DNCP/DJ N° 3.656/13 **Caso N° 2.355**

Asunción, 17 de diciembre de 2013.-

"INVESTIGACIÓN PRELIMINAR SURGIDA A PARTIR DE DENUNCIA RECIBIDA A TRAVÉS DEL SISTEMA DE GESTIÓN DE DENUNCIA CON PROTECCIÓN AL DENUNCIANTE, REFERIDA A LA CONTRATACIÓN POR VIA DE EXCEPCIÓN "SERVICIO DE MANTENIMIENTO DE PAGINA WEB", CONVOCADA POR LA SECRETARIA DE TRANSPORTE ÁREA METROPOLITANA DE ASUNCIÓN - (ID. 254.156)".-

A partir de la denuncia recibida por el Sistema de Gestión de Denuncias del Portal de Contrataciones Públicas en fecha 20 de noviembre de 2013; esta Dirección Jurídica luego del estudio de la misma realiza el presente Dictamen Conclusivo en base a las consideraciones de hecho y derecho que se exponen a continuación:

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 Nº 977/96**.-

La denuncia manifiesta: *"La entidad de la SETAMA permitió registrar a nombre de un Particular el Sitio Web de SETAMA, con lo cual crean un vínculo de dependencia del Estado a un solo proveedor, aludiendo que es el único proveedor de prestar el servicio ya que es el dueño de la fuente. La SETAMA no debe estar atada a un solo proveedor, siendo que están sentando un precedente y anulando a todas las otras empresas que estamos incluso presando un mejor servicio que su proveedor actual. Ni siquiera nos permiten competir. Esperamos que esta denuncia sea debidamente canalizada y este llamado sea abierto para todas las empresas del rubro"* (Sic).-

g. Jorge Augusto Granada Torres
Director Jurídico - DNCP

Abg. Adolfo Arce O.
Dirección Jurídica - DNCP
Juez Instructor

En fecha **21 de noviembre del 2013**, por **Nota DNCP/DJ Nº 3.310/13** esta Dirección Jurídica notificó a la Convocante de la denuncia, solicitándole que

EEUU Nº 961 c/ Tte. Fariña - Telefax: 415 4000 R.A. - Asunción, Paraguay
www.contrataciones.gov.py

justifique lo referido e informen sobre el estado del proceso de contratación, en una nota detallada dirigida a la Dirección Jurídica de esta Dirección, así como toda la documentación que consideren pertinente, en el **plazo de 3 (tres) días hábiles**.-

En fecha **22 de noviembre de 2013** la **Unidad Operativa de Contrataciones – UOC** de la **Secretaria de Transporte del Área Metropolitana de Asunción,** a través del **Expediente DNCP N° 17.381**, contesta lo solicitado por **Nota N° 3.310/13**, en el cual manifiesta: *"En primer lugar, debe señalarse que es la Dirección Nacional de Derechos de Autor dependiente del Ministerio de Industria y Comercio quien ha otorgado al potencial oferente el Registro Nacional de Derecho de Autor y no solo la SETAMA…///…Debe mencionarse a demás que el citado registro ha sido otorgado en agosto de 2.012 al Sr. Hugo Alfredo Almada Martínez sobre el software de gestión de contenidos desarrollado por él y utilizado para el sistema de administración e los sitios Web de SETAMA y <u>no propiamente sobre la página web de SETAMA</u>…///…En consecuencia, mal podría la SETAMA obligar al Sr. Hugo Almada Martínez en atención al Contrato N° 06/11 del 02 de julio de 2.011 a ceder sus derechos de propiedad intelectual sobre el software de gestión de contenidos que utiliza para el sistema de administración e los sitios web que decide desarrollar, y ello menos aún si el contrato en cuestión no lo menciona expresamente…///…Si bien es cierto que la ley 2.051/03 en su artículo 37 – Requisitos de los Contratos – establece que "en los contratos de servicios de consultorías, asesorías, estudios e investigaciones, salvo que exista impedimentos, deberá estipularse que los derechos de autor u otros derechos exclusivos que llegaren a generar, invariablemente se constituirán a favor del organismo, de la entidad o de la municipalidad, según corresponda", este no es un proceso ni de consultoría, ni de asesoría, ni estudios o investigaciones, sino un proceso enmarcado en la categoría de "SERVICIOS TECNICOS", según lo ha clasificado automáticamente el propio Portal de Contrataciones Públicas…///… En consecuencia, al tratarse de un proceso enmarcado en la categoría de Servicios Técnicos, es susceptible de aplicársele las disposiciones del artículo 33 – Caso de Excepción- Inciso a) de la Ley 2.051/03, primordialmente el artículo 70 de su decreto reglamentario en la parte que establece: "La titularidad de… derechos de autor u otros derechos exclusivos*

Abg. Jorge Augusto Granada Torres
Director Jurídico - DNCP

Abg. Adolfo Arce O.
Dirección Jurídica - DNCP
Juez Instructor

sobre… servicios determinados solo constituirán supuestos de excepción bajo las siguientes condicione: 1) que la prestación se encuentre amparada legalmente por… derechos de autor o derechos exclusivos, de acuerdo con el régimen de los mismos en cuanto a exclusividad y duración, 2) que la necesidad de la convocante no pueda ser satisfecha igualmente con otros… productos de distinta clase, 3) que la necesidad de la convocante únicamente pueda ser satisfecha por el titular de… derechos de auto u otro derecho exclusivo…///…Se menciona además que la propiedad intelectual del software precisado para el mantenimiento de dicho sitio web es apenas uno de los argumentos que sustentan el proceso por la vía de la excepción…///…Conforme al dictamen UOC N° 01/13 de fecha 29 de octubre de 2.013, difundido en el SICP bajo el I.D. N° 254.156, existen otros argumentos de igual peso que sustentan la adopción de la modalidad del citado proceso, los cuales se transcriben a continuación: Además de la situación expuesta, debe señalarse que el alojamiento web (web hosting) de www.setama.gov.py *se encuentra en el servidor de Haan System de Hugo Almada Martínez, ya que la Setama no cuenta con la infraestructura requerida.* En síntesis el servicio de alojamiento web es proveído por Haan System y *en sus servidores se encuentran almacenados la información , imágenes, videos y cualquier contenido relacionado a dicha web, así como los correos institucionales, ocupando lo citado un lugar específico. Como es bien sabido las empresas que proporcionan espacio en sus servidores a cobran por dicho servicio, y el costo del alojamiento web se encuentra incluido en el servicio de mantenimiento proporcionado por la citada empresa. En virtud de lo señalado, queda suficientemente claro, que ante estas circunstancias no existe otra empresa que pueda satisfacer adecuadamente las necesidades de la SETAMA, puesto que de optar por un proceso abierto se estaría atentando contra el principio de Economía y Eficacia, que obliga a los organismos y entidades del Estado a asegurar las mejores condiciones de contratación en función no solo a la oportunidad y el costo, sino sobre todo la eficacia y calidad del servició precisado. Por todo lo expuesto, esta Unidad Operativa de Contratación considera reunidos suficientemente, las condiciones y elementos exigidos por la normativa que rige las contrataciones públicas para proceder a la contratación por la vía de la excepción con la firma Haan System de Hugo Almada Martínez para el mantenimiento del sitio*

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abg. Jorge Augusto Granada Torres
Director Jurídico - DNCP

Abg. Adolfo Arce O.
Dirección Jurídica - DNCP
Juez Instructor

web www.setama.gov.py, dado que el servicio a ser contratado constituye un elemento indispensable para que la SETAMA mantenga dicha herramienta de visibilidad institucional, que además se constituye en un mecanismo de interacción con los usuarios del transporte y la ciudadanía en general, así como con las empresas concesionarias, de tal forma a agilizar las gestiones, ahorrando tiempo y recursos" (Sic).-

En fecha **17 de diciembre de 2.013**, a través del **Memo DJ N° 1.045/13**, se solicita a la Dirección de Normas y Control de esta Dirección Nacional los antecedentes documentales del llamado de referencia, los cuales fueron remitidos adjuntos al **Memo DNC N° 403** en fecha **18 de diciembre**.

Ante lo precedentemente expuesto, esta Dirección Jurídica encuentra pertinente efectuar las siguientes consideraciones de hecho y derecho que dan sustento al presente Dictamen Jurídico:

La presente denuncia es efectuada en contra la Vía de Excepción bajo la cual fue realizado el llamado de referencia, a raíz de que el mismo supuestamente limita la participación de los oferentes.-

En primer lugar, cabe traer a colación lo dispuesto en el **artículo 33 de la Ley 2.051/03 "De Contrataciones Públicas"**, el cual regula la Vía de Excepción: "*Las Convocantes, bajo su responsabilidad, podrán llevar a cabo los procedimientos de contratación, sin sujetarse a los de la licitación pública o a los de licitación por concurso de ofertas, en los supuestos que a continuación se señalan:*

a. el contrato sólo pueda celebrarse con una determinada persona por tratarse de obras de arte, titularidad de patentes, derechos de autor u otros derechos exclusivos;"

De igual manera el **artículo 70 "Titularidad de patentes, derechos de autor u otros derechos exclusivos" del Decreto Reglamentario N° 21.909/03**, regula la situación que hoy nos ocupa, diciendo: "*La titularidad de patentes, derechos de autor u otros derechos exclusivos sobre bienes o servicios*

Abg. Jorge Augusto Granada Torres
Director Jurídico - DNCP

Abg. Adolfo Arce O.
Dirección Jurídica - DNCP
Juez Instructor

determinados solo constituirán supuestos de excepción bajo las siguientes condiciones:

1. *que la prestación se encuentre amparada legalmente por marca, patente, derecho de autor o derecho exclusivo, de acuerdo con el régimen de los mismos en cuanto a exclusividad y duración.*
2. *que la necesidad de la Convocante no pueda ser satisfecha igualmente con otros artículos, objetos o productos de distinta clase;*
3. *que la necesidad de la Convocante únicamente pueda ser satisfecha por el titular de la marca, patente, derecho de autor u otro derecho exclusivo;"*

El denunciante resalta que la SETAMA permitió registrar a nombre de un Particular el sitio Web, creando así un vínculo de dependencia con el proveedor, situación que la convocante desconoce aludiendo que es la Dirección Nacional de Derechos de Autor, dependiente del Ministerio de Industria y Comercio la encargada de llevar los registros de los derechos de autor, y que la SETAMA nada tiene que ver con el registro en cuestión.

Conforme a los documentos obrantes, se constata el Certificado Nacional de Derechos de Autor, por el cual se inscribe a nombre del Sr. Hugo Alfredo Alamada Martínez, autor y titular del sistema, la obra denominada Sistema de Gestión de Contenidos Dinámicos - SOFTWARE de Gestión de contenidos, necesario para el mantenimiento de los portales desarrollados por la empresa prestadora del servicio.-

De igual manera, la convocante continúa su descargo resaltando los argumentos que fueron fundamento del dictamen de Excepción, refiriendo que el alojamiento web (web hosting) de la página www.setama.gov.py se encuentra en el servidor de Haan System de Hugo Almada Martínez, ya que la Setama no cuenta con la infraestructura requerida. En síntesis el servicio de alojamiento web es proveído por Haan System y en cuanto a servidores se encuentran almacenados la información, imágenes, videos y cualquier contenido relacionado a dicha web, así como los correos institucionales, ocupando lo citado un lugar específico. Como es bien sabido las empresas que proporcionan espacio en sus servidores cobran por

Abg. Jorge Augusto Granada Torres
Director Jurídico - DNCP

Abg. Adolfo Arce O.
Dirección Jurídica - DNCP
Juez Instructor

EEUU Nº 961 c/ Tte. Fariña - Telefax: 415 4000 R.A. - Asunción, Paraguay
www.contrataciones.gov.py

dicho servicio, y el costo del alojamiento web se encuentra incluido en el servicio de mantenimiento proporcionado por la citada empresa.-

Señala además que ante estas circunstancias no existe otra empresa que pueda satisfacer adecuadamente las necesidades de la SETAMA, puesto que de optar por un proceso abierto se estaría atentando contra el principio de Economía y Eficacia, que obliga a los organismos y entidades del Estado a asegurar las mejores condiciones de contratación en función no solo a la oportunidad y el costo, sino sobre todo la eficacia y calidad del servicio precisado.

Siguiendo esta línea de ideas, encontramos que en fecha 14 noviembre el **Departamento de Excepciones**, solicita la verificación del llamado de referencia, a fin de que la **Dirección Técnica en Informática** de esta Dirección Nacional analice si el Dictamen Justificativo de Excepción presentado la SETAMA, y determine si los supuestos alegados de conformidad del artículo 33 de la Ley 2051 se verifican para acreditar la exclusividad en el mantenimiento del Portal Web.

En fecha 14 de noviembre, DTI remite el informe requerido en el cual manifiesta: "*Se observa en el Documento Adjunto que Hugo Alfredo Alamada Martínez tiene registrado un sistema de Gestión de contenidos dinámicos, si se ingresa a la página de la SETAMA se observa que es el proveedor del sistema utilizado por ellos, por tanto corresponde la exclusividad por tratarse del fabricante*"

Ante lo precedentemente expuesto, en primer lugar encontramos que la prestación consiste en el mantenimiento del portal web de la SETAMA, acción que requiere del Software de Gestión de contenidos desarrollado por la empresa Haan System, el cual se halla protegido legalmente por los derechos de autor; y el cual conforme al contrato N° 06/11 celebrado de 2 de julio de 2.011 celebrado en el marco del llamado para "Servicio de Diseño de Sitio WEB", no contempla la cesión de estos derechos a la contratante.

En cuanto a la segunda condición encontramos que la necesidad de la Convocante no puede ser satisfecha igualmente con otros artículos, objetos o productos de distinta clase; ello teniendo en cuenta que el alojamiento de la

Abg. Jorge Augusto Granada Torres
Director Jurídico - DNCP

Abg. Adolfo Aree O.
Dirección Jurídica - DNCP
Abogado Instructor

información se halla en los servidores de la empresa Haan System, prestación accesoria al contrato celebrado.

Ante lo precedentemente expuesto esta Dirección jurídica encuentra acreditados los supuestos exigidos en la norma, ya que la necesidad de la Convocante únicamente puede ser satisfecha por el titular de la Software, el cual además provee el servicio de Web Hosting a la convocante ante la falta de infraestructura de esta.

Por tanto, considerando que la Contratación por Vía de Excepción se halla debidamente fundada, y el proceso fue llevado a cabo siguiendo las directrices de la normativa vigente en la materia, concluimos que no existen méritos suficientes para iniciar una Investigación de Oficio y de conformidad a lo establecido en el inciso a) del artículo 17 del Decreto N° 7.434, se recomienda desestimar la presente denuncia.

Abg. Adolfo Arce O.
Dirección Jurídica-DNCP

Abg. Jorge Granada T.
Dirección Jurídica-DNCP