Dictamen DNCP/DJ N° 9541/20

DATOS DEL PROCEDIMIENTO

Procedimiento Jurídico:	Cierre Directo
Fecha de Dictamen:	11/8/2020
ID:	373431
Procedimiento de Contratación:	Licitación Pública Nacional
Modalidad Complementaria:	No Aplica
Nombre de la Licitación:	Adquisición de concentrado de complejo de protrombina humana, activador tisular del plasminógeno recombinante e iobitridol 300 mg para hospitales especializados del MSPYBS
Entidad Convocante:	Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social
Denunciante:	Caso N°453 – Con protección de identidad
Tema General:	Pliego de Bases y Condiciones
Tema Específico:	EE.TT. limitativas, restrictivas o direccionadas

RESULTADO

1. Ordenar el cierre del Caso N°453.
2. Recomendar al denunciante que proteste contra el Pliego de Bases y Condiciones y sus adendas.
3. Comunicar a quienes corresponda.

CUESTIÓN CONTROVERTIDA

El denunciante manifiesta que el Pliego de Bases y Condiciones establece requisitos limitantes en lo que respecta a lo solicitado en el ítem 1. Indica que las EE.TT. requeridas solo puede ser cumplida por un fabricante que a su vez tiene solo un solo representante y distribuidor local.

Si bien la argumentación expuesta por el denunciante hace referencia a criterios puntuales de calificación, los mismos repercuten directamente en la capacidad de cumplimiento del requisito de los oferentes que tengan interés en participar, por lo tanto, estos potenciales oferentes - que se encuentran interesados en participar - , son los que cuentan con un interés legítimo de impugnar requisitos por los cuales se sientan agraviados, por considerarlos limitantes; y la vez éstos se vuelven coadyuvantes del Estado y se encuentran sometidos al deber de colaboración para que la entidad logre el fin del interés público que persigue.

Se ordena el cierre del Caso N°453, al constatarse un interés particular en la convocatoria, y en razón a que la vía de impugnación no es la denuncia sino la protesta, de conformidad a lo establecido en el art. 142 del Decreto Nº2992/19. Así también, se señala al denunciante que se encuentra vigente la Resolución DNCP N°572/20 "*POR EL CUAL SE ABROGAN LA RESOLUCIÓN DNCP N°5702/19 Y SE REGLAMENTA LOS PROCEDIMIENTOS SUSTANCIADOS EN LA DIRECCION JURÍDICA DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS*".

DENUNCIA:

Señores DNCP, hemos observado la licitación con ID 373431 ADQUISICION DE CONCENTRADO DE COMPLEJO DE PROTROMBINA HUMANA, ACTIVADOR TISULAR DEL PLASMINOGENO RECOMBINANTE E IOBITRIDOL 300 MG PARA HOSPITALES ESPECIALIZADOS DEL MSPYBS; que compone 3 ítems y se tiene previsto que la adjudicación sea por el total; en dicha convocatoria en el ítem 1 se solicita "Iobitridol Inyectable" con la siguiente especificación técnica: Contraste Iodado endovenoso no iónico de 300 mg.l/ml.

La denominación del ítem 1 debería ser simplemente MEDIO DE CONTRASTE y describir la especificación técnica tal como lo hace el PBC.

Sin embargo, de la forma en que está expuesta, el nombre del ítem 1 hace que el llamado este totalmente dirigido a un solo producto por lo que no se podrá competir en dicha licitación; el motivo de esta afirmación es que el principio activo / droga "iobitridol" posee sobre el derecho de patentes a favor de un solo fabricante que a su vez tiene un solo representante y distribuidor local; con lo que toda la licitación será para este representante distribuidor.

La forma en que esta denominada el ítem 1, hace que los demás medios de contraste del mercado (de fabricantes internacionales de prestigio, habilitados en el país y comercializado por empresas con trayectoria) no puedan presentarse, aun cumpliendo íntegramente con las EETT y otros requisitos previstos en el PBC.

Para que la DNCP tenga una mejor ilustración del caso, manifestamos que iobitridol (droga prevista en el PBC) es competencia de iopamiron, iopromida y otros; que cumplen la especificación técnica de ser un contraste endovenoso NO IONICO de 300 mg.l/ml. Por tal motivo, estas EETT del ítem 1 pueden ser cumplidas por varias marcas comerciales como Iopamiron, Xenetix y Ultravist; sin embargo, al solicitar la droga especifica (Iobitridol) solo una empresa podrá cotizar y ganar la licitación.

El ítem 1 debe solicitar que los oferentes coticen el medio de contraste que cumpla con las EETT descritas en el PBC y no dirigir el llamado a una única droga (iobitridol) pues la misma solo puede cotizar un proveedor, vulnerando de esa manera los principios rectores de la ley 2051/03, imposibilitando la libre competencia que tiene como consecuencia las consabidas distorsiones en los precios privando al estado comprar productos a precios reales de mercado.

Peticionamos a la DNCP a que investigue este llamado y solicite al Ministerio que permita la competencia en obediencia a los mandamientos legales, reformulando la denominación del ítem 1 a fin de posibilitar la cotización de Medios de Contraste con otros drogas que cumplan con las EETT, de manera a que más marcas comerciales compitan; siempre cumpliendo con los datos técnicos previstos en el PBC, y lograr las mejores condiciones de contratación tal como proclama la ley 2051/03 de contrataciones públicas.

ACUMULACIÓN DE CASOS:

No aplica.

ANTECEDENTES/PEDIDOS DE INFORME:

No aplica.

NOTIFICACIONES:

No aplica.

CONTESTACIONES:

No aplica.

ANÁLISIS:

El denunciante manifiesta que el Pliego de Bases y Condiciones establece requisitos limitantes en lo que respecta al ítem 1 -"Iobitridol Inyectable" con la siguiente especificación técnica: Contraste Iodado endovenoso no iónico de 300 mg.l/ml-; en razón a que dicha droga posee el derecho de patentes a favor de un solo fabricante que a su vez tiene solo un solo representante y distribuidor local, en tal sentido afirma que el proceso está totalmente dirigido a un solo producto, lo que dificulta la concurrencias de otras firmas ya que la adjudicación está prevista por el total.

Si bien la argumentación expuesta por el denunciante hace referencia a criterios puntuales de calificación, los mismos repercuten directamente en la capacidad de cumplimiento del requisito de los oferentes que tengan interés en participar, por lo tanto, son estos potenciales oferentes - que se encuentran interesados en participar - , los que cuentan con un interés legítimo de impugnar requisitos por los cuales se sientan agraviados, por considerarlos limitantes; y la vez éstos se vuelven coadyuvantes del Estado y se encuentran sometidos al deber de colaboración para que la entidad logre el fin del interés público que persigue.

En ese sentido, resulta importante aclarar al denunciante que en caso de disconformidad respecto a alguna condición o requerimiento del PBC por considerarla restrictiva o limitante cuenta con el mecanismo de impugnación de la **PROTESTA** previsto en la normativa, al que deben recurrir las partes si es que consideran que se ha vulnerado los derechos de los oferentes en el proceso de contratación o que se han lesionado sus derechos como oferente en el proceso de contratación.

Cabe destacar que, la **protesta** es un mecanismo de impugnación regulado en los Art. 79 y 80 de la Ley 2051. Asimismo, es reglamentado por el **Decreto N° 2992/19** ***"POR EL CUAL SE REGLAMENTA LA LEY N° 2051/2003 'DE CONTRATACIONES PÚBLICAS' Y SU MODIFICATORIA LA LEY N°3439/2007"*****,** *ART. 129° De la forma en cuanto a la presentación de protesta y denuncias.*

Así también, se señala que se encuentra vigente la **Resolución DNCP N° 572/20** ***"POR EL CUAL SE ABROGAN LA RESOLUCIÓN DNCP N° 5702/19 Y SE REGLAMENTA LOS PROCEDIMIENTOS SUSTANCIADOS EN LA DIRECCION JURÍDICA DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS".***

Conforme a todo lo expuesto, indicamos que **el denunciante debe PROTESTAR CONTRA EL PLIEGO Y SUS ADENDAS**, puesto que las bases de la convocatoria solo pueden ser modificadas de manera previa a la etapa citada. Atendiendo a la *"NATURALEZA CONTRACTUAL DE LOS PLIEGOS"* como conjunto normativo y regulador del relacionamiento entre la Administración y el Adjudicado, necesariamente el PBC debe adquirir *"FIRMEZA JURÍDICA"* con respecto a los participantes y, especialmente con respecto al adjudicado.

> ***"…Los pliegos de las licitaciones o concursos públicos contienen un conjunto de prescripciones que comprenden desde reglas de procedimiento, requisitos técnicos y financieros de las ofertas y criterios de selección hasta cláusulas de naturaleza contractual que regirán la futura relación con el adjudicatario…"[1];***
>
> ***"…Antes de la publicidad de los pliegos -requerida normativamente- no operan efectos jurídicos directos en la esfera de los particulares interesados, por lo que permanecen como actos internos de la Administración. Pero una vez que han cobrado publicidad, los pliegos asumen una condición normativa o reglamentaria hasta el***

[1] CASSAGNE, Juan Carlos. "EL CONTRATO ADMINISTRATIVO". Tercera Edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires – Argentina, Año: 2009, pág. 75.-

momento de la presentación de las ofertas… A partir de allí y hasta la adjudicación, los pliegos no pierden su carácter normativo o reglamentario, aunque bajo un régimen peculiar que, en principio, excluye la posibilidad de modificar las reglas de juego sobre las cuales los oferentes formularon sus propuestas…"[2].

Por todo lo expuesto, en base a lo denunciado y al hecho que la denuncia no es el medio de impugnación pertinente dispuesto en la normativa para los casos de interés particular en la reformulación de las bases concursales y **el denunciante cuenta aún con plazo legal para efectuar formal protesta contra el pliego de bases y condiciones**.

En este orden de cosas y bajo los argumentos expuestos precedentemente corresponde a esta Dirección Jurídica concluir que en virtud de lo dispuesto en el Art. 142 del Decreto 2992/19 , que establece: "*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*", corresponde el cierre del Caso N°453, indicando al denunciante que esté atento a las resultas de la protesta supramencionada, con la salvedad que de surgir reclamos puntuales actuaremos en el ámbito de nuestra competencia.

De conformidad al protocolo de aplicación de medidas preventivas ante el riesgo de expansión del coronovirus (covid-19) en los Organismos y Entidades del Estado[3] el presente dictamen ha sido emitido por medios remotos de comunicación.

Abg. MANUELA CRISTALDO
Dirección Jurídica – DNCP

Abg. MARIA EUGENIA OTAZO APONTE
Directora Jurídica – DNCP

[2] Ob. cit. pág. 75 y 76.-
[3] Decreto N°3442 de fecha 9/03/2020, Resolución Secretaría de la Función Pública Nº146/2020.