DNCP/DJ N° 3706/14 **Caso N° 2660**

Asunción, 09 de diciembre de 2014.-

"INVESTIGACIÓN PRELIMINAR SURGIDA A PARTIR DE DENUNCIA RECIBIDA A TRAVÉS DEL SISTEMA DE GESTIÓN DE DENUNCIAS CON PROTECCIÓN AL DENUNCIANTE, REFERIDA A LA LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL PARA ADQUISICIÓN DE SCANNERS MOVIL, CONVOCADA POR LA DIRECCIÓN NACIONAL DE ADUANAS. ID 269.402." ----------

Que, la presente denuncia ha sido ingresada a esta Dirección Nacional por el **Sistema de Gestión de Denuncia con Protección al Denunciante como caso N° 2660,** de fecha 12 de noviembre de 2014. ----------

En la referida denuncia, el denunciante expresa cuanto sigue: *"las Especificaciones Técnicas del escáner están alevosamente direccionadas a la marca HCVM e35 En las Especificaciones Técnicas del Escáner requerido notamos que las mismas coinciden con los requerimientos mínimos solicitados cuya marca más arriba se menciona, limitando a otros oferentes a presentar ofertas de equipos con mayor o igual características pero con variaciones técnicas mínimas, sin afectar el rendimiento del equipo ni a las funciones previstas para su utilización. (...) Además de las condiciones en referente a especificaciones técnicas, las establecidas en la adenda N° 3 sobre capacidad de prestación de servicio en cuanto a documentación solicitada, la misma se encuentra dirigida a empresa que ya había proveído del escáner móvil a la convocante en licitación anterior, negando de esta manera la oportunidad de contar con otras propuestas."* (Sic). ----------

Abg. María José Ayala
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

Adjunta el denunciante catálogo de HCVM e35 NA. ----------

Que, en fecha 20 de noviembre, mediante Memorándum DJ N° 1034/14, esta Dirección Jurídica ha solicitado informe a la Dirección de Tecnología de la Información de la DNCP acerca de las especificaciones técnicas del presente llamado. -

Que, en fecha 21 de noviembre, la DTI mediante Memorándum N° 237/14 ha informado a esta Dirección Jurídica: *"Comunicamos que no nos encontramos en condiciones de dar nuestro parecer técnico, ya que el equipo que se describe en la EETT se trata de una Plataforma Móvil de Rayos X para vehículos de gran porte."* -------

Que, por Nota DNCP/DJ N° 3496/14 esta Dirección Jurídica ha notificado del inicio de la presente Investigación Preliminar a la Dirección Nacional de Aduanas a fin de que justifique lo referido en una nota y adjunte la documentación que considere pertinente. ----------

Que, en fecha 26 de noviembre de 2014, por nota ingresada como Exp N° 16.641, el Sr. Juan Bladimiro Arce Falcón, como representante Legal de la firma FALCON COMERCIAL E INDUSTRIAL S.R.L ha manifestado cuanto sigue: *"Habiendo tomado conocimiento de la apertura de la Investigación supra mencionada, nos vemos en la necesidad de poner a conocimiento del Director y la Jueza Instructora, otros antecedentes que hacen complemento a la denuncia que promoviera esta acción administrativa, pues coinciden en la mayoría de los argumentos expresados por esta. En fecha 04 de noviembre, presentamos formal Protesta contra el PBC por considerar que las especificaciones técnicas lesionaban los preceptos fundamentales de los procesos licitatorios al limitar la participación de la mayor cantidad posible de oferentes, al punto que, según nuestro alegato, solo una empresa podía cumplir con dichos requerimientos dentro del mercado nacional"* ----------

Abg. María José Ayala
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

Agrega el representante de FALCON S.R.L.: *"Ante dicha protesta, la respuesta de la Convocante fue que de dichas exigencias eran necesarias para salvaguardar el interés de la Institución al tratarse de una adquisición de alta complejidad, y que además, los requisitos, específicamente de experiencia previa, eran algo "normal" en este tipo de contrataciones, al punto que está contemplado en el PBC Estándar publicado por DNCP. La Jueza Instructora que atendió la causa coincidió con este criterio de la Convocante, desestimando la mayor parte de nuestros alegatos, y dando vía libre a la realización de la SBE, sin subsanar lo que nuestra protesta había planteado necesario para un mejor proceso de contratación, segundo el Estado Paraguayo, administrador de los bienes de la ciudadanía, y en tercer lugar, el de la Institución, de contar con la opción de equipos y servicios de igual o mejor calidad a precios más competitivos."* ----------

Que, en fecha 26 de noviembre de 2014, mediante Nota UOC N° 716/14, el Sr. Roberto Cañiza, Coordinador de la Unidad Operativa de Contrataciones y el Abg. Pablo Perez, Asesor Jurídico de la Dirección Nacional de Aduanas han referido lo siguiente: *"Con referencia a la necesidad y utilidad, los bienes a ser adquiridos hacen a la función misma de la Aduana, encargada de aplicar la legislación aduanera, recaudar los tributos a la importación, fiscalizar el tráfico de mercaderías por las fronteras y aeropuertos del país, ejerciendo sus atribuciones en zona primaria y realizando tareas de represión del contrabando en zona secundaria, conforme lo dispone el Artículo 1° de la Ley N° 2422/04 Código Aduanero. Que las unidades de Scanner Móviles a ser adquiridos, cuentan con sistemas de inspección radiográfica (rayos X con capacidad de escáner en modo móvil y portal contenedores y otras formas de transportes de mercaderías), que serán destinados a la fiscalización del tráfico de mercaderías por los lugares de ingresos y salidas del país, que en primer término redunden en mayores tributos al fisco y realizando a la vez la represión del contrabando, así como la detección de productos prohibidos como ser drogas, armamentos entre otros. Además de la fiscalización del tráfico de mercaderías como potestad Aduanera, la obligatoriedad de realizar escaneos a todas las mercaderías que son exportadas a los mercados de la*

Unión Europea y Estados Unidos, es una exigencia de la Organización Mundial de Comercio (OMC) y de los países receptores de las cargas, de manera que no sean rechazadas las exportaciones o sean objeto de excesivas demoras y sobrecostos en los puertos de destino (Se adjunta a la presente copias de documentos que demuestran la necesidad de la compra de los equipos Fojas 08 al 24)" ----------

Continúan los representantes de la Dirección Nacional de Aduana manifestando que: *"Que teniendo en cuenta la indudable importancia desde el punto de vista del control, a ser realizados con los citados equipos, cabe mencionar que la convocante, en la necesidad de adquisición de bienes o servicios es responsable de conseguir la información en que se basa la compra, es su responsabilidad fijar con el máximo rigor y la absoluta motivación, todos los requerimientos que tengan conocimiento para una mejor definición del proceso de contratación del objeto contractual, de sus prescripciones técnicas, así como de las obligaciones futuras del proveedores y de su costo económico aproximado, que en su conjunto aseguren que las mejores condiciones, sin descuidar la transparencia, igualdad y libre competencia. En tal sentido como podrá apreciarse en el Pliego de Bases y Condiciones, se han establecido condiciones mínimas en lo que respecta a las especificaciones técnicas de los bienes a ser adquiridos, dispuestas en dos (2), ítems bien diferenciados, sobre la base de las tareas de escaneo a ser realizados, además de que la presente adquisición es realizada con una GARANTÍA DE FÁBRICA DE 36 MESES, contados a partir de la fecha en que los bienes hayan sido entregados y aceptados en el punto final de destino, lo cual resulta indispensable para la DNA a fin de garantizar que dicha provisión incluya los servicios de: Capacitación y apoyo técnico consistente en la operación de los equipos, normas de seguridades, interpretación de las imágenes y adiestramiento del personal de la DNA, re entrenamiento anual (durante los 3 años que dure la garantía) así como Garantía Total de funcionamiento en condiciones normales de las unidades de hasta 3 (tres) años, la cual podría contemplar reparaciones y repuestos, en caso de ser requeridos , lo cual estará determinado por los distintos niveles de Mantenimientos Preventivos e inclusive Correctivos si fueren necesarios."* ----------

Abg. María José Ayala
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

Continúa su argumentación la Convocante: *"En cuanto al apoyo técnico y/o servicios pos venta, en la oportunidad de responder a consultas de potenciales oferentes, se ha justificado cabalmente la necesidad de dichos servicios no solo en lo que atañe a la correcta operatividad y mantenimiento de los equipos, sino que también responden a cumplimientos de medidas nacionales de seguridad para la Protección contra las Radiaciones ionizadas y para la Seguridad de las Fuentes de Radiación (...) Que hacemos notar dichas bases del PBC, en referencia al primer punto objetado, donde se indica básicamente "que los requerimientos mínimos solicitados coinciden con la marca HCVM e35", a fin de demostrar la ambigüedad de la denuncia presentada, en cuanto a lo afirmado en este punto como ser; a) No indica expresamente que puntos de las especificaciones técnicas se refiere, b) No indica a que ITEM corresponden (existen dos ítems), c) no explica técnicamente como unas especificaciones que al ser mínimas podrían eventualmente coartar la participación y d) No presenta documento probatorio alguno que demuestre o que induzca por lo menos hacia la tal afirmación. Pero por otra parte, en la propia denuncia expresamente indican que se trata de requerimientos mínimos, tal como ya se ha expresado, la DNA ha solicitado condiciones mínimas, lo cual no limita la libre participación, como alega la denunciante, sino que son establecidos requerimientos mínimos que son estrictamente necesarias y responden a las necesidades de uso institucional, que bajo ningún concepto restringe la posibilidad de presentar equipos con capacidades superiores y/o similares a los rangos solicitados."* ----------

Agrega la Convocante: *"Si bien dichos requisitos mínimos, en algunos puntos eventualmente podrían ser coincidentes con algunas marcas, tampoco significa restricción de participación a potenciales oferentes, considerando que a modo de ejemplo, basta con ingresar a páginas de internet donde se pueden verificar la existencia de marcas y modelos a nivel internacional, de equipos y/o scanneres móviles que eventualmente pueden ser ofertados y cumplir a cabalidad con lo solicitado en las bases del proceso, como se citan a continuación: [citan a) Rapiscan M45/Rapiscan*

Abg. María José Ayala
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

Systems, b) MT Series Mobile Container/Vehicle Inspection System – NUCTECH COMPANY, c) ZBV - American Science & Engineering]" ----------

Continúan refiriendo: "Que de entre las marcas citadas, algunas cuentan con representación en el País, como ser RAPISCAN – SIT S.A., NUCETECH – WINNER S.R.L., y en el caso de la marca RAPISCAN, inclusive fueron ofertados equipos similares de rayos x en un proceso reciente (Banco Nacional de Fomento – ID 272295), cuyas marcas cuentan con equipos móviles de escaneo con rayos X que básicamente se ajustarían a los requisitos solicitados y bien pueden eventualmente ser ofertadas en el marco del presente proceso" ----------

En relación al segundo punto denunciado, la Convocante expresa: *"en la oportunidad de la contestación de la protesta que ya ha versado sobre el presente punto hemos demostrado fehacientemente que los requisitos solicitados de experiencias, no pueden considerarse como una restricción a la participación del proceso, o en su caso como ha manifestado en su oportunidad el recurrente…"* ----------

Adjunta la Convocante documentación interna relativa a la solicitud del llamado, las adendas emitidas, Resolución de aprobación del PBC y Pliego de Bases y Condiciones. ----------

Atendiendo a lo transcripto precedentemente esta Dirección Jurídica efectúa las siguientes consideraciones: ----------

Objeta el denunciante dos cuestiones en relación al pliego de bases y condiciones. La primera refiere que las especificaciones técnicas de uno de los ítems están direccionadas a la marca HCVM e35. ----------

Abg. María José Ayala
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

La segunda, hace referencia a que los requerimientos de capacidad de prestación de servicio igualmente se encuentran dirigidas a una empresa que ya había proveído el scanner móvil a la Convocante en un llamado anterior. ----------

Primera cuestión

Respecto al supuesto direccionamiento de las especificaciones técnicas de uno de los scanners debemos mencionar lo siguiente: ----------

El objeto del llamado es la adquisición de dos ítems: el **Ítem N° 1** Scanner Móvil, de 4mev o superior, con Garantía de fábrica total de 36 meses y Seguro contra todo riesgo de 36 Meses y el **Ítem N° 2** Scanner Móvil de 160kvp o superior, con Garantía de fábrica total de 36 meses y Seguro contra todo riesgo de 36 meses. ---------

El denunciante no ha especificado cuál es el ítem impugnado pero ha adjuntado a su denuncia catálogo de la marca HCVM e35 NA, que es un scanner de 4MeV coincidente con lo requerido para el Ítem N° 1, con lo cual entendemos que su denuncia se refiere a este Ítem. ----------

Por otro lado, el denunciante no refiere cuáles son las características que considera se encuentran direccionadas. ----------

La Convocante por su parte ha manifestado que las especificaciones técnicas fueron determinadas en base a las necesidades institucionales y la complejidad de los equipos a ser adquiridos. ----------

Agrega además que el PBC indica que los requerimientos establecidos son mínimos y menciona que existen otras marcas con representación en el país que ofrecen scanner móvil de 4Mev o superior, como ser: **Rapiscan** (4,5Mv) y **MT Series Mobile Container de NUCTECH Company Limited** (4 Mev). ----------

Abg. María José Ayala
Jueza Instructora

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

Asimismo, esta Dirección Jurídica ha solicitado parecer técnico a la Dirección de Tecnologías de Información de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, comunicando esta por su parte que no se encuentra en condiciones de remitir parecer técnico por la complejidad de los equipos a ser adquiridos. ----------

En esta instancia, debemos mencionar el artículo 20 de la Ley N° 2051/03 modificado por la Ley N° 3439/07 que refiere: "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 a la naturaleza específica del contrato**, con el objeto de que concurra el mayor número de oferentes" ----------

El mismo artículo establece además: *"para la participación, contratación o adjudicación en adquisiciones, locaciones, servicios u obras públicas, no se podrán exigir a los participantes requisitos distintos a los señalados por esta ley, no se podrán establecer elementos **que no resulten técnicamente indispensables**, si con ello se limitan las posibilidades de concurrencia a eventuales proveedores o contratistas"* (el resaltado es nuestro). ----------

En este mismo sentido, corresponde al denunciante –de conformidad al art. 2 del Decreto N° 7434/11- la explicación precisa de los elementos que no resultan técnicamente indispensables y que restringen la participación, más aun considerando el carácter altamente técnico y especial del objeto del llamado; y al no haberlo hecho, esta Dirección Jurídica entiende que la Convocante de acuerdo a la naturaleza específica del contrato, ha establecido las especificaciones técnicas que consideraba acorde a las necesidades institucionales. ----------

A lo expuesto debe agregarse que la Convocante, al determinar las especificaciones técnicas ha hecho uso de las disposiciones legales aplicables, dentro de los límites que la discrecionalidad le permite, pues constituye una atribución

discrecional de las entidades convocantes determinar la cantidad o tipo de bienes o servicios a contratar, la que debe encontrar su fundamento en las necesidades que deben ser satisfechas y que necesariamente resultan ser necesidades públicas. ----------

Siendo la Convocante la indicada para conocer sus necesidades y cómo satisfacerlas, se torna una facultad discrecional 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. ----------

A su vez, la determinación de bienes o servicios a contratar, tanto los originalmente establecidos en el pliego de bases y condiciones, como aquellos que resulten del proceso de evaluación de las ofertas, es de exclusiva responsabilidad de la Entidad convocante, de conformidad a la disposición del Art. 27º de la Ley Nº 2051/03.--

Por tanto, es parecer de esta Dirección Jurídica que **la Convocante, al establecer las especificaciones técnicas de los bienes a adquirir, ha hecho uso de sus atribuciones, determinando las características que se ajustan a las necesidades institucionales y la naturaleza del contrato, bajo su exclusiva responsabilidad**. ----------

Segunda Cuestión

En relación al segundo punto denunciado, referente a la capacidad de prestación de servicio, el pliego de bases y condiciones ya ha sido impugnado y objeto de estudio por parte de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, mediante la **Protesta promovida por la firma FALCON S.R.L. contra el Pliego de Bases y Condiciones (PBC) de la Licitación Pública Nacional N° 13/2014 para la "Adquisición de Scanners Móvil", convocada por la Dirección Nacional de Aduanas (DNA) ID 269.402.** ----------

Abg. María José Ayala
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

La referida protesta ha sido resuelta mediante **Resolución DNCP N° 3368/14**, mediante la cual la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas ha sostenido el siguiente criterio: *"De esta forma queda atendido parte del reclamo de la recurrente mediante la emisión de la Adenda N° 3 anteriormente referida por lo que corresponde hacer lugar parcialmente a este punto, en la medida de las argumentaciones expuestas. Ahora bien, queda por analizar el cuestionamiento de la protestante sobre la exigencia de experiencia a los oferentes como parámetro para obtener la adjudicación de un llamado. Al respecto de ello, debemos aclarar que la mera apreciación personal de un oferente, acerca de si es o no necesario un requerimiento como es el de la experiencia, desde ningún punto de vista podría ser argumento suficiente para modificar la voluntad de la Convocante en lo que a ciertos requisitos que la misma considera relevante se refiere, menos aún, en casos como el presente en que la misma aduce que es debido a asegurar el cumplimiento de la función misma de la Aduana de fiscalizar el tráfico de mercaderías por las fronteras y aeropuertos del país, ejercer sus atribuciones en zona primaria y realizar las tareas de represión del contrabando en zona secundaria. (...)En relación al segundo punto de impugnación, consideramos que el PBC original, ratificado por medio de la Adenda N° 3, no presenta una restricción a la participación. Esto es así, debido a que el requisito exigido en el punto b) del apartado F) del Anexo I de la Sección VII al solicitar documentación que acredite haber proveído bienes o servicios similares al objeto del presente llamado, en años anteriores ha sido redactado conforme a las directrices emitidas en el pliego estándar, por lo que consideramos que queda justificada la exigencia establecida por la Convocante"* ----------

En conclusión, **el cuestionamiento referente a la capacidad de prestación de servicio ya ha sido objeto de análisis a raíz de la protesta y ha sido subsanado en su momento por parte de la Convocante mediante la Adenda N° 3, entendiendo la DNCP que con dicha adenda ha quedado subsanada la restricción inicialmente contenida en el PBC.** ----------

Abg. María José Ayala
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

Por lo expuesto precedentemente y no existiendo indicios de irregularidades que ameriten la intervención de oficio de esta Dirección Nacional, corresponde dar por finalizada la presente investigación preliminar de conformidad al art. 17 incisos a) y c) del Decreto 7434/11. ----------

Abg. María José Ayala
Dirección Jurídica-DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abg. Luis Godoy
Dirección Jurídica-DNCP