Dictamen DNCP/DJ N° 12.516/20

DATOS DEL PROCEDIMIENTO

Procedimiento Jurídico:	Cierre Directo
Fecha de Dictamen:	16/10/2020
ID:	384191
Procedimiento de Contratación:	Licitación Pública Nacional
Modalidad Complementaria:	No aplica.
Nombre de la Licitación:	Adquisición de Equipos Terminales Portátiles de Entrada de Datos para Levantamiento de Datos y Georeferencia Pre- Censo 2022.
Entidad Convocante:	Dirección General de Estadísticas, Encuestas y Censo.
Denunciante:	Sistema de Gestión de Denuncias Caso N°593/20.
Tema General:	Pliego de Bases y Condiciones.
Tema Específico:	EE.TT. limitativas, restrictivas o Direccionadas.

RESULTADO

1. Ordenar el cierre de la denuncia individualizada como Caso N°593/20.
2. Recomendar al denunciante proteste contra el pliego de bases y condiciones y sus adendas.
3. Comunicar a quienes corresponda y cumplido archivar.

CUESTIÓN CONTROVERTIDA

La denuncia refiere supuestas irregularidades en el marco del presente proceso licitatorio.

Alega que los requisitos de participación y criterios de evaluación solicitados en las bases concursales, estarían direccionadas hacia una marca en específico (UNITECH PA 760), representada en el país por EXCELSIS SA COMERCIAL IND. Y GANADERA (EXCELSIS SACIG), y que sería la única que califique el cumplimiento técnico de solución ofertada en conjunto con la experiencia requerida de la antigüedad de la marca en el mercado paraguayo.

Si bien la argumentación expuesta por el denunciante hace referencia a criterios puntuales de calificación, los mismos repercuten directamente en la capacidad de cumplimiento del requisito de los oferentes que tengan interés en participar, por lo tanto, estos potenciales oferentes -que se encuentran interesados en participar- son los que cuentan con un interés legítimo de impugnar requisitos por los cuales se sientan agraviados, por considerarlos limitantes; y a la vez éstos se vuelven coadyuvantes del Estado y se encuentran sometidos al deber de colaboración para que la entidad logre el fin del interés público que persigue.

Se ordena el cierre del Caso N°593/20, al constatarse un interés particular en la convocatoria, y en razón a que la vía de impugnación no es la denuncia sino la protesta, de conformidad a lo establecido en el art. 142 del Decreto Nº2992/19. .

DENUNCIA:

En fecha 13 de octubre de 2020, ingresa denuncia a través del Módulo de Investigaciones Electrónicas, individualizada como CASO 593/20.

La denuncia señala lo siguiente: *"Como ciudadano interesado en que la DNCP (Institución contralora de las licitaciones públicas) vele por el cumplimiento de las leyes en el marco de los procesos licitatorios en que se encuentra comprometido el erario público (más aun ante esta época de pandemia que afecta económicamente al país), vengo a denunciar la existencia de SERIAS IRREGULARIDADES en la LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL N° 01/2020, ADQUISICIÓN DE EQUIPOS TERMINALES PORTÁTILES DE ENTRADA DE DATOS PARA LEVANTAMIENTO DE DATOS Y GEOREFERENCIA PRE-CENSO 2022, ID 384.191, cuya* ***apertura de ofertas sera el día 19 de octubre a las 09:00 hs.*** *pues dicha licitación* ***SE ENCUENTRA ALEVOSAMENTE DIRIGIDA a la marca UNITECH PA 760 REPRESENTADO EN EL PAÍS POR EXCELSIS SA COMERCIAL IND. Y GANADERA (EXCELSIS SACIG).***

Fíjense en la cantidad inmensa de potenciales oferentes que han consultado solicitando se amplíen los criterios de evaluación, más la Convocante ha manteniendo su PBC direccionado y restrictivo, (las adendas emitidas no han modificado los criterios direccionados) atentando de esta manera con uno de los principios MÁS IMPORTANTES que protege la Ley 2051/03, EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LIBRE COMPETENCIA que vela por LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES SIN RESTRICCIONES EN LOS PROCESOS DE LICITACIONES!!!, el cual va de la mano del principio de ECONOMÍA Y EFICIENCIA, que dispone que las necesidades públicas se satisfagan con la oportunidad, la calidad y el costo que aseguren al Estado Paraguayo las mejores condiciones, sujetándose a disposiciones de racionalidad, austeridad y disciplina presupuestaria, ello se lograría con una mayor concurrencia de participantes pues a mayor competencia, mayor variedad de precios y ofertas. Todos los paraguayos que pagamos nuestros impuestos tenemos derecho a que la DNCP cumpla su rol de contralor de las licitaciones públicas a fin de evitar amañar actos irregulares por parte de las diversas carteras del Estado y lograr que el dinero público sea invertido en contratos cuyos procesos licitatorios hayan sido transparentes y hayan respectado TODAS las normativas legales de contrataciones públicas, más aun teniendo en cuenta la envergadura del llamado de MÁS DE MIL SEISCIENTOS MILLONES DE GUARANÍES!!!

A fin de dar una mejor explicación acerca de lo hoy denunciado, concretamente, el PBC en el punto de REQUISITOS DE Participación Y CRITERIOS DE EVALUACION *en su* ***SECCION 8 EXPERIENCIA REQUERIDA*** *indica:*

Con el objetivo de calificar la experiencia del oferente, se consideraron los siguientes índices:

- *Años requeridos: Como mínimo 5 (cinco) años de presencia en el mercado local, demostrable a través del acta de constitución y/o estatutos sociales (para firmas jurídicas) y Constancia de RUC (para empresa Unipersonales).*

- *El oferente deberá presentar documentos (facturas de ventas) que demuestren que la marca ofrecida para el presente llamado tiene trayectoria de venta de al menos 5 años en nuestro país.*

- *Demostrar la experiencia en provisión de soluciones tecnológicas que incluyan hardware y/o software y/o terminales **portátiles industriales,** con facturaciones de venta y/o recepciones finales por un monto equivalente al 50 % como mínimo del monto total ofertado en la presente licitación, de los: 5 (cinco) últimos años. 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019*

*Solicitando además en su inciso **8.1 REQUISITOS DOCUMENTALES PARA EVALUAR EL PRESENTE CRITERIO** lo siguiente:*

***1.** Copia de facturaciones y/o recepciones finales que avalen la experiencia requerida.*
***2.** Constancia de RUC y/o acta de constitución*
***3.** Facturas de ventas que demuestren que la marca ofrecida cuenta con 5 años de presencia en el mercado local.*
***4.** Facturaciones de venta y/o recepciones finales, en la provisión de soluciones tecnológicas que incluyan hardware y/o software y/o terminales portátiles industriales, para acreditar el porcentaje exigido en relación a la oferta presentada*

*Si el oferente demuestra fehacientemente que cuenta con la experiencia en la venta de terminales portátiles industriales por más de 5 años demostrando incluso de diferentes marcas y cuenta además con el CAS (Centro Autorizado de Servicios) de la marca ofertada e incluso ofrece ese tipo de servicios de otras marcas por más 5 años incluso, **???PORQUE DEBERÍA EXIGIRSE <u>DEMOSTRAR QUE LA MARCA OFRECIDA CUENTA CON 5 AÑOS DE PRESENCIA EN EL MERCADO LOCAL???</u>** si el oferente demuestra estar más que capacitado en ofertar una solución que se ajusta a las ESPECIFICACIONES TÉCNICAS exigidas por la convocante y con capacidad de ofrecer el servicio técnico requerido por la convocante para el bien a ser adquirido.*

*Además, en la sección **REQUISITOS DE PARTICIPACIÓN Y CRITERIOS DE EVALUACION** en su **SECCION 9 Capacidad Técnica** indica:*

El oferente deberá tener experiencia comprobada en provisión de terminales portátiles y/u otros equipos de tecnología, similares, tanto al sector publico y/o privado del país. Para ello, deberá proveer lista de al menos 5 empresas y organizaciones a las cuales proveyó dichos equipos de tecnología, con las fotocopias autenticadas de las facturas correspondientes.

Es más que llamativo que la convocante admita los oferentes de distintos tipos de tecnología similares no solamente de terminales portátiles industriales puedan ofrecer su solución en este llamado de acuerdo con las especificaciones técnicas, PERO A LA VEZ LES RESTRINGE DE NUEVO A LOS POSIBLES OFERENTES QUE HAYAN OFRECIDO LA MARCA EN EL MERCADO LOCAL POR 5 AÑOS O MÁS.

Por añadidura, EL ÚNICO EQUIPO TERMINAL PORTÁTIL DE LECTURA (TPL) O (PDAS) QUE CUMPLE AL 100% DE LOS REQUERIMIENTOS MÍNIMOS EXIGIDOS ES EL UNITECH PA 760 REPRESENTADO EN EL PAÍS POR EXCELSIS SA COMERCIAL IND. Y GANADERA (EXCELSIS SACIG), lo cual evidencia la abierta violación al principio de igualdad y libre competencia consagrado en la Ley 2051/03 de Contrataciones Públicas.

Esto que menciono, puede ser verificado con las ultimas adjudicaciones de la firma, (id 323.574 CONVOCANTE ESSAP; 312.803 CONVOCANTE MUNICIPALIDAD DE ASUNCIÓN; 289.150 CONVOCANTE ANDE, 357.865 CONVOCANTE ANDE; 367.762 CONVOCANTE MOPC) convocantes que no aceptaron ninguna modificación mediante consultas a las EETT del PBC desembocando en la adjudicación de la firma mencionada, todo esto se puede verificar en el portal de la DNCP ?NO PODEMOS QUEDARNOS MÁS DE BRAZOS CRUZADOS PERMITIENDO QUE OCURRAN EN NUESTRAS NARICES SEMEJANTES INJUSTICIAS!!!

Si la DNCP no ordena la modificación de las exigencias direccionadas como resultado cuando se realice la evaluación de las ofertas, cuando se califique el cumplimiento técnico de solución ofertada en conjunto con la experiencia requerida de la antigüedad de la marca en el mercado paraguayo, ***EL ÚNICO OFERENTE QUE PODRÍA CALIFICAR SERIA EXCELSIS SA COMERCIAL IND. Y GANADERA (EXCELSIS SACIG)*** *descalificando por anticipado sin siquiera posibilidad de competir a cualquier potencial oferente atentando nuevamente contra el principio de IGUALDAD y LIBRE COMPETENCIA.*

Como ciudadano interesado en la regularidad de los actos efectuados por las Instituciones Públicas y en que el dinero publico proveniente de nuestros impuestos sean invertidos en CONTRATOS TRANSPARENTES, cumplo en ***DENUNCIAR*** *aquella irregularidad de manera a que vuestra institución tome inmediata intervención ante semejantes actos contrarios a la Ley N° 2.051/03, y no espere a que dicha irregularidad deba salir en la prensa para tomar cartas en el asunto, o peor aún una vez que el llamado ya haya sido adjudicado a la empresa a la cual va dirigida".*

ACUMULACIÓN DE CASOS:

No aplica.

ANTECEDENTES/PEDIDOS DE INFORME:

No aplica.

NOTIFICACIONES:

No aplica.

CONTESTACIONES:

No aplica.

ANÁLISIS:

El denunciante refiere que los criterios de evaluación solicitados en las bases concursales, estarían direccionados a la marca UNITECH PA 760, representada en el país por EXCELSIS SA COMERCIAL IND. Y GANADERA (EXCELSIS SACIG), y que esta firma sería la única que califique el cumplimiento técnico de solución ofertada en conjunto con la experiencia requerida de la antigüedad de la marca en el mercado paraguayo.

Específicamente, hace alusión a los REQUISITOS DE PARTICIPACIÓN Y CRITERIOS DE EVALUACIÓN del numeral 8. **Experiencia Requerida** que establece: *"Con el objetivo de calificar la experiencia del oferente, se considerarán los siguientes índices: Años requeridos: Como mínimo 5 (cinco) años de presencia en el mercado local, demostrable a través del acta de constitución y/o estatutos sociales (para firmas jurídicas) y Constancia de RUC (para empresa Unipersonales). El oferente deberá presentar documentos (facturas de ventas) que demuestren que la marca ofrecida para el presente llamado, tiene trayectoria de venta de al menos 5 años en nuestro país",* y 8.1. **Requisitos documentales para evaluar el presente criterio: "***1. Copia de facturaciones y/o recepciones finales que avalen la experiencia requerida. 2. Constancia de RUC y/o acta de constitución. 3. Facturas de ventas que demuestren que la marca ofrecida cuenta con 5 años de presencia en el mercado local. 4. Facturaciones de venta y/o recepciones finales, en la provisión de soluciones tecnológicas que incluyan hardware y/o software y/o terminales portátiles industriales, para acreditar el porcentaje exigido en relación a la oferta presentada".*

Por último, trae a colación el numeral 9. Capacidad Técnica, último párrafo, que menciona: "*El oferente deberá tener experiencia comprobada en provisión de terminales portátiles y/u otros equipos de tecnología, similares, tanto al sector publico y/o privado del país. Para ello, deberá proveer lista de al menos 5 empresas y organizaciones a las cuales proveyó dichos equipos de tecnología, con las fotocopias autenticadas de las facturas correspondientes".*

Al remitirnos al Portal de Contrataciones Públicas, se denota que, mediante Adenda N°03 debidamente publicada en fecha 08 de octubre de 2020, la Entidad Convocante ha modificado los REQUISITOS DE PARTICIPACIÓN Y CRITERIOS DE EVALUCIÓN, del numeral 8. **Experiencia Requerida**, quedando cuanto sigue: *Demostrar la experiencia en provisión de soluciones tecnológicas que incluyan hardware y/o software y/o terminales portátiles industriales, con facturaciones de ventas y/o recepciones finales por un monto equivalente al 50% como mínimo del monto total ofertado en la presente licitación, de los 3 (tres) últimos años: 2017,2018 y 2019*.

Conforme se observa la Convocante ha modificado lo requerido en la experiencia del numeral 8, en lo que respecta a los años requeridos: Como mínimo 5 (cinco) años de presencia en el mercado local, demostrable a través del acta de constitución y/o estatutos sociales (para firmas jurídicas) y Constancia de RUC (para empresa Unipersonales). No obstante, los demás REQUSITOS DE PARTICIPACIÓN Y CRITERIOS DE EVALUACIÓN, cuestionados por el denunciante no han sufrido modificación alguna.

Es menester recordar que, es responsabilidad de las Unidades Operativas de Contratación fijar inicialmente, con el máximo rigor y la absoluta motivación, todos los elementos que tengan conocimiento para una mejor definición en el expediente de contratación, del objeto contractual y de sus prescripciones técnicas, de las obligaciones futuras del contratista y de su costo económico aproximado. Que, si bien la Convocante es la indicada para conocer sus necesidades y como satisfacerlas, esta Dirección Jurídica recuerda que las especificaciones técnicas deben poder dar mayor amplitud de concurrencia de acuerdo al bien o servicio licitado.

Ahora, si bien la argumentación expuesta por el denunciante hace referencia a criterios puntuales de calificación, los mismos repercuten directamente en la capacidad de cumplimiento del requisito de los oferentes que tengan interés en participar, por lo tanto, estos potenciales oferentes -que se encuentran interesados en participar- son los que cuentan con un interés legítimo de impugnar requisitos por los cuales se sientan agraviados, por considerarlos limitantes; y a la vez éstos se vuelven coadyuvantes del Estado y se encuentran sometidos al deber de colaboración para que la entidad logre el fin del interés público que persigue.

En ese sentido, resulta importante aclarar al denunciante que en caso de disconformidad respecto a alguna condición o requerimiento del PBC por considerarla restrictiva o limitante cuenta con el mecanismo de impugnación de la **PROTESTA** 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 que se han lesionado sus derechos como oferente en el proceso de contratación.

Cabe destacar que, la **protesta** es un mecanismo de impugnación regulado en los Art. 79 y 80 de la Ley 2051. Asimismo, es reglamentado por el **Decreto N°2992/19** ***"POR EL CUAL SE REGLAMENTA LA LEY N°2051/2003 'DE CONTRATACIONES PÚBLICAS' Y SU MODIFICATORIA LA LEY N°3439/2007"****, ART. 129° De la forma en cuanto a la presentación de protesta y denuncias.*

Así también, se señala que se encuentra vigente la **Resolución DNCP N°572/20** ***"POR EL CUAL SE ABROGAN LA RESOLUCIÓN DNCP N°5702/19 Y SE REGLAMENTA LOS PROCEDIMIENTOS SUSTANCIADOS EN LA DIRECCION JURÍDICA DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS****".*
Conforme a todo lo expuesto, indicamos que **el denunciante debe PROTESTAR CONTRA EL PLIEGO Y SUS ADENDAS**, 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 atención a lo expuesto, cabe indicar que la denuncia no es el medio de impugnación pertinente dispuesto en la normativa para los casos de interés particular en la reformulación de las bases concursales, y en ese sentido, corresponde a esta Dirección Jurídica concluir en virtud de lo dispuesto en el Art. 142 del Decreto 2992/19: "*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 cierre de la denuncia individualizada como Caso N°593/20, con la salvedad que de surgir reclamos puntuales actuaremos en el ámbito de nuestra competencia.

De conformidad al protocolo de aplicación de medidas preventivas ante el riesgo de expansión del coronavirus (covid-19) en los Organismos y Entidades del Estado[3] el presente dictamen ha sido emitido por medios remotos de comunicación.

ABG. TANIA LEDESMA
Dpto. de Investigaciones - DNCP

ABG. MARIA EUGENIA OTAZO APONTE
Dirección Jurídica - DNCP

[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.-
[3] Decreto N° 3442 de fecha 9/03/2020, Resolución Secretaría de la Función Pública Nº 146/2020, Resolución DNCP N° 1092/2020.