RECIBIDO 169797 30-12-2020 DGAF Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social

DICTAMEN - D.O.C. Nº 1459/2020

A:	:	DRA. MARTHA PEÑA KIENINGER, DIRECTORA GENERAL DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN Y FINANZAS / DGAF
PROCESO:	:	LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL N° 20/2019 "ADQUISICIÓN DE FACTORES DE COAGULACIÓN" – PLURIANUAL – ID N° 358.503
ASUNTO:	:	AMPLIACIÓN DEL PLAZO DE VIGENCIA DEL CONTRATO ABIERTO N° 408/2019 Y ANÁLISIS DE ADENDA DE CAMBIO DE MARCA
DE:	:	ABG. NORMA POOL RUIZ DIAZ, Directora DIRECCIÓN OPERATIVA DE CONTRATACIONES ABG. MARGARITA MIERES FORNERÓN, Jefa DEPARTAMENTO DE ASESORÍA JURÍDICA Y TÉCNICA – DOC
FECHA:	:	30 – DICIEMBRE – 2020 EXP. 169.797/20 – 140.057/20

Abg. Norma E. Pool Ruiz Díaz Directora Dirección Operativa de Contrataciones Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social

1. ANTECEDENTES

a) Contrato Abierto N° 408/2019, suscrito el 16 de diciembre de 2019, entre el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social (MSPyBS) y la firma PROSALUD FARMA S.A., en el marco de la LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL N° 20/2019 "ADQUISICIÓN DE FACTORES DE COAGULACIÓN" – PLURIANUAL – ID N° 358.503.

b) Nota DGGIES / DG N° 4775/2020 del 17 de noviembre de 2020.

c) Memorándum SEC N° 1385/2020 del 22 de setiembre de 2020.

d) Memorándum DPURM N° 1702/2020 del 02 de octubre de 2020.

e) Nota de conformidad de la firma PROSALUD FARMA S.A. del 02 de noviembre de 2020.

f) Nota DGGIES/DG 4207/2020 con fecha de recepción del 16 de octubre de 2020.

g) Nota DGGIES / DG N° 5313/2020 del 23 de diciembre de 2020.

h) Nota DGGIES / DG N° 4372/2020 del 22 de octubre de 2020.

i) Memorándum D.P.U.R.M. N° 1745/2020 del 09 de octubre de 2020.

j) Nota de la firma PROSALUD FARMA S.A. del 09 de setiembre de 2020.

2. NORMATIVA APLICABLE

a) Ley N° 2051/2003 "DE CONTRATACIONES PÚBLICAS".

b) Decreto N° 2992/2019 "POR EL CUAL SE REGLAMENTA LA LEY N° 2051/2003 'DE CONTRATACIONES PÚBLICAS' Y SU MODIFICATORIA LA LEY N° 3439/2007".

c) Resolución DNCP N° 5695 del 30 de diciembre de 2019.

d) Resolución DNCP N° 4576 del 08 de octubre de 2020 "POR LA CUAL SE ESTABLECEN DIRECTRICES RELATIVAS A LA APLICACIÓN DE LA MODALIDAD DE CONTRATO ABIERTO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN REGIDOS POR LA LEY N° 2051/03"

Abg. MARGARITA MIERES FORNERON JEFA ASESORIA JURIDICA Y TECNICA - D.O.C. M.S.P. y B.S.

3. ANÁLISIS

De manera preliminar al análisis, corresponde indicar que a través del presente dictamen se realiza una verificación cuantitativa relativa al cumplimiento de las condiciones formales de la solicitud planteada.

En cada una de las fases previas han intervenido diversas dependencias de la Institución y, en tal gestión, el celo administrativo propio de la labor estatal nos lleva a asumir que tales instancias han obrado dentro del ámbito de sus atribuciones legales, en el pleno ejercicio de sus funciones y bajo su responsabilidad.

Del análisis de la documentación remitida a esta dependencia, se observa la gestión simultánea de dos solicitudes distintas, pero que corresponden al Contrato Abierto N° 408/2019, suscripto entre la firma PROSALUD FARMA S.A. y el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social en el marco de la Licitación Pública Nacional N° 20/2019 "ADQUISICIÓN DE FACTORES DE COAGULACIÓN" PLURIANUAL – ID N° 358.503.

Conforme a lo anterior, por Expediente N° 169.797/2020, se requiere la extensión de vigencia del Contrato Abierto N° 408/2019 hasta el 31 de diciembre de 2021 y por Expediente N° 140.057/2020, se plantea la gestión de una adenda que formalice el cambio de denominación comercial de uno de los medicamentos cuya provisión fuera adjudicada a la firma PROSALUD FARMA S.A., en el marco del mismo llamado.

A pesar de constituir aspectos distintos de un mismo vínculo contractual, a fin de organizar el análisis y facilitar la comprensión de los elementos propios de cada solicitud, ambos expedientes serán referidos de manera independiente, tal y como se expresa a renglón seguido:

A) Expediente N° 169.797/2020: Extensión de vigencia contractual

En desarrollo del caso sometido a evaluación, se observa que la Dirección General de Gestión de Insumos Estratégicos en Salud (DGGIES) solicitó, mediante la Nota DGGIES / DG N° 4775/2020 del 17 de noviembre de 2020, la adenda de ampliación de vigencia del Contrato Abierto N° 408/2019, suscrito el 16 de diciembre de 2019, entre el proveedor PROSALUD FARMA S.A. y el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social (MSPyBS), en el marco Licitación Pública Nacional N° 20/2019 "ADQUISICIÓN DE FACTORES DE COAGULACIÓN" PLURIANUAL – ID N° 358.503.

La solicitud de la Dirección General recurrente plantea la extensión de la vigencia del contrato referido por un plazo de doce (12) meses, por lo cual el tiempo previsto de terminación al 31 de diciembre de 2020, previsto en la cláusula sexta del Contrato Abierto N° 408/2019, se extendería hasta el 31 de diciembre de 2021.

Los bienes cuya provisión fuera adjudicada a la firma PROSALUD FARMA S.A. en el presente llamado corresponden a medicamentos necesarios para los tratamientos administrados en los distintos servicios del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social y, según se desprende de las informaciones consignadas en el requerimiento de la DGGIES, la ampliación solicitada se justifica en la imposibilidad de ejecutar los montos máximos del contrato en la totalidad de los ítems adjudicados, de forma previa al 31 de diciembre de 2020, debido a la configuración del interés superior *considerando que el Estado Paraguayo está obligado a garantizar el derecho a la vida y la salud, asumiendo el compromiso*

Abg. MARGARITA MIERES CORNERON
JEFA
ASESORIA JURIDICA Y TECNICA - D.O.C.
M.S.P. y B.S.

Abg. Norma B. Pool Ruiz Díaz
Director
Dirección Operativa de Contrataciones
Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social

institucional de velar por el cumplimiento de las normativas vigentes y evitar daños y perjuicios que podría ocasionar al no brindar el tiempo y forma a un determinado paciente el tratamiento".

De esta forma y conforme se observa en la Nota DGGIES / DG N° 4775/2020, el Administrador del Contrato certifica que del monto máximo adjudicado a la firma PROSALUD FARMA S.A. en el ítem N° 2, se han emitido órdenes de compra equivalente al 70% del monto del contrato, siendo superado el valor de la cantidad mínima prevista en la Cláusula Quinta del Contrato Abierto N° 408/2019.

En atención a lo expresado, se recoge que la extensión del plazo de vigencia del Contrato Abierto N° 408/2019 se constituye como la única modificación solicitada en este primer apartado, de manera que no implicará la variación en los montos contratados, en los precios aprobados en el llamado ni se provoca, con el convenio planteado, el otorgamiento de condiciones más ventajosas al proveedor.

Dirimida tal circunstancia, se constituye como ineludible la verificación del sustento legal del procedimiento a ser adoptado para la ampliación y, en tal sentido, nos encontramos con que se prevé un convenio modificatorio sobre la base de una propuesta del Administrador dirigida al proveedor y entregada el 16 de octubre de 2020, aprobada por este último por nota del 02 de noviembre de 2020, lo que nos permite encuadrar el supuesto en las previsiones del Art. 63[1] de la Ley N° 2051/2003.

De manera concurrente, la Resolución DNCP N° 5695 del 30 de diciembre de 2019, en su Art. 43 nos exige que las modificaciones que pudieran pretenderse respecto del vínculo contractual entre el proveedor y el Estado operen durante la vigencia del contrato al cual hagan referencia, constatándose en el caso analizado que nos encontramos con un contrato en vigor hasta el 31 de diciembre de 2020.

Asimismo, con sujeción a las previsiones de la Resolución DNCP N° 4576/2020, ante la coyuntura de haberse alcanzado en la ejecución del Contrato Abierto N° 422/2019 el monto mínimo establecido, resultan aplicables los criterios establecidos por el Art. 9° de tal resolución, que indica:

> Art. 9°.- *"Las modificaciones a ser introducidas a los contratos abiertos con posterioridad a su suscripción se regirán por las disposiciones contenidas en los Artículos 62 y 63 de la Ley N° 2051/2003, atendiendo a las siguientes reglas: (...) e) Cuando la contratante haya alcanzado la ejecución de las cantidades o montos mínimos contratados, dentro del plazo de vigencia originalmente pactado, podrá ampliar el plazo de vigencia hasta como máximo el siguiente ejercicio fiscal"*

Por lo expresado, esta dependencia entiende que concurren, igualmente, las condiciones legales y reglamentarias para el impulso de la adenda solicitada y, por tanto, se remite el proyecto de resolución correspondiente.

B) Expediente N° 140.057/2020: Solicitud de cambio de marca

El aspecto a ser analizado nace en la solicitud formulada por la empresa PROSALUD FARMA S.A., adjudicada con diversos ítems en el marco de la Licitación Pública Nacional N° 20/2019 "ADQUISICIÓN DE FACTORES DE COAGULACIÓN" PLURIANUAL – ID N° 358.503.

---

[1] Ley N° 2051/2003 "DE CONTRATACIONES PÚBLICAS".- Art. 63°.- *"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 en la cantidad de bienes solicitados mediante modificaciones a sus contratos vigentes, dentro de los doce meses posteriores a su firma (...) Cualquier modificación a los contratos deberá formalizarse por escrito por parte de las contratantes".*

Abg. MARGARITA IMPERIO CORNEROS
JEFA ASESORIA JURIDICA TECNICA - D.O.C.
M.S.P. y B.S.

Abg. Rodrigo Pool Ruiz Díaz
Director Operativo de Contrataciones
Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social

El requerimiento de la firma indicada, contenido en la nota del 09 de setiembre de 2020, solicita el cambio de la denominación comercial del ítem 2 de la marca "FACTOR VIII LIOFILIZADO PLASMÁTICO 1.000 UI" a "OCTANATE 1.000 UI", conforme a los argumentos recogidos a continuación "*Posterior a la firma del contrato y en el proceso de ejecución del mismo, la Dirección Nacional de Vigilancia Sanitaria ha autorizado la renovación del Registro Sanitario con la nueva denominación comercial, por lo tanto solicitamos la modificación de la marca consignada en el Contrato N° 408/2019 de la siguiente manera: OCTANATE 1.000 UI*".

Ante el planteamiento de cambio de marca, la Dirección de Planificación y Uso Racional de Medicamentos, mediante el Memorándum D.P.U.R.M. N° 1745/2020 del 09 de octubre de 2020, se expidió otorgando su parecer favorable al pedido indicando que "*Conforme a la verificación documental y la muestra representativa remitida por la Firma solicitante del producto FACTOR VIII Liofilizado plasmático, marca OCTANATE 1.000 UI FABRICADO POR OCTAPHARMA PHARMAZEUTIKA PRODUCKTIONGES M.B.H. PROCEDENCIA AUSTRIA, propuesto para entrega, cumple con las mismas especificaciones técnicas y documentales exigidas para el producto que fuera adjudicado originalmente en el marco del llamado en referencia*" [sic].

La Dirección General de Gestión de Insumos Estratégicos en Salud se hizo eco del informe antecedente, requiriendo a la Dirección Operativa de Contrataciones el impulso de una adenda al Contrato Abierto N° 408/2019, mediante la Nota D.G.G.I.E.S./D.G. N° 4372/2020 del 22 de octubre de 2020.

La Asesoría Jurídica de la Dirección General de Gestión de Insumos Estratégicos en Salud coincide con el tenor de tal requerimiento y, al respecto, por Memorándum A.J. DGGIES N° 549/2020 del 13 de octubre de 2020 señaló que no se observaban reparos en el expediente de referencia.

A fin de asegurar la pertinencia de la solicitud pretendida, esta asesoría requirió al Administrador del Contrato, vía Memorando ASJT – DOC N° 738/2020, un informe de la ejecución contractual y, en respuesta, fue remitida la Nota D.G.G.I.E.S /D.G. N° 5313/2020 del 23 de diciembre de 2020, en la que se indica que el Contrato Abierto N° 408/2019 observa aun dos órdenes de compra pendientes de ejecución.

Analizados los supuestos fácticos, resulta necesario el encuadre del caso en las previsiones legales y reglamentarias que regulan la celebración de convenios modificatorios, con el especial componente del cambio de la denominación del bien contratado y, en tal sentido, nos encontramos con que la propia Ley N° 2051/2003 "DE CONTRATACIONES PÚBLICAS" nos provee el marco para el análisis directo de tal proceder, en el Art. 63[2], que prescribe que las modificaciones contractuales dispuestas por las partes deberán guardar la forma escrita, bajo responsabilidad de las contratantes y por razones fundadas, asegurándose el mantenimiento de los precios unitarios.

En revisión de las condiciones legales previas, nos encontramos con que está asegurado el parecer concordante del Administrador de Contrato y la firma adjudicada y se constata que el cambio en la denominación no representa un desvío de las características propias del bien contratado y, al respecto, es preciso notar que la propuesta de modificación de PROSALUD FARMA S.A. se restringe a tal aspecto, por lo que no contempla una variación en la contraprestación monetaria a ser cumplida por el MSPyBS, lo que asegura la invariabilidad de los precios adjudicados.

El mismo Art. 63, ya referido, proscribe la realización de modificaciones contractuales referidas a especificaciones técnicas, cuando estas impliquen el otorgamiento de condiciones más ventajosas al proveedor, en comparación con aquellas originalmente ofertadas.

ABG. MARGARITA NUÑEZ FORNERON
JEFE
DEPARTAMENTO JURIDICO Y TECNICA - D.O.C.

[2] Ley N° 2051/2003 "DE CONTRATACIONES PÚBLICAS". Art. 63 "(…) *Queda prohibido realizar modificaciones contractuales que se refieran a precios, anticipos, pagos progresivos, especificaciones y, en general, cualquier cambio que implique otorgar condiciones más ventajosas a un proveedor comparadas con las establecidas originalmente*"

Abg. María E. Paol Ruiz Díaz
Directora
Dirección Operativa de Contrataciones
Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social

En tal sentido, debe observarse que no está configurada la condición que prohibiría el impulso de una modificación contractual, al no establecerse condiciones distintas a aquellas ya ejecutadas en los estadios iniciales del Contrato Abierto N° 408/2019.

Por lo tanto, es pertinente traer a colación lo dispuesto por el Art. 715 del Código que señala "*Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, y deben ser cumplidas de buena fe, ellas obligan a lo que este expresado, y a todas las consecuencias virtualmente comprendidas...*" y del que puede colegirse que la suscripción del contrato obligó a las partes al cumplimento expreso de aquello pactado.

Por otra parte, la Resolución DNCP N° 5695 del 30 de diciembre de 2019 prevé que para la procedencia de convenios modificatorios deberán exponerse las justificaciones de la solicitud de modificación, las cuales están contenidas tanto en las pruebas arrimadas por la firma proveedora como en las verificaciones realizadas por el Administrador del Contrato.

Por todo lo anterior, es criterio de esta Asesoría entender por reunidas las condiciones para la aprobación de la adenda de cambio de marca solicitada y la emisión del correspondiente acto administrativo.

Finalmente, vale indicar que las opiniones vertidas en el presente dictamen constituyen recomendaciones no vinculantes y, en tal sentido, no representan una limitación al ejercicio de las facultades que, legal y reglamentariamente, le corresponden al destinatario de las mismas.

4. CONCLUSIÓN

Conforme al análisis previo, se eleva a consideración la emisión de resolución que autorice extensión de vigencia y cambio de la denominación comercial del ítem 2, de Cláusula Quinta del Contrato Abierto N° 408/2019, suscrito el 16 de diciembre de 2019, entre el proveedor PROSALUD FARMA S.A. y el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social (MSPyBS), en el marco de la LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL N° 20/2019 "ADQUISICIÓN DE FACTORES DE COAGULACIÓN" – PLURIANUAL – ID N° 358.503, conforme a los argumentos precedentemente expuestos.

ES NUESTRO DICTAMEN.

Abg. MARGARITA MIERES FORNERON
JEFA
ASESORIA JURIDICA Y TECNICA - D.G.A.
M.S.P. y B.S.

MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA Y BIENESTAR SOCIAL
DIRECCIÓN OPERATIVA DE CONTRATACIONES
Abg. Norma Pool Ruiz Díaz
Director
Dirección Operativa de Contrataciones
Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social