Dictamen DNCP/DJ N° 13.609/19

DATOS DEL PROCEDIMIENTO

Procedimiento Jurídico:	Cierre Directo
Fecha de Dictamen:	25/10/2019
ID:	368815
Procedimiento de Contratación:	Licitación Pública Nacional
Modalidad Complementaria:	Subasta a la Baja Electrónica
Nombre de la Licitación:	Adquisición de equipos informáticos
Entidad Convocante:	Instituto Forestal Nacional
Denunciante:	Sistema de Gestión de Denuncias. Bajo Protección. Caso 322
Tema General:	Pliego de Bases y Condiciones
Tema Específico:	EE.TT. limitativas, restrictivas o direccionadas

RESULTADO

1. Se ordena el cierre del Caso N° 322.

CUESTIÓN CONTROVERTIDA

El denunciante indica que en el ITEM 1: SERVIDOR DE BASE DE DATOS, el sistema operativo NEOKYLIN 6.X, 7.X limitaría la participación de potenciales oferentes. Se solicitó parecer técnico a la Dirección de Tecnología de la Información de la DNCP quienes refieren que no se podría afirmar que el requerimiento impugnado está direccionado, en razón a que existen varios fabricantes de origen chino que soportan el Sistema Neokylin, en consecuencia, se ordena el cierre del caso, además se indica que la protesta es la vía pertinente para impugnar el pliego de bases con que cuentan los potenciales oferentes sumado a la falta de prueba respecto al carácter limitativo de dicho requisito.

Abg. Thania Ferreira Burgos
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abg. Ma. Eugenia Otazo
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

DENUNCIA:

En fecha viernes 04 de octubre de 2019, a las 17:00 horas, ingresa denuncia a través del Módulo de Investigaciones Electrónicas, que refiere lo siguiente:

"Por medio de este escrito, formulo denuncia contra la licitación mencionada en la referencia debido a que en el PLIEGO DE BASES Y CONDICIONES y ADENDAS MODIFICATORIAS de la misma se han detectado irregularidades contrarias a los Principios que rigen las compras efectuadas por el Estado, específicamente en cuanto a la Igualdad y libre Competencia que como principio general se refiere. En primer lugar, se hace constar que se formula la presente denuncia ante la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas de conformidad con lo estatuido en el Art. 1° de la Ley N° 3.439 "Que modifica la Ley N° 2051/2003 "De Contrataciones Públicas" y establece la Carta Orgánica de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas", la cual, textualmente establece: "Articulo 70, Facultades de Verificación.- "La Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP) verificará que los procedimientos de contrataciones públicas en cualquier etapa de su ejecución, se realicen conforme a lo establecido en esta Ley, la Ley N° 2051/2003 " De Contrataciones Públicas" y demás normas reglamentarias implementando los mecanismos y procedimientos de verificación que considere oportunos", y en concordancia con lo prescripto en el Artículo 82, " (...) la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP) tendrá un plazo que no excederá de quince días calendario, contados a partir de la fecha en que se tenga conocimiento del acto irregular, para iniciar la investigación. Deberá emitir la resolución correspondiente dentro de los sesenta días hábiles siguientes (...) Durante la tramitación de la protesta o la investigación de oficio de los hechos a que se refiere ese artículo, la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP), podrá suspender el procedimiento de contratación, conforme a sus respectivas competencias, cuando: a) existan indicios serios de actos contrarios a las disposiciones de esta ley o a las que de ella deriven, o bien, que de continuarse con el procedimiento de contratación pudieran producirse daños o perjuicios a la Convocante de que se trate (...) Si como consecuencia de la investigación de oficio se confirmare la trasgresión legal de el o los actos investigados, la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP) podrá anular los términos investigados, la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP) podrá anular los términos y/o requisitos de los llamados o los procedimientos y/o contratos que no se ajusten a la disposiciones de la Ley N° 2051/2003 "De Contrataciones Públicas" y su reglamentación. En consecuencia, a continuación, se pasan a exponer los hechos que tornan irregulares el actuar de la Convocante, en lo que a la elaboración de las especificaciones técnicas del Pliego de Bases y Condiciones se refiere, específicamente en el ITEM 1: SERVIDOR DE BASE DE DATOS. En el mencionado ítem solicitan la compatibilidad de los siguientes sistemas operativos: [print del pliego subítem 13]. Al respecto mencionamos que la solicitud del soporte al sistema operativo NEOKYLIN 6.X, 7.X es una clara limitación técnica para ofertar servidores de las principales fabricantes en este rubro y en consecuencia, limita la participación de potenciales oferentes, en detrimento directo a los beneficios reales de la Convocante, ya que la misma contará con un menor número de ofertas y opciones que podrán considerarse como más beneficiosas para la misma; ya que los únicos que de manera oficial, tienen publicado el soporte a dichos sistemas operativos son los fabricantes chinos de las marcas HAUWEI y LENOVO, limitando alevosamente la participación de oferentes dentro del llamado en cuestión. Esto en una clara violación a uno de los Principios Generales que deben regir en los procesos licitatorios del Estado, específicamente el Principio de Igualdad y Libre Competencia, establecido en el inciso b) del artículo

Abg. Thania Ferreira Burgos
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Mª. Eugenia Olazar
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

4 de la Ley 2051/2003 "De Contrataciones Públicas", el cual establece: "Igualdad y Libre Competencia: Permitirán que todo potencial proveedor o contratista que tenga la solvencia técnica, económica, y legal necesaria y que cumpla con los requisitos establecidos en esta ley, en su reglamentos, en las bases o pliegos de requisitos y en las demás disposiciones administrativas, este en posibilidad de participar sin restricción y en igualdad de oportunidades en los procedimientos de contrataciones públicas". Lo cual se condice con el Art. 20° de la misma ley "Para la participación, contratación o adjudicacion en adquisiciones, locaciones, servicios u obras públicas, no se podrán exigir a los participantes requisitos distintos a los señalados por esta ley, ni se podrán establecer elementos que no resulten técnicamente indispensables, si con ello limitan las posibilidades de concurrencia a eventuales proveedores o contratistas?". La compatibilidad solicitada para dicho sistema operativo deviene como técnicamente NO INDISPENSABLE. A más de lo expuesto se debe tener en cuenta que la Convocante está? solicitando licencias de la plataforma MICROSOFT para implementarlo en estos servidores, por lo cual, técnicamente ni siquiera es necesario tener el soporte para el sistema que deviene como técnicamente innecesario y restrictivo. Cabe mencionar además que dicho sistema operativo incluso es considerado como desarrollado para PCs y/o workstations, ver información en el link de referencia: https://es.wikipedia.org/wiki/Kylin. En virtud a las restricciones y direccionamientos señalados, nos llama poderosamente la atención que, conforme se puede observar en la Página de la Dirección Nacional de Contrataciones, ya se encuentra instaurada una protesta contra el Pliego de Bases y Condiciones del llamado en cuestión, sin embargo, pese a este hecho y sin que la mencionada protesta haya sido resuelta por la autoridad competente, la Convocante no ha postergado la fecha de carga de propuestas para la realización de la Subasta Electrónica, es decir, que poco o nada incumbió a la Convocante que ya se haya instaurado una protesta por el carácter restrictivo de su Pliego de Bases y Condiciones y en consecuencia, prosiguió el curso normal de su llamado sin tener en cuenta todas las inobservancias legales del mencionado documento; ya que as? las cosas, en el eventual caso de que la Dirección Nacional de Contrataciones haga lugar en todo o parte a la mencionada protesta, la misma no tendrá ya efectos sobre las condiciones del llamado ya que el proceso de subasta electrónica, así como el acto de apertura física de sobres ya estarán finalizados. Si se analizara detenidamente la presente denuncia, se podrá? observar que la actuación de la convocante, al no postergar la fecha de la carga de la Subasta Electrónica hasta tanto se tenga por resuelta la protesta instaurada, ha sido parcialista y arbitraria, en una clara inobservancia de los principios de igualdad, legalidad y parcialidad, principios fundamentales en el derecho público a fin de evitar arbitrariedades y abuso de poder. En definitiva, no existen razones claras, precisas, técnicas y valederas que justifiquen la decisión adoptada por la Convocante de mantener el Pliego de Bases y Condiciones con las condiciones y requisitos insertos hasta el día de la presente denuncia. La presente denuncia encuentra sustento en lo dispuesto en el Art. 3° inciso 5) de la Convención Interamericana contra la corrupción, Artículo 106 y 128 de la Constitución Nacional de la República del Paraguay, los Artículos 4°, 26, 27, 28, 70, 76 y 82 de la Ley N° 2051/03, con sus leyes, decretos y resoluciones modificatorias y en las demás disposiciones legales y del PBC que rigen la materia. Por lo tanto, al Señor Director Nacional, se solicita cuanto sigue: Tenga por presentada esta formal denuncia contra la el PLIEGO DE BASES Y CONDICIONES y ADENDAS MODIFICATORIAS dentro del marco de la: LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL SBE N° 02/2019 "ADQUISICIÓN DE EQUIPOS INFORMÁTICOS" - ID N° 368.815 convocada por el INSTITUTO FORESTAL NACIONAL" por la existencia de graves irregularidades y actos contrarios a la Ley N° 2051/2003 existentes y que fueran señaladas en el cuerpo de este escrito".

Abg. Thania Ferreira Burgos
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Ma. Eugenia Duarte
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

ACUMULACIÓN DE CASOS:

No aplica

ANTECEDENTES/PEDIDOS DE INFORME:

Informe al Departamento de DTI de la DNCP en fecha 08 de octubre de 2019.

NOTIFICACIONES:

No aplica

CONTESTACIONES:

El Departamento de Tecnología de la Información de la DNCP, indica respecto al pedido de informe solicitado: "Existen varios fabricantes de origen chino que soportan el Sistema Neokylin como Huawei, Lenovo y Supermicro. Así que no podría decir que esto está direccionado".

ANÁLISIS:

De la denuncia transcripta se colige el interés particular que tiene el impugnante bajo protección en participar en el marco del llamado de referencia, así como en la reformulación de las especificaciones técnicas y/o condiciones insertas en las bases del llamado. Específicamente el denunciante cuestiona que el requerimiento del **ITEM 1: SERVIDOR DE BASE DE DATOS** ***<solicitud del soporte al sistema operativo NEOKYLIN 6.X, 7.X>*** es una clara limitación técnica para ofertar servidores de las principales fabricantes en este rubro, ya que la misma contará con un menor número de ofertas y opciones que podrán considerarse como más beneficiosas para la Convocante.

En primer término, se indica que se solicitó a la Dirección de Tecnología de la Información de la DNCP un parecer técnico sobre si el sistema operativo NEOKYLIN 6.X, 7.X resultaría limitativo para la participación de potenciales oferentes en el marco del llamado en cuestión; al respecto la mencionada Dirección refirió que existen varios fabricantes que soportan el Sistema Neokylin como Huawei, Lenovo y Supermicro y que no podría decirse en estos términos que el llamado se encuentra direccionado; en virtud a ello se podría concluir que dicho ítem de forma aislada como lo indica el denunciante en su denuncia no reviste carácter restrictivo a la participación de potenciales oferentes. Amén de esto, tampoco el denunciante adjuntó documento respaldatorio alguno que sirva de elemento suficiente para el inicio de una investigación sobre los hechos alegados.

Asimismo, teniendo en cuenta que la fecha de etapa competitiva se encontraba fijada para el día Lunes 07 de octubre de 2019, a las 08:50 horas y su denuncia fue ingresada el viernes anterior en horas de la tarde, señalamos que, de pretender el

Abg. Thania Ferreira Burgos
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Ma. Eugenia Otazú
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

denunciante <*la suspensión de la realización del acto de apertura*> la misma debió ser planteada a más tardar dos días hábiles antes de la fecha prevista para el acto de apertura de ofertas del proceso impugnado, tal como lo describe la normativa vigente –art. 5° del Decreto Reglamentario N°7434/11-*"Por el cual se establecen ciertas Reglamentaciones para los Procesos Sustanciados en la Dirección Jurídica de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP)"*. Cabe destacar que, la fecha de inicio de la etapa de competencia en los procesos licitatorios bajo la modalidad de subasta a la baja electrónica se equipara a la fecha de apertura de ofertas de los llamados licitatorios por las modalidades convencionales.

Así también, se indica que, se encuentra vigente 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"*; por ende, el denunciante debió protestar contra las bases concursales, puesto que, las bases de la convocatoria solo pueden ser modificadas de manera previa a la etapa citada. Atendiendo a la *"NATURALEZA CONTRACTUAL DE LOS PLIEGOS"* como conjunto normativo y regulador del relacionamiento entre la Administración y el Adjudicado, necesariamente el PBC debe adquirir *"FIRMEZA JURÍDICA"* con respecto a los participantes y, especialmente con respecto al adjudicado.

"...Los pliegos de las licitaciones o concursos públicos contienen un conjunto de prescripciones que comprenden desde reglas de procedimiento, requisitos técnicos y financieros de las ofertas y criterios de selección hasta cláusulas de naturaleza contractual que regirán la futura relación con el adjudicatario..."[1];

"...Antes de la publicidad de los pliegos -requerida normativamente- no operan efectos jurídicos directos en la esfera de los particulares interesados, por lo que permanecen como actos internos de la Administración. Pero una vez que han cobrado publicidad, los pliegos asumen una condición normativa o reglamentaria hasta el momento de la presentación de las ofertas... A partir de allí y hasta la adjudicación, los pliegos no pierden su carácter normativo o reglamentario, aunque bajo un régimen peculiar que, en principio, excluye la posibilidad de modificar las reglas de juego sobre las cuales los oferentes formularon sus propuestas..."[2].

En tal entendimiento, **la denuncia a través del Sistema de Protección al Denunciante no constituye la vía pertinente para subsanar la debida diligencia que deben guardar los potenciales oferentes participantes de un llamado licitatorio,** los cuales deben ser coadyuvantes de la Administración.

El particular interesado en contratar con el Estado desde el momento que tiene conocimiento de las bases y condiciones del llamado al cual pretende presentarse a participar se convierte indefectiblemente en coadyuvante del Estado en su tarea

[1] CASSAGNE, Juan Carlos. "EL CONTRATO ADMINISTRATIVO". Tercera Edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires – Argentina, Año: 2009, pág. 75.-
[2] Ob. cit. pág. 75 y 76.

Abg. Thalía Ferreira Burgos
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Adriana Buongiorno Ulrich
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

de satisfacer a través del procesamiento de contratación las necesidades públicas en miras del bien común, es por esto que, los ejercicios de las prerrogativas legales deben ser ejercidas de manera responsable y con la debida diligencia.

Por último, respecto a lo manifestado en la denuncia "*es de observar que la actuación de la convocante, al no postergar la fecha de la carga de la Subasta Electrónica hasta tanto se tenga por resuelta la protesta instaurada, ha sido parcialista y arbitraria*", aclaramos al denunciante que, en el marco de la protesta promovida por la firma G y L SRL contra el pliego de bases y condiciones, se ha impugnado otros requerimientos distintos al aquí impugnado, por lo que mal podría esta Dirección Jurídica tener en consideración la protesta instruida para determinar la conducta de la convocante y menos señalarla como arbitraria, pues no mediando suspensión de la etapa de competencia por parte de la DNCP, es potestad de la Convocante prorrogar o no dicha etapa, además de otorgársele en protesta la oportunidad procesal mediante su descargo de indicar las razones del porque necesitan de tal o cual requisito o condición dispuesta en las bases concursales, no pudiendo la DNCP restringir el derecho a la defensa de la Convocante sobre la base de simples especulaciones.

Finalmente, en base a 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*", **corresponde ordenar el cierre del CASO 322, por no haber utilizado el denunciante la vía procesal pertinente de la PROTESTA, en tiempo y forma oportunos.**

ABG. THANIA FERREIRA BURGOS
Jueza Instructora - Investigaciones – DNCP

DIRECCION NACIONAL DE CONTRATACIONES PUBLICAS

ABG. MARIA EUGENIA OTAZO APONTE
Directora Jurídica - DNCP