialmente en lo referente a la oferta presentada por el Consorcio ARAPOTY.

Se solicita además que en caso de que la Convocante (ANDE) decida calificar y adjudicar alguno de los lotes ofertados por el Consorcio ARAPOTY, se revoque el informe de adjudicación por las graves cuestiones planteadas en el escrito de esta denuncia (en caso de que se haya expedido el Comité de Evaluación) y así evitar posibles daños patrimoniales que pueda sufrir la convocante".

ACUMULACIÓN DE CASOS:

No aplica.

ANTECEDENTES/PEDIDOS DE INFORME:

No aplica.

NOTIFICACIONES:

No aplica.

CONTESTACIONES:

No aplica.

ANÁLISIS:

De la lectura de la denuncia, se colige la disconformidad del denunciante con relación a la supuesta adjudicación a favor del Consorcio ARAPOTY conformado por la empresa GAUSS S.A. y la firma Unipersonal Dionisio Amarilla; en razón de que, el oferente debió presentar el Formulario N°9 que corresponde a la Planta Industrial habilitada por el Ministerio de Industria y Comercio y, según el denunciante esto no fue posible ya que la dirección declarada como fábrica era un baldío al momento de la presentación de la oferta. Así también alega que, en la Sección II Criterios de Evaluación y Calificación punto 2.

Abg. Tania Ledesma
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Ma. Eugenia Otazo
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

Requisitos para la Calificación Posterior inc. B) Experiencia y Capacidad Técnica., específicamente numeral 2. Capacidad; representantes de la empresa GUAUSS S.A influenciaron a la Convocante a ampliar los periodos a ser tenidos en cuenta en la experiencia y capacidad requerida mediante la emisión de la Adenda N°4 al PBC.

Visto el Portal de Contrataciones Públicas la Convocante por Adenda N°4 de fecha 28 de octubre de 2019, específicamente en lo que refiere a Experiencia y Capacidad Técnica numeral 2, ha modificado los periodos a ser tenidos en cuenta en la fabricación mínima del 20% de las cantidades máximas de bienes ofertados a 10 años.

Al respecto, cabe señalar que el denunciante desde la fecha de publicación del pliego así como de sus adendas, tuvo la oportunidad de solicitar en caso de dudas, aclaraciones[1] respecto a los términos y/o condiciones del llamado, o en su defecto, presentar formal protesta contra el pliego y/o sus adendas al no estar conforme con las modificaciones dispuestas por la Entidad Convocante.

Al presentar oferta en el marco del presente llamado, el denunciante/oferente aceptó los parámetros y condiciones del pliego de bases y condiciones como de sus adendas. Igualmente es necesario recordar que la "*...necesidad de que las ofertas que hagan los licitadores guarden conformidad con el pliego de condiciones resulta fácilmente comprensible, ya que si tal conformidad no existiere, las ofertas o propuestas no estarían de acuerdo con el 'pedido' de ofertas a que se refiere el llamado a licitación...*"[2] (Sic), por ende, mal podría cuestionar los lineamientos de las bases concursales en esta etapa procesal.

Es importante destacar que, del propio texto de la denuncia surge que en el marco del procedimiento licitatorio de referencia se realizó la apertura de sobres y, el procedimiento licitatorio se encuentra en etapa de evaluación de ofertas, por tanto, esta Dirección Jurídica no puede intervenir ni expresar parecer alguno durante esta etapa, ya que cualquier intento de influir sobre el sentido de la decisión del comité de Evaluación, puede ser considerada falta grave, de conformidad a lo establecido en el Art. 27 de la Ley 2051/03 De Contrataciones Públicas, la cual reza: "*Será considerada falta grave el intento de influir sobre el sentido de la decisión de los miembros del Comité de Evaluación, a través de cualquier procedimiento que pueda afectar su independencia de criterio*".

En razón de que, la denunciante solicita se revoque el informe de adjudicación en caso que la ANDE decida adjudicar al Consorcio ARAPOTY en algunos de los lotes ofertados, le recordamos que, la PROTESTA es el mecanismo de impugnación previsto en la normativa, al que deben recurrir las partes si es que consideran que se ha vulnerado los derechos de los oferentes en el proceso de contratación o consideran que se han lesionado sus derechos como oferentes en el proceso de contratación.

Igualmente, se deja en claro que **no habiéndose dictado aún la resolución de adjudicación** en el proceso de referencia, no existe acto administrativo que cause agravio alguno, lo que sumado al periodo de confidencialidad que rodea a esta etapa

[1] Art. 39 del Decreto Reglamentario N°21909/03.-
[2] MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A, LexisNexis, p, 230.

Abg. Tania Ledesma
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Ma. Eugenia Otazo
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

del proceso, hace que la utilización de los mecanismos de impugnación, se encuentren condicionadas al pronunciamiento de la Convocante, en cuanto al resultado del proceso -conforme lo manda el último párrafo del art. 28 de la Ley 2051/03 De Contrataciones Públicas - que reza: "*La Convocante dará a conocer la adjudicación de la licitación en acto público, dentro de un plazo que no deberá exceder de veinte días calendario desde la fecha de apertura de ofertas, pudiendo diferirlo hasta por otros veinte días calendario, debiendo constar la adjudicación en un acta que firmarán los asistentes que lo deseen. En sustitución de dicho acto público, la Convocante podrá optar por notificar la adjudicación de la licitación por escrito a cada uno de los participantes, dentro de los cinco días calendario siguientes a su emisión*".

Una vez que se proceda a emitir la Resolución de Adjudicación en su caso, se podrá solicitar el informe del Comité de Evaluación -según el Art. 65º del Decreto Reglamentario N° 21.909/03- y, en caso de que el denunciante considere que efectivamente existe una irregularidad en la adjudicación tiene la potestad de recurrir ante esta Dirección Nacional, ya sea por medio de una Denuncia o Protesta, según el caso.

La protesta es un mecanismo de impugnación regulado en los Art. 79 y 80 de la Ley 2051; y Arts. 118 y siguientes del Decreto reglamentario 21.909. Asimismo, es reglamentado por el Decreto N° 7434 "*Por el cual se establecen ciertas Reglamentaciones para los Procesos Sustanciados en la Dirección Jurídica de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP)*", ART. 2° De la forma en cuanto a la presentación de protesta y denuncias. Así también, se señala que se encuentra vigente la Resolución DNCP N° 2077/15 "*Por la cual se disponen los requisitos mínimos a ser considerados para la Admisión y Tramitación de las Protestas a ser sustanciadas contra Procesos de Contratación regidos por la Ley 2051/03, sus modificaciones y reglamentaciones y se deroga la Resolución DNCP N° 1220/2009*" y la Resolución DNCP Nº 378/2017 "*POR LA CUAL SE APRUEBA LA IMPLEMENTACIÓN DEFINITIVA Y EL REGLAMENTO DEL MÓDULO DE PROTESTAS ELECTRÓNICAS DEL SISTEMAS DE INFORMACIÓN DE INFORMACIÓN DE CONTRATACIONES PÚBLICAS, EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN REGIDOS POR LA LEY Nº 2051/03 Y SE DEROGA LA RESOLUCIÓN DNCP Nº 2076*".

A continuación, señalamos las condiciones exigidas para dar trámite al pedido, recalcando que las referidas resoluciones puede encontrarlas en el Portal de Contrataciones, Sección Marco Legal:

- ACREDITAR el interés legítimo
- LOS HECHOS deben formularse bajo fe de juramento.
- ACREDITAR fehacientemente la personería invocada, acompañando la documentación que la demuestre, conforme al Art. 3° de la Res. DNCP N° 2077/15.
- DECLARAR una dirección de correo electrónico oficial. Este es un campo obligatorio ya que a través del correo declarado se realizarán las notificaciones que sean necesarias y el seguimiento del proceso.
- INDICAR el llamado objetado y la Convocante, así como los ítems o lotes impugnados – conforme al sistema de adjudicación, de acuerdo a lo establecido en el art. 2 del Decreto 7434/2011.

Abg. Tania Ledesma
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Ma. Eugenia Otazo
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

Entonces, según lo indicado por las normativas precedentemente mencionadas, **toda persona que tenga un interés legítimo podrá presentar protesta dentro del plazo de 10 días hábiles desde que toma conocimiento del hecho que a su entender es irregular**, variable según la fecha que haya recibido la notificación de la resolución de adjudicación o solicitud de copia del informe de evaluación que suspendería dicho plazo hasta tanto se haga entrega de una dicha copia al oferente.

Por todo lo expuesto, en base a lo denunciado y al hecho que el denunciante cuenta con mecanismo de impugnación pertinente de la PROTESTA, en virtud de lo dispuesto en el Art. 13 del Decreto 7434/11, 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*", se ordena el cierre de las denuncias individualizadas como CASOS N° 394 y N°395. -

ABG. TANIA LEDESMA
Jueza Dpto. de Investigaciones -DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

ABG. MARIA EUGENIA OTAZO APONTE
Directora Jurídica – DNCP