DNCP/DJ N°3152/19

CASOS 59 y 60

Asunción, 19 de marzo de 2019.-

DENUNCIAS RECIBIDAS A TRAVES DEL MÓDULO DE INVESTIGACIONES ELECTRÓNICAS CON PROTECCIÓN AL DENUNCIANTE REFERIDAS A SUPUESTAS IRREGULARIDADES EN EL MARCO DEL LLAMADO A LA LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL SBE N° 12/18 PARA LA ADQUISICIÓN DE EQUIPOS INFORMATICOS Y OTROS, CONVOCADO POR EL MINISTERIO PÚBLICO – (ID 339.621). ----------

A partir de las denuncias recibidas en fecha 27 de febrero de 2019 a través del Sistema de Gestión de Denuncias del Portal de Contrataciones Públicas –MÓDULO DE INVESTIGACIONES ELECTRÓNICAS, Resolución DNCP N°718/18- e individualizadas como Casos N° 59 Y N° 60; esta Dirección Jurídica, luego del estudio de las mismas realiza este Dictamen Conclusivo, en base a las consideraciones de hecho y derecho que se exponen a continuación: ----------

Que, las denuncias referidas señalan –de forma idéntica- entre otras cosas lo siguiente: *"....Tipo de Procedimiento LPN - Licitación Pública Nacional. Publicación de la Convocatoria 22-06-2018. Fecha de Inicio de Propuestas 13-08-2018. ETAPAS Y PLAZOS. Fecha de Inicio de Propuestas. lunes, 13 de agosto de 2018 - 08:00. Fecha Límite de Propuestas. martes, 14 de agosto de 2018 - 08:00. Inicio de la Etapa Competitiva. martes, 14 de agosto de 2018 - 08:10. Cierre de la Subasta. martes, 14 de agosto de 2018 - 10:47:34. Fecha de Apertura de Ofertas. viernes, 17 de agosto de 2018 - 09:15. Como se puede notar en los datos más arribas, en fecha 14 de agosto de 2018, ha sido llevada a cabo la sesión pública virtual de SBE del presente llamado, resultando posteriormente adjudicadas dos empresas, (Bullers s.a. y Parasur). Ahora bien, en fecha 17 de agosto de 2018 se llevó a cabo la apertura de ofertas físicas y, en dicho acto, varias empresas han presentado sus documentos que componen la oferta fechados tal como lo dispone puntualmente la observación contenida en la IAO 23.2. "Presentación de los documentos de la oferta" del PBC que dice: "La fecha del formulario de apertura física no debe ser posterior a la fecha de Presentación y Apertura Física, sin perjuicio de la validez establecida en la IAO SBE 19.*

Abog. Melody Martinez
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Ma. Eugenia Otazo
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

(g)". En relación a ello, el comité de evaluación integrado por: CLAUDIO ACOSTA MIR, JUAN BOGADO, GUSTAVO IBARRA, MICHAEL MARTINEZ, JERKIN GARCIA Y EL DIRECTOR DE LA UOC, GUSTAVO MARECOS, recomiendan descalificar a 10 empresas de las 12 empresas que han participado de la licitación, atendiendo a una circular dncp 22/18 que entre otras cosas aclara lo siguiente "...La fecha incluida en el /los documentos y formularios que componen la oferta no deberá ser posterior a la fecha establecida para el inicio de la etapa competitiva...". Señor Director Nacional, si bien es cierto que dicha circular "circulariza" el criterio en relación al fechado de /os documentos, no es menos cierto que el PBC es el que "regula" el proceso de contratación en particular y es la "ley entre las partes", siendo que en el mismo se ha establecido de manera expresa que la fecha máxima a ser consignada en el formulario en cuestión no debe ser posterior al acto de apertura física, ello es algo que no puede ser desatendido alegremente por la convocante, invocando una circular. Teniendo en cuenta que el presente procedimiento licitatorio se llevó a cabo bajo la modalidad de Subasta a la Baja Electrónica, se indica que esto supone una competencia en un ambiente virtual, en el que la propuesta realizada por los competidores se realiza íntegramente a través de internet, con reglas claras y concretas para su utilización, entre las que se encuentran una serie de actos de aceptación del contenido de la información proporcionada, lo que sumado a la aceptación de los términos y condiciones establecidos que realiza el particular al momento de solicitar su usuario y contraseña, vinculan perfectamente a la información proporcionada en la etapa virtual, con el postor que hubiera resultado con la menor oferta en términos de precios. Ahora bien, el Art, 25 del Decreto N" 1 107/14 "Por el cual se establece el procedimiento de la Subasta a la Baja Electrónica" define que las propuestas podrán ser retiradas, modificadas o editadas por el oferente hasta antes de la fecha y hora fijadas para el cierre de la "carga de propuestas", por lo que esta etapa se equipara a la etapa de "presentación de ofertas" de una modalidad convencional y ya en la "etapa competitiva" no podrá retirarse la oferta, siendo criterio de esta Dirección Nacional que esta etapa se equipara a la "apertura de ofertas física" propiamente, de una modalidad convencional de llamado. No obstante, en el caso que nos ocupa se verifica una particularidad: las bases licitatorias establecían que la fecha del formulario de oferta no debía ser posterior a la fecha de presentación y apertura física, fecha que fuera consignada por varios ofertantes -circunstancia que les valió la descalificación de sus oferta-, lo cual evidencia que la misma inducia al error a los oferentes en lo que refiere al llenado del campo fecha en el formulario en cuestión. Siguiendo con el razonamiento anterior se indica que no

Abog. Melody Martínez
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Ma. Eugenia Otazú
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

se debe olvidar la entidad que posee este documento -Pliego de Bases y Condiciones-, pues al ser el instrumento que establece los lineamientos que deben seguir tanto oferentes como la Convocante ninguna de las partes intervinientes en un proceso de contratación pública pueden apartarse de lo dispuesto en el mismo, ni siquiera los miembros del comité del ministerio público, que a mi entender han burlado lo establecido en el pliego de bases y condiciones de esta licitación. La doctrina, respecto al contenido del pliego de bases y condiciones esgrime "Una vez establecidos los criterios o pautas que guían la toma de decisión de la Administración, y dentro del margen de libertad permitido por la ley, ninguna decisión podrá tomarse más allá o más acá de tales estipulaciones. Vale decir, la Administración no podrá ser ni más benevolente ni más estricta en la evaluación de lo que permitan los criterios fijados en el pliego. Atendiendo a lo expuesto anteriormente y en razón a que el comité de evaluación a descalificado a 10 de las 12 ofertas, sin leer el pliego de bases y condiciones, además no se verifica entre los documentos publicados que la Convocante haya modificado la disposición establecida en la IAO N'23.2, de conformidad a lo que estipulado en la Circular DNCP N" 22_2018, se solicita VERIFICAR TODOS LOS DATOS CONSIGNADOS EN ESTA DENUNCIA, INICIAR UNA INVESTIGACION, ANULAR LA ADJUDICACION, Y DECLARAR IRREGULAR LA LICITACION, POSTERIORMEENTE REMITIR LOS ANTECEDENTES A LA FISCALIA DE DELITOS ECONOMICOS PARA LA APERTURA DE UNA CARPETA PENAL CONTRA LOS INDIVIDUALIZADOS EN ESTA DENUNCIA. La propia DNCP podrá corroborar que la licitación se encuentra pagada y los datos de los pagos están publicados en el portal de contrataciones públicas, algo totalmente irregular teniendo en cuenta que cuenta con 2 protestas, y la dncp ha recomendado no continuar con el proceso de la ejecución del contrato, aun así, desoyendo han ejecutado y pagado la licitación. De lo expuesto solicitar a la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas tome intervención en el presente caso conforme a los términos expuesto en la presente denuncia, pues existiendo una actuación irregular tanto del comité de evaluación, la propia adjudicación y la ejecución del contrato, deviene necesaria la intervención de la DNCP, y su posterior pronunciamiento sobre la misma y sus consecuencias". --

De la lectura de las denuncias, se colige la disconformidad del denunciante con relación a la postura adoptada por parte del Comité Evaluador de la Convocante -Ministerio Público- en relación a la descalificación de varias empresas oferentes que han presentado en el marco del llamado de referencia realizado bajo la modalidad de subasta a la baja electrónica, el Formulario

Abog. Melody Martinez
Dirección Jurídica
Jueza Instructora

Abg. Ma. Eugenia Otazo
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

de Ofertas con fecha posterior a la de etapa competitiva, indicando que, el pliego de bases y condiciones permitía a los oferentes presentar la documentación con fecha a la apertura física. ---

Agrega el denunciante que el criterio de descalificación utilizado por la Convocante se encuentra en contraposición a su propio Pliego, siendo que el mismo establece de manera expresa que la fecha máxima a ser consignada en el formulario no debe ser posterior al acto de apertura física, pero que la misma no ha sido tomada en cuenta atendiendo a la Circular DNCP 22/18; por lo que, concluye el denunciante que lo establecido en el PBC y lo dictado en la citada circular inducía al error a los oferentes en lo que refiere al llenado del campo fecha del formulario en cuestión, solicitando a la Dirección Nacional de Contrataciones inicie una investigación de oficio al respecto. ----------

Por último, manifiesta el denunciante que la licitación se encuentra pagada pese a que la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas haya recomendado la suspensión del procedimiento licitatorio en virtud de la sustanciación de dos protestas. ----------

En primer lugar, es menester tener en cuenta que, los hechos aquí denunciados ya fueron objeto de estudio por parte de esta Dirección Nacional y en tal sentido, por **Resolución DNCP N°666/19 de fecha 25 de febrero de 2019** (publicada en el Portal de Contrataciones Públicas), la Dirección Nacional resolvió en el marco de los autos caratulados "*PROTESTA PROMOVIDA POR LAS FIRMA OFFICE COMPU S.A. CONTRA LA ADJUDICACION DE ITEM N° 1 REALIZADA A FAVOR DE LA FIRMA PARASUR S.A EN EL MARCO DE LA LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL SBE N° 12/18 PARA LA ADQUISICIÓN DE EQUIPOS INFORMATICOS Y OTROS, CONVOCADO POR MINISTERIO PÚBLICO – (ID: 339.621)*"; RECHAZAR las pretensiones de la firma recurrente, presentada en los mismos términos que la presente denuncia. ----------

Al respecto, según lo indicado en el párrafo anterior, la DNCP –en oportunidad a la protesta- sienta el siguiente criterio, que entre otras cosas expresa: "*el momento de ofertar en el proceso de Subasta a la Baja Electrónica es durante la Sesión Publica Virtual, y no en el Acto de presentación física de ofertas, puesto que en dicho acto meramente se instrumentan las ofertas en formato material o físico, en tal sentido, resulta más que categórico que en el primero de ellos SESION PUBLICA VIRTUAL el oferente ya debe encontrase cumpliendo con todos los requerimientos y no solamente a partir del acto de presentación física, por lo que no existe error al descalificar a la*

Abog. Melody Martínez Dirección Jurídica DNCP Jueza Instructora

Abog. Ma. Eugenia Otazú Directora Dirección Jurídica - DNCP

misma en la presente licitación puesto que las desviaciones incurridas revisten carácter sustancial y no resulta pasible de exoneraciones ni subsanación posterior". ----------

Continúa diciendo que: "***la documentación pertinente que formara parte de las ofertas debe cumplir con los recaudos previstos a la fecha de la Etapa Competitiva*** *por lo que resulta importante analizar las fechas establecidas para la Carga de Propuestas y el Inicio de la Etapa de Competencia de las Ofertas establecidas por la Convocante en las bases del llamado, en este caso, la Etapa Competitiva fue fijada para el 14 de agosto de 2018, fecha que debió ser tenida en cuenta por los oferentes al momento de presentar la oferta y principalmente tener presente que, la fecha de emisión de los documentos requeridos sea anterior a esta etapa, por lo que las documentaciones a ser presentadas debieron encontrarse vigentes como fecha tope al 14 de agosto de 2018, para su efectiva consideración*". [El resaltado es nuestro]. ----------

Es así que, cabe resaltar la particularidad de la Subasta a la Baja Electrónica que supone una competencia en un ambiente virtual, en el que la propuesta realizada por los competidores se realiza íntegramente a través de Internet, con reglas claras y concretas para su utilización. El Art. 25 del Decreto N° 1107/14 *"Por el cual se establece el procedimiento de la Subasta a la Baja Electrónica*" define que las propuestas podrán ser retiradas, modificadas o editadas por el oferente hasta antes de la fecha y hora fijadas para el cierre de la "*Carga de Propuestas*", por lo que, esta etapa se equipara a la etapa de "*Presentación de Ofertas*" en la modalidad convencional y ya en la *"Etapa Competitiva*" no podrá retirarse la oferta, siendo criterio de esta Dirección Nacional que esta etapa se equipara a la "*Apertura de Ofertas Física*" propiamente, de una modalidad convencional de llamado.----------

No obstante, es importante mencionar que, en la protesta supramencionada se constató que la firma recurrente OFFICE COMPU S.A. no habría presentado en forma el formulario correspondiente a la Declaración Jurada del Artículo 20 inciso "w" y el artículo 40 de la Ley N° 2051/03, documento de carácter sustancial y no formal, por ende, se observó que las ofertas deben contener toda la información e información ahí dispuesta agrupada de acuerdo a las formalidades para su diligente y oportuna presentación, siendo responsabilidad exclusiva de los oferentes adecuar su propuesta a lo solicitado en las bases concursales. ----------

Abog. Melody Martínez
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Ma. Eugenia Otazo
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

Por tanto, la Dirección Nacional resolvió —*1º. RECHAZAR LA PROTESTA promovida por la firma OFFICE COMPU S.A contra la ADJUDICACIÓN del ITEM N°1 realizada a favor de la firma PARASUR S.A. en el marco de la LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL SBE N° 12/2018 para la "ADQUISICIÓN DE EQUIPOS INFORMÁTICOS Y OTROS", convocada por el MINISTERIO PÚBLICO, ID. N° 339.621. y en consecuencia CONVALIDAR lo actuado por la convocante en atención a los fundamentos expuestos en la presente resolución*—. ----------

Ahora bien, figura en el portal de contrataciones, otra Protesta denominada "*PROTESTA PROMOVIDA POR LA FIRMA DATA LAB S.A. CONTRA LA DECLARACIÓN DESIERTA DE LOS ÍTEMS 6 Y 7 REALIZADA EN EL MARCO DE LA LPN SBE N°12/18 PARA LA ADQUISICIÓN DE EQUIPOS INFORMÁTICOS Y OTROS, CONVOCADA POR EL MINISTERIO PÚBLICO – ID 339.621*", en dicha oportunidad se constató que la fecha establecida en el Formulario de Oferta de la recurrente no desvirtuaba el contenido de la oferta en sí (dado que existe una puja virtual anterior en donde se consignan el precio efectivamente ofertado al Estado), por lo que, se indicó que la consignación de una fecha determinada en lo que respecta al formulario de oferta presentado en la etapa de presentación física de ofertas no constituye por sí misma un motivo de descalificación, resolviéndose así mediante **Resolución DNCP N°751/19**, HACER LUGAR A LA PROTESTA y retrotraer el proceso a la etapa de evaluación de ofertas en los ítems 6 y 7. ----------

Como podemos verificar, la situación de ambas recurrentes difería en cuanto que la falta de documentación en uno u otro caso afectaba o no la oferta en sí misma y sí se limitaba de manera sustancial o no los derechos de la Convocante o las obligaciones del oferente emanadas del contrato. ----------

En estos términos, mencionamos que el denunciante no arguye ninguna particularidad en concreto que pudiese rever la postura de la Dirección Nacional en uno u otro caso y mucho menos incidir en las adjudicaciones llevadas a cabo en el marco del presente llamado a favor de la firma PARASUR S.A. en los ítems 1 –Computadora personales (pc) de escritorio- y 2 –Computadora personales (pc) de escritorio- y, a favor de la firma BULLERS S.A. en el ítem 4 –UPS 700VA-. En consecuencia, no corresponde la apertura de investigación de oficio sobre las cuestiones ya estudiadas por esta Dirección Nacional, en vista que el denunciante no ha aportado hechos

Abog. Melody Martínez
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abog. Ma. Eugenia Otazo
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

nuevos y/o pruebas que pudiesen ser nuevamente analizadas por la DNCP, sino **se limita a exponer sobre la generalidad del supuesto de descalificación de varias empresas oferentes**.

Que, en cuanto a la recomendación de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas de suspensión del procedimiento licitatorio en virtud de la sustanciación de dos protestas, se aclara al denunciante que es potestad de la Entidad Convocante proceder a la suspensión o no del proceso licitatorio ante dicha recomendación por prudencia administrativa, asumiendo las consecuencias que deriva de su prosecución en caso de hacerse lugar a la protesta, salvo casos en donde se viera comprometido el interés público, en cuyo caso la Dirección actuará de oficio. ---

Que, vale traer a la vista las disposiciones contenidas 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***" *[El destacado es nuestro].* ----------

Finalmente, por lo expuesto y las aclaraciones efectuadas, esta Dirección Jurídica entiende que corresponde desestimar las Denuncias –Casos N° 59 y 60- por falta de méritos para iniciar una investigación de oficio y en razón de lo ya resuelto por la Dirección Nacional en el marco de las protestas supramencionadas, *con la salvedad de que de surgir reclamos puntuales y/o hechos nuevos actuaremos en el ámbito de nuestras competencias.* ----------

Abg. MELODY MARTINEZ
Jefa del Dpto. de Investigaciones – DNCP

Abg. MARIA EUGENIA OTAZO APONTE
Directora Jurídica – DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS