DNCP/DJ N° 50 / 15

CASO Nº 2689

Asunción, 09 de enero de 2015.-

INVESTIGACION PRELIMINAR SURGIDA A PARTIR DE LA DENUNCIA RECIBIDA A TRAVES DEL SISTEMA DE GESTIÓN DE DENUNCIAS CON PROTECCION AL DENUNCIANTE, REFERIDA A LA LICITACION PUBLICA NACIONAL PARA LA ADQUISICION DE EQUIPOS Y MONTAJES PARA DATACENTER CONVOCADA POR LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAAGUAZU. ID Nº 280355.----------

La presente investigación preliminar fue iniciada por esta Dirección Jurídica, a partir de la denuncia recibida por el Sistema de Gestión de Denuncias del Portal de Contrataciones Públicas; y 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.----------

En la referida denuncia, ingresada en fecha 25 de noviembre de 2014, el denunciante señalaba cuanto sigue*: "El pedido de cotización solicitado en este pliego es por el total y en ella se solicita en el ITEM 1 En el apartado ENTRENAMIENTO & Certificación Gestión de Seguridad de la Información unos requisitos que esta dirigido para empresas consultoras y no a empresas de INFORMÁTICAS como debe ser. Es un item que por donde se la mire esta diseccionada a una sola persona y/o empresa y con el criterio de igualdad que tanto se pregona últimamente, esta solicitud esta dejando de lado a varias empresas que cuenta con todas las certificaciones y los productos para la implementación de Datacenter. Consideramos una gran injusticia que sea tan dirigido un pliego como este. Otra irregularidad, en el primer pliego levantado se entrego un pliego muy incompleto y desordenado, luego por adenda se llegó a levantar otro pliego con especificaciones de equipos de alto valor (Aire Industrial, interconexion de Sedes) que necesitan de un análisis con detenimientos y visita técnica para poder ofertar y el tiempo para la presentación solicitada en consultas no fue ampliada. Creemos una vez mas un indicio de mala fe y con direccionamiento a una sola empresa. Solicitamos que la subasta sea realizada por ITEM y no por el total o por lo menos que el tema de Certificación de Seguridad de Gestión pueda ser anulada o separada para que empresa del rubro pueda contizar independientemente a los otros de informática. Atte. Cesar Duarte".*----------

Abg. Pamela Moreno B.
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

Que, por Nota **DNCP/DJ Nº 3631/ 14 de fecha 03 de diciembre,** se ha solicitado a la UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAAGUAZU, que informe acerca de las denuncias mencionadas más arriba y adjunte la documentación que consideren pertinente a esta Dirección Jurídica.----------

Que, por Expte. Nº 17.270 de fecha 04 de diciembre de 2015, la Convocante realiza su descargo manifestando: *"...durante el periodo de consultas, se recepcionaron un total de 40 consultas, ninguna de ellas referidas al punto en cuestión. El ítem Entrenamiento y Certificación ISO / IEC 27001:2013 es un componente que desde el primer día de publicación del presente llamado formo parte del mismo, entendemos que si un oferente tuviere consultas al respecto, las hubiera elevado en tiempo y forma a los efectos de un mejor entendimiento de lo requerido por la Convocante y eventualmente presentando protesta si considerare pertinente, esto no fue así de ninguna forma.../// ...que, según el criterio institucional de la Universidad, la solución a adquirir debe contener productos, soluciones y servicios que fueran requeridos en el Pliego de bases y condiciones y cuyos lineamientos mínimos responden a necesidades reales, justificables y que no limitan la libre participación de oferentes interesados. Este pedido de la Universidad y que es cuestionado por el denunciante anónimo, justifica su adquisición en el hecho de que esta institución debe velar y buscar la mejor adquisición y el máximo aprovechamiento, motivo por el cual se ha solicitado como un ítem la capacitación, y adiestramiento. Adicionalmente se sustenta el pedido de Entrenamiento y Certificación de Seguridad de la información, en el hecho de que las informaciones resguardadas en estos sistemas críticos para la Universidad son datos muy delicados pues hacen referencia a Carreras Universitarias, datos personales de alumnos, Notas de evaluación y datos relacionados a la Gestión administrativa de la Universidad, etc. Motivo por el cual se previó que un entregable parte de este proyecto, sea la CAPACITACION, ADIESTRAMIENTO, TRANSFERENCIA DE CONOCIMIENTO Y CERTIFICACION, en lo relacionado a Seguridad de la Información a ser dictada al personal técnico de la Universidad quien gestionara la infraestructura y los sistemas.../// .. A continuación citamos algunas de las empresas que a más de ser proveedoras de equipos informáticos e infraestructura, brindan Servicios de Capacitación y Adiestramiento en distintas disciplinas relacionadas a tecnología de la información y seguridad:*
I INFOCENTER S.A. II KNOW HOW S.A. III FLAT worl Solutions S.A. IV PS LINE S.A. V DATA LAB S.A. VI STARK TECNOLOGIA VII DIGITAL S.A." (Sic).----------

Continua la Convocante: *"...En segundo término, cabe manifestar que el denunciante afirma que el primer pliego levantado era incompleto y desordenado, luego por adenda se llegó a levantar otro pliego con especificaciones técnicas de alto valor (Aire industrial, interconexión de sedes)que necesitan de un análisis con determinamiento y*

Abg. Pamela Moreno B.
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Laura A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

visita técnica para ofertar, respecto a este punto manifestamos el mismo no aporta la pruebas al respecto de sus afirmaciones, durante el proceso se invitó a los oferentes a la realización de visitas técnicas para el mejor entendimiento de las necesidades de la convocante, ínterin las cuales se informó acabadamente de estos requerimientos y alcance de la solución que se pretende adquirir." (Sic).----------

Así también, por **MEMORANDUM DJ N° 1196 / 14,** dirigido a la **Dirección de Tecnología de la Información**, se solicita se sirva informar en la brevedad posible, si el ITEM 1, del presente llamado, en el apartado entrenamiento y Certificación Gestión de Seguridad de la Información unos requisitos, se encuentra dirigido para empresas consultoras y no a empresas de INFORMÁTICAS, como manifiesta la denuncia.----------

Consecuentemente, en fecha 09 de enero de 2015, por **Memorándum Nº 06/ 15 la Dirección de Tecnología de la Información** en respuesta al **Memorándum** citado más arriba expone: *" ...al respecto, manifestamos las especificaciones técnicas contienen un apartado entrenamiento y certificación en gestión de seguridad de la información que podría ser provisto en forma independiente de los demás ítems por más de una empresa consultora, ocurre lo mismo con muchos de los ítems solicitados en este llamado, y entendemos que* ***siempre existe la posibilidad de la subcontratación, con lo cual no se limita la competencia"*** (Sic) (el destacado es nuestro)

Que, el PBC estable en la sección **"Garantías de Buen Funcionamiento - Bienes y Servicios"** punto 5): *"La garantía es exclusiva responsabilidad del Oferente y será brindada con personal propio o de las empresas proveedoras/fabricantes de los equipos (Hardware y servicios).* ***En caso de que optara por realizarla a través de subcontratistas, estará obligado a presentar los avales correspondientes, que indiquen que los mismos se encuentran en condiciones de llevar a cabo dichos servicios, de igual forma el personal del subcontratista deberá estar certificado por la Empresa fabricante y/o autorización del Fabricante****." 8) El Oferente garantiza que desde la puesta en marcha de los trabajos del Centro de Datos y por el período establecido de garantía:* ***b) "Todo trabajo realizado por el Oferente, sus empleados y subcontratistas conforme al Contrato será ejecutado con razonable habilidad y cuidado, y al menos con los niveles esperables de técnicos certificados, competentes y experimentados en los Sistemas a proveer.*** *En caso de existir negligencia el Contratante se reserva el derecho de accionar Jurídicamente"* (el destacado es nuestro).----------

Que, **el Artículo 38 de la Ley 2051/ 03** establece: ***"SUPUESTOS DE LA SUBCONTRATACIÓN****: Los proveedores y los contratistas sólo podrán concertar con*

Abg. Pamela Morsán B.
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

terceros la ejecución parcial del contrato cuando éstos tengan capacidad para contratar y no estén comprendidos en alguna de las causales de prohibición señaladas en el Artículo 40. Sólo podrá producirse la subcontratación cuando las bases o las cláusulas del contrato así lo permitan o la Contratante lo autorice. En su caso, el subcontratista sólo ostentará derechos frente al proveedor o contratista principal por razón de la subcontratación y en ningún caso frente al contratante."----------

Así mismo, en concordancia con el artículo citado más arriba, el **Decreto 21.909/ 03 Artículo 79** reza: *"Subcontratación. Conforme con lo establecido en el Artículo 38 de la Ley* ***y siempre que el Pliego de Bases y Condiciones, el Contrato o la Contratante lo autoricen, los proveedores y contratistas podrán subcontratar con terceros parte de sus prestaciones, siempre y cuando se cumplan con los siguientes requisitos: 1. Que la Contratante apruebe por escrito previamente la subcontratación. La aprobación será efectuada por el funcionario que cuente con facultades suficientes para ello****..."* (el destacado es nuestro)

Que, atento al informe de DTI (Dirección de tecnología de la información), las condiciones del Pliego de Bases y Condiciones en relación al entrenamiento y certificación en gestión de seguridad de la información no serían limitativas siempre que el mismo autorice la Sub Contratación. Conforme se ha transcripto anteriormente, hemos corroborado que el PBC prevé la subcontratación, por tanto, en estas condiciones las especificaciones técnicas no serían limitativas.----------

Cabe destacar, que la Convocante es la única que conoce sus necesidades reales y prioritarias, como tal en virtud a las mismas debe establecer las especificaciones técnicas de sus adquisiciones a los efectos de que éstas sean satisfechas en forma eficiente.----------

Siendo la indicada para conocer sus necesidades y como satisfacerlas, se torna en una **facultad discrecional** de la Convocante, la determinación de las condiciones y requisitos que deben cumplir los Oferentes, con la única limitación prevista en el Art. 20 de la Ley 2051/03, en su antepenúltimo apartado, que expresamente señala: "*...Las especificaciones técnicas, plazos, tolerancias, porcentajes u otras disposiciones de similar naturaleza que deban contener las bases o los pliegos de requisitos de licitación, se establecerán con la mayor amplitud de acuerdo con la naturaleza específica del contrato, con el objeto de que concurra el mayor número de oferentes; sin embargo, deberán ser lo suficientemente claras, objetivas e imparciales, para evitar favorecer indebidamente a algún participante...*".----------

Abg. Pamela Moreno B.
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

En atención a lo ante dicho, citamos al eminente Jurista Argentino, Ismael Farrando (h), quien al referirse al Pliego de Bases y Condiciones, expresa que: *"la elaboración del pliego de bases y condiciones es unilateral, puesto que constituye un típico acto de manifestación de voluntad del sujeto licitante, cuya validez no requiere del acuerdo de terceros ajenos a su ámbito".*----------

Así también el Dr. Roberto Dromi en su obra "Licitación Pública" refiere *"La facultad del licitante para imponer unilateralmente, con efectos vinculantes, las clausulas y condiciones que regularan la preparación y ejecución del contrato, resulta de la finalidad de la actividad de la Administración y de las modalidades propias de su exteriorización".*----------

Que, es importante resaltar que el llamado se publicó en fecha 6 de noviembre de 2014 y hubo plazo hasta el 18 de noviembre del mismo año, para realizar **CONSULTAS (Resolución 948/ 10** Art. 12, establece hasta 5 días hábiles previos a la presentación y apertura de ofertas) y que en caso de existir disconformidad con las bases del Pliego de Bases y Condiciones, la vía oportuna era la **PROTESTA,** según establece la Ley Nº 2051/03, de "Contrataciones Públicas": Art. 79 ***"PROCEDENCIA: Las personas interesadas podrán protestar ante la Unidad Central Normativa y Técnica (UCNT) en cualquier etapa de los procedimientos de contratación, cuando existan actos que contravengan las disposiciones que rigen las materias objeto de esta ley..."*** Cabe manifestar al respecto que ningún potencial oferente presento consulta ni protesta alguna en el llamado de referencia.----------

Siendo claros y contundentes y habiendo expuesto la normativa aplicable al caso, podemos concluir que no existen fundamentos técnicos y legales que puedan dar un curso favorable a las pretensiones del recurrente dado que no existen indicios suficientes que de que el PBC este direccionado exclusivamente a una marca mencionada por el denunciante, por tanto y en base al Art. 17 inc. a) no existen méritos suficientes para iniciar una investigación de OFICIO, por tanto corresponde dar por finalizada la presente investigación PRELIMINAR.----------

ABG. PAMELA MORENO B.
Dirección Jurídica-DNCP

ABG. LUIS A. GODOY
Director Jurídico-DNCP