DNCP/DJ N°13648/17

CASO N° 3670

Asunción, 17 de noviembre del 2017.

DENUNCIA INGRESADA A TRAVÉS DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN AL DENUNCIANTE REFERENTE AL LLAMADO A LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL N°03/17 PARA LA ADQUISICIÓN DE SISTEMA BIT, CONVOCADO POR EL MINISTERIO DE AGRICULTURA Y GANADERÍA (MAG) – ID 322.904. ----------

A partir de la denuncia recibida en fecha 27 de octubre de 2017 a través del Sistema de Gestión de Denuncias del Portal de Contrataciones Públicas e individualizada como Caso N°3670; esta Dirección Jurídica, luego del estudio de la misma realiza este Dictamen Conclusivo, en base a las consideraciones de hecho y derecho que se exponen a continuación:----------

Cabe recordar, que la identidad del denunciante se encuentra protegida conforme a lo establecido en la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita el 29 de marzo de 1996, en Caracas – Venezuela, aprobada por nuestro país por Ley N°977/96. -----

La citada denuncia manifiesta, en resumidas cuentas, cuanto sigue: "*...El software fue desarrollado según especificaciones técnicas detalladas en el pliego del ID 322904. Lo que solicitamos de ser posible es la inspección con un técnico que pueda evaluar el lenguaje de programación del software. Son pocos los que conocen el lenguaje y las herramientas. Y a simple vista de uno que no conoce puede hacer lo que dice hacer. Pero no hay forma de que al mirar el detalle uno no pueda constatar que NO CUMPLE con las especificaciones técnicas. Entre otros temas a verificar: 1. El lenguaje de programación del software de reporte o inteligencia de negocios (BIT). 2. El lenguaje de programación de la plataforma de transacciones que puede recibir la transacción desde el POS, procesa y Remite al banco los motos y datos de la transacción que deben ser cargadas por los comités y el fiscalizador del MAG. 3. La interconexión vía vpn con el banco tiene un tipo y la transacción tiene otra característica. Esto debe revisarse porque también no es solo que*

Abg. Martha Beatriz Verón
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

esté conectada la vpn sino que se haga toda la transacción de conformidad con el contrato firmado por el MAG, BNF y PLAN. El proceso debería funcionar así: 1. Lenguaje de programación de sistema de información - Business intelligence. Que tiene un mapa de Paraguay y toda la información del país en forma estadística con información en TIEMPO REAL de la plataforma de transacciones. 2. Probar la transacción en línea vía celular con un POS que transmita la transacción por la red celular al sistema de transacciones electrónicas conectada con el BNF y este a su vez transmita la transacción al core bancario. 3. Verificar el contrato ente BNF, MAG y Plan SA. Porque la empresa plan está a nombre de la misma persona que es centro del escándalo con DINAC. 4. Verificar si toda la plataforma a esta funcionando en el MAG porque actualmente no tiene nada funcionando. Solo la vpn. Pero el sistema en sí que debía ser lanzado hace dos meses no está operativo. Toda la plataforma fue entregada en tiempo y firma en los papeles, sin embargo, desde hace 2 meses están con otro proveedor intentando hacer lo que fue entregado y vendido en su momento". ----------

Que, por Nota DNCP/DJ N°12714/17 de fecha 30 de octubre de 2017, la Dirección Jurídica de la DNCP solicita a la Entidad Convocante informe y justifique respecto a los hechos aducidos en la denuncia; así como también, indique el estado de ejecución del Contrato MAG N°05/17 suscrito con la firma PLAN S.A. en fecha 07 de abril de 2017 y adjunte toda la documentación que considere pertinente. ----------

Que, en fecha 06 de noviembre de 2017 mediante Expediente DNCP N°9904 ingresado por Mesa de Entrada de la DNCP, se presenta el Econ. Esdras Gallagher en carácter de Director de Contrataciones de la Entidad Convocante MAG, señalando: "*Respecto a lo manifestado en la denuncia, esta Dirección ha solicitado el informe correspondiente a la Dirección de Tecnología de la Información y Comunicación, Administradora del Contrato MAG N°05/17 y la solicitud de copias de los pagos efectuados en el marco del llamado, a las oficinas correspondientes. Es así que,* ***en el informe presentado por la Dirección de Tecnología de la Información y Comunicación, se indica lo siguiente: 1)*** *Denuncia: El software fue desarrollado según especificaciones técnicas, lo que solicitamos de ser posible es la inspección del lenguaje de programación*

Abg. Martha Beatriz Verón
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

del software. El lenguaje de programación del software de reporte o inteligencia de negocios (BIT). En respuesta se informa que el proveedor PLAN S.A. solicitó a la Dirección de Tecnología de la Información y Comunicación, nota mediante de fecha 11/04/17 considerar ampliar el lenguaje de programación e incluir el lenguaje Java, dado que el PBC establece un requerimiento de "Alta Perfomance" y propone este lenguaje, dado el nivel de certificación y confiabilidad, con relación a los lenguajes Python o NodeJS. Que, la Dirección TIC acepta en fecha 17/04/17, la propuesta de ampliar el lenguaje de desarrollo a JAVA, Phyton y NodeJS, teniendo en cuenta que el lenguaje propuesto cumple con todas las especificaciones técnicas de Perfomance y Seguridad, además de los niveles de certificación y confiabilidad requeridas para desarrollar la plataforma solicitada en el PBC, además que el mismo no afecta la funcionalidad y finalidad de la plataforma solicitada. Se consideró innecesario adendas el contrato, puesto que el pliego de bases y condiciones describe las funcionalidades que debe cumplir el lenguaje de programación, pero NO se cierra a ninguno en particular donde dice que la aplicación servidora del backend deberá estar escrita "un lenguaje de alta perfomance". A su vez, el pliego de bases y condiciones presenta dos ejemplos de los que podrían ser, pero no se cierra a que sean estos únicamente. El lenguaje propuesto en este caso cumple con todas las funcionalidades descriptas en el aparto correspondiente del pliego de bases y condiciones, como así también con la finalidad del producto, y de la plataforma solicitada. ***2)*** *Denuncia: El lenguaje de programación de la plataforma de transacciones que puede recibir la transacción desde el POS, procesa y Remite al banco los motos y datos de la transacción que deben ser cargadas por los comités y el fiscalizador del MAG. En relación a este punto debemos mencionar que en ninguna sección del pliego de bases y condiciones se solicita y/o se limita a un lenguaje específico para la plataforma de transacciones. El pliego de bases y condiciones dice: "La solución deberá ser compatible con la plataforma de transacciones electrónicas", lo cual cumple a cabalidad con el software provisto.* ***3)*** *Denuncia: La interconexión vía vpn con el banco tiene un tipo y la transacción tiene otra característica. Esto debe revisarse porque también no es solo que esté conectada la vpn, sino que se haga toda la transacción de conformidad con el contrato firmado por el MAG, BNF y PLAN. Lenguaje de programación de sistema de información - Business intelligence. Que tiene un mapa de Paraguay y toda la información del país en forma estadística con información en*

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

Abg. Marcha Beatriz Verón
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

TIEMPO REAL de la plataforma de transacciones. En relación a este punto debemos mencionar que en el pliego de bases y condiciones no se solicita en ningún apartado un dashboard tipo "mapa de paraguay", ni el tipo de interconexión vía vpn mencionada. El sistema BIT actualmente en operación cumple con todos los datos solicitados en el PBC, mostrando todas las exigencias de datos establecidos en el mismo. ***4)*** *Denuncia: Probar la transacción en línea vía celular con un POS que transmita la transacción por la red celular al sistema de transacciones electrónicas conectada con el BNF y este a su vez transmita la transacción al core bancario. El PBC no establece estas exigencias. 5) Verificar el contrato ente BNF, MAG y Plan S.A. Nos remitimos exclusivamente al contrato firmado entre las partes, conforme al Contrato MAG N°05/17 y al Pliego de Bases y al respecto se informa que se cumplieron todas las exigencias. Cabe mencionar que el denunciante en este punto está requiriendo la revisión de un contrato excluido de la Ley 2051/03.* ***5)*** *Denuncia: Verificar si toda la plataforma a esta funcionando en el MAG porque actualmente no tiene nada funcionando. Solo la vpn. Pero el sistema en sí que debía ser lanzado hace dos meses no está operativo. Toda la plataforma fue entregada en tiempo y firma en los papeles, sin embargo, desde hace 2 meses están con otro proveedor intentando hacer lo que fue entregado y vendido en su momento. Sobre el punto, informamos que la plataforma se encuentra en pleno funcionamiento y generando todos los datos en un dashboard inicial, a más de generar información de carácter ejecutivo y resúmenes de los parámetros más importantes de los programas de ayuda del Ministerio, Con gráficos y números que indican un panorama completo de la situación de cada emprendimiento. También se disponen de reportes en formatos PDF y/o Excel.* ***La plataforma se encuentra operativa y efectivamente fue entregada en tiempo y forma****. Además, se acompaña la documentación referente al pago: como ser Ordenes de Pago, Notas de Recepción, Acta de Recepción, Factura, solicitud de pago y solicitud de transferencia de recursos". (Sic).* ---------

Que, la Entidad Convocante adjunta a su descargo las siguientes documentales: -----

- Orden de Compra y/o prestación de servicios del ítem 1 Licencia de Software de Bases de Datos (adquisición de sistema Bit para el MAG – procedencia argentina) por la suma de Gs. 1.395.000.000, de fecha 10/04/17 y su Nota de Recepción de fecha 24/04/17;

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

Abg. Martha Beatriz Verón
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

- Orden de Compra y/o prestación de servicios del ítem 2 Ordenamiento de archivo (instalación, puesta en marcha y capacitación para el ordenamiento de archivos) por la suma de Gs. 448.999.000, de fecha 24/04/17 y su Nota de Recepción de fecha 26/05/17;
- Solicitud de Pago N°1241/17 de fecha 30/05/17, por el importe de Gs. 250.000.000
- Comprobante de Pago Nro. 2184 de fecha 21/07/17 en concepto de Adquisición de Sistema Bit (ítem 1), por la suma de Gs. 250.000.000;
- Solicitud de Pago N°1313/17 de fecha 11/07/17, por el importe de Gs. 1.145.000.000
- Comprobante de Pago Nro. 248 de fecha 28/08/17 en concepto de Adquisición de Sistema Bit (ítem 1), por la suma de Gs. 1.145.000.000;
- Factura emitida por la firma Plan S.A. N°0000617 en concepto de Licencia de Software de Base de Datos ID 322904, por la suma total de Gs. 1.395.000.000 (1.145.000.000 + 250.000.000 = 1.395.000.000) en fecha 30/05/17;
- Solicitud de Pago N°1240/17 de fecha 30/05/17, por el importe de Gs. 448.999.000
- Factura emitida por la firma Plan S.A. N°0000619 en concepto de Ordenamiento de Archivo. Instalación, puesta en marcha y capacitación para el ordenamiento de los archivos, por la suma total de Gs. 448.999.000 en fecha 30/05/17;
- Comprobante de Pago Nro. 2185 de fecha 21/07/17 en concepto de Adquisición de Sistema Bit (ítem 2), por la suma de Gs. 448.999.000;
- Acta de Recepción Provisoria de fecha 24 de abril del 2017 firmado por el Señor Rogelio Franco en representación de la firma proveedora y por el Señor Geremías Maldonado en carácter de Director TIC de la Contratante;
- Acta de Recepción Definitiva de fecha 26 de mayo de 2017 firmado por la firma Plan S.A. y los Sres. Geremías Maldonado Dirección TIC, Juan Manuel Pereira Departamento de Patrimonio y Pedro Díaz Departamento de Control y Seguimiento. Se detalla listado de bienes entregados: 1 (uno) Licencia de Software de bases de datos (Sistema Bit para el MAG) y 1 (uno) Ordenamiento de archivo (instalación, puesta en marcha y capacitación para el ordenamiento de archivos);
- Nota de fecha 11/04/17 presentada por la firma Plan S.A. ante el MAG *"solicitamos ampliar el lenguaje de programación e incluir el lenguaje JAVA, dado que el pbc establece un requerimiento de alta perfomance proponemos este lenguaje dado el*

nivel de certificación y confiabilidad con relación a los lenguajes Python o NodeJS"; y,

- Nota de fecha 17/04/17 de Respuesta por parte del MAG a lo solicitado, dando curso favorable al pedido de ampliación del lenguaje de programación e incluir el lenguaje Java. ----------

Que, la denuncia refiere supuestas irregularidades acaecidas en el marco de la ejecución contractual del Contrato N°05/17 suscripto entre el MAG y la firma Plan S.A y en tal sentido, menciona el denunciante que el software fue desarrollado según especificaciones técnicas detalladas en el pliego; no obstante, solicita la evaluación del lenguaje de programación del software. ----------

Por su parte, la Entidad Convocante sobre los hechos denunciados solicitó informe a la Dirección de la Información y Comunicación de la Institución, la que en respuesta manifestó que el proveedor PLAN S.A. solicitó a la dicha dirección nota mediante de fecha 11/04/17 considerar **ampliar el lenguaje de programación e incluir el lenguaje Java**, dado que el PBC establecía un requerimiento de "*Alta Perfomance*" y propone este lenguaje, dado el nivel de certificación y confiabilidad, con relación a los lenguajes Python o NodeJS. ----------

Seguidamente, la Dirección TIC acepta en fecha 17/04/17, la propuesta de ampliar el lenguaje de desarrollo a JAVA, Phyton y NodeJS, teniendo en cuenta que el lenguaje propuesto cumple con todas las especificaciones técnicas de Perfomance y Seguridad, además de los niveles de certificación y confiabilidad requeridas para desarrollar la plataforma solicitada en el PBC, además que el mismo no afecta la funcionalidad y finalidad de la plataforma solicitada. ----------

Agrega la Entidad Convocante que consideró innecesario adendas el contrato, puesto que el pliego de bases y condiciones describe las funcionalidades que debe cumplir el lenguaje de programación, pero NO se cierra a ninguno en particular donde dice que la aplicación servidora del backend deberá estar escrita "*un lenguaje de alta perfomance*". ----

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

Abg. Martha Beatriz Verón
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Deja en claro la Convocante que, el lenguaje propuesto en este caso cumple con todas las funcionalidades descriptas en el aparto correspondiente del pliego de bases y condiciones, como así también con la finalidad del producto, y de la plataforma solicitada. –

Así las cosas, de la lectura del pliego de bases y condiciones se observa en la Sección III Suministros Requeridos, Especificaciones Técnicas que la Convocante solicitó en su momento lo siguiente: ----------

ESTA PLATAFORMA DE BIT DEBERÁ SER DESARROLLADA TENIENDO EN CUENTA LAS SIGUIENTES CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES:

1. La solución deberá estar basada en web de tal manera que la misma sea independiente del cliente y que sea agnóstica a la plataforma en la cual se ejecuta.

2. Una aplicación servidora en el backend escrita en un lenguaje de alta performance, para este tipo de escenarios y usada en los sitios más importantes de internet con un nivel de carga importante. El lenguaje deberá ser Python o NodeJS, explotando sus capacidades de concurrencia al máximo. Podrá contar con la ayuda de un servidor HTTP.
   Se deberá escribir un conjunto de webservices de tipo REST para evitar el overhead que impone el SOAP.

   El backend deberá ser capaz de acceder a la información residente en base de datos relacionales (en principio PostgreSQL, MySQL y Oracle) y no relacionales (MongoDB) si así fuese necesario. Se debe usar HTTPS como protocolo de transporte de tal manera que las sesiones sean encriptadas y autenticadas.

3. La aplicación de frontend, que corre en el browser del cliente, deberá estar escrita en HTML5, CSS, JavaScript y AngularJS 2.0, y consumirá las APIs de tipo REST que el backend dispone. Todos los gráficos,

Como se denota si bien es cierto que el pliego solicitaba un lenguaje de alta perfomance como refiere la Convocante, línea más abajo, se observa que indica que el lenguaje deberá ser Python o NodeJS. Entonces, vemos que la utilización de otro tipo de lenguaje debía ser solicitado por la firma proveedora y aceptada por la Contratante por escrito para que la misma pueda ser incorporada al contrato originalmente pactado, tal como sucedió en el caso concreto. ----------

Que, efectivamente obran adjuntas al descargo de la Convocante todas las documentales respaldatorias tanto de la solicitud de ampliación del lenguaje de programación Java como los fundamentos de su aceptación por parte de la Contratante MAG. ----------

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

Abg. Martha Beatriz Verón
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Que, es importante remitirnos a lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley N°2051/03 De Contrataciones Públicas –CONVENIOS MODIFICATORIOS EN ADQUISICIONES, LOCACIONES Y SERVICIOS-: *"Las Unidades Operativas de Contratación (UOC) podrán, dentro de su presupuesto aprobado y disponible, bajo su responsabilidad y por razones fundadas y explícitas, acordar el incremento de cantidades de bienes solicitados mediante modificaciones a sus contratos vigentes (...).* ***Cualquier modificación a los contratos deberá formalizarse por escrito por parte de las contratantes*** *y los instrumentos legales respectivos serán suscriptos por el funcionario o empleado público que lo haya hecho en el contrato original o quien lo sustituya o esté facultado para ello.* ***Queda prohibido realizar modificaciones contractuales que se refieran a precios, anticipos, pagos progresivos, especificaciones técnicas y, en general, cualquier cambio que implique otorgar condiciones más ventajosas a un proveedor comparadas con las establecidas originalmente***". [El resaltado es nuestro]. ----------

Que, de la norma transcripta se desprenden cuáles son los requerimientos legales para la realización de cualquier tipo de modificaciones al contrato y en tal sentido, se denota que las mismas deben estar debidamente fundadas; es así que, es significativo destacar que cualquier modificación que la Administración pretenda realizar deberá ceñirse a la normativa legal vigente y en la medida que la Entidad Convocante menciona que la modificación (ampliación del lenguaje) al Contrato N°05/17 originalmente pactado no alteró las especificaciones técnicas, ni el alcance del servicio contrato y mucho menos el precio del contrato *-a prima facie-* esta Dirección Jurídica no observa irregularidad manifiesta alguna en lo actuado por el MAG. ----------

Que, las modificaciones en los contratos tienen ciertas limitaciones, que tienen que ver principalmente con la no violación del principio de igualdad que rige a los procesos de contratación. ----------

Como se denota el art. 63 de la Ley, prohíbe la realización de modificaciones a las condiciones contractuales que impliquen condiciones más ventajosas para el Proveedor o Contratista, en relación a las establecidas originalmente, por lo que, en la medida que la ampliación del lenguaje Java no supuso una condición más ventajosa y no alteró el precio del

Abg. Martha Beatriz Verón
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

contrato, entiende esta Dirección que la misma no atentó contra los principios que rigen la materia. ----------

No obstante, disentimos con la Entidad Convocante respecto a que dicha ampliación no era susceptible de ser adendada, pues cualquier modificación a lo pactado originalmente debe quedar debidamente respaldado conforme lo dicta la normativa y así, evitar cualquier inconveniente futuro ante una verificación contractual por parte de la DNCP. ----------

Se considera que no existe una irregularidad propiamente dicha que justifique la declaración de nulidad del procedimiento licitatorio, sobre todo atendiendo al Principio de Finalidad (instrumentalidad de las formas) con arreglo al cual es más importante que la finalidad del acto se cumpla a que sólo se produzca un agravio a la forma. ----------

Si la finalidad del acto se concreta, no hay nulidad. Y contrariamente, sólo cuando la ineficacia sea resultado de un vicio es posible hablar de nulidad. Por tanto, en materia de nulidad de actos administrativos, esta no debe ser usada en forma indiscriminada, sino que supone condiciones y supuestos excepcionales y su aplicación debe estar sujeta al cumplimiento de los principios que la regulan. ----------

Al respecto, se recomienda a la Convocante tomar los recaudos pertinentes a fin de deslindar responsabilidades en el orden administrativo —mediante la instrucción de sumario administrativo a los funcionarios intervinientes—. ----------

Por lo expuesto, esta Dirección Jurídica de acuerdo con lo previsto en el Art. 13 del Decreto 7434/11[1] considera que no existen méritos suficientes y/o pruebas idóneas para la apertura de una INVESTIGACIÓN DE OFICIO, pues no hay indicios de la supuesta contravención de los principios que rigen las compras públicas al incorporar un lenguaje de programación (Java) a lo inicialmente contratado, que lejos de constituir un perjuicio,

[1] El art. 13 del Decreto N°7434/11 POR LA CUAL SE ESTABLECEN CIERTAS REGLAMENTACIONES PARA LOS PROCESOS SUSTANCIADOS EN LA DIRECCIÓN JURÍDICA DE LA DNCP, dicta: "*Las investigaciones preliminares o de oficio podrán iniciarse siempre y cuando por cualquier medio fehaciente, la DNCP tenga conocimiento de la existencia de actos que podrían ser contrarios a la normativa legal vigente en materia de contrataciones públicas. 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...*".

contribuyó a la satisfacción del servicio contratado por la Entidad Convocante MAG, que alegó reiteradamente estar satisfecha con el servicio contratado y a la fecha totalmente ejecutado, según **acta de recepción definitiva de fecha 26 de mayo de 2017** y en consecuencia, se da por concluida la presente denuncia, *con la salvedad que de existir otros reclamos puntuales actuaremos en al ámbito de nuestra competencia.*——————————

ABG. MARTHA VERÓN
Dirección Jurídica - DNCP

ABG. LUIS A. GODOY DURIA
Director Jurídico - DNCP