NOTA DNCP/DJ N°13594/17

CASO N°3676

Asunción, 16 de noviembre de 2017.

DENUNCIA INGRESADA POR EL SISTEMA DE PROTECCIÓN AL DENUNCIANTE REFERIDA A SUPUESTAS IRREGULARIDADES EN EL MARCO DEL LLAMADO A LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL SBE N°04/17 PARA LA CONTRATACIÓN DE SEGURO MÉDICO PARA FUNCIONARIOS – PLURIANUAL, CONVOCADO POR EL SERVICIO NACIONAL DE CALIDAD Y SANIDAD VEGETAL Y DE SEMILLAS (SENAVE) - ID 329.319. ----------

A partir de la denuncia recibida en fecha 01 de noviembre de 2017 a través del Sistema de Gestión de Denuncias del Portal de Contrataciones Públicas e individualizada como Caso N°3676; esta Dirección Jurídica, luego del estudio de la misma realiza este Dictamen Conclusivo, en base a las consideraciones de hecho y derecho que se exponen a continuación:----------

Cabe recordar, que 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 Nº977/96. -----

En la citada denuncia recibida se ha expuesto, que: *"Por este medio hacemos formal denuncia de una situación irregular que se desarrolla en la ejecución de una licitación identificada con el nro. 329319 del SENAVE, en la que* ***la convocante en la ejecución del contrato con la firma Promed S.A., incorpora dos sanatorios denominados San Martin de Asunción y el Sanatorio Metropolitano de la Ciudad de Fernando de la Mora****. Estos dos Sanatorios mencionados no estaban en la lista de Sanatorios presentados en ocasión de la apertura de oferta como tampoco estaban en la lista de los Sanatorios ofrecidos por el adjudicado en la fecha de celebración del contrato respectivo. Por ende,* ***incorporar ahora a estos Sanatorios que no formaban parte de los Sanatorios originalmente presentados representa para los Sanatorios que estábamos en la oferta original una clara afrenta al principio de igualdad, transparencia, equidad y competencia,***

Abg. María Laura Maciel
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

principios cardinales que sustenta la ley 2051/03.- *Para aquellos sanatorios que estamos trabajando en la prestación del servicio que nos requieren los beneficiarios de este contrato que son los funcionarios del SENAVE, REPRESENTA UN GRAVE PERJUICIO HABIDA CUENTA QUE: SE INCOPORA EN LA LISTA DE SANATORIOS PRESTADORES DE SERVICIOS A DOS SANATORIOS QUE NO ESTABAN EN LA LISTA PRESENTADA POR EL OFERENTE , NI TAMPOCO ESTABAN EN LA LISTA DE SANATORIOS EN EL DIA DE LA FIRMA DEL CONTRATO, ASI COMO TAMPOCO ESTAN PRESTANDO EL SERVICIO QUE YA SE HA DADO INICIO. INCORPORARLOS AHORA ES UN ATENTADO CONTRA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL SENTIDO QUE: LOS SANATORIOS QUE FORMAMOS PARTE DE LA OFERTA HEMOS EN LA FECHA DE LA APERTURA DE OFERTA CUMPLIDO CON TODOS LOS REQUERIMIENTOS TANTO LEGALES Y TECNICOS COMO DE INSFRAESTRUCTURA MEDICA EN GENERAL, PETICIONADO EN EL PLIEGO DE BASES Y CONDICIONES. Entendemos que para ser parte de la oferta y su posterior adjudicación y por sobre todo para ser parte de los Sanatorios en la ejecución del Contrato, deberían de haber estado en la lista de Sanatorios propuestos y cumplir con todos los requisitos legales, técnicos y de infraestructura que se les ha solicitado a todos los sanatorios que estamos en la lista en la oferta presentada por el oferente Promed S. A. Además, en la lista de Sanatorios ofrecidos se hallan Sanatorios que en la Actualidad prestamos servicios a las funcionarias y funcionarios del SENAVE sin inconvenientes de ninguna índole, es más poseemos categoría de mayor nivel y de certificación de servicios óptimos, que los Sanatorios incorporados no lo tienen, y lo hacemos tanto en la Ciudad de Fernando de la Mora, así como en Asunción. Por ende, no entendemos ni encontramos argumentos válidos para la incorporación de los Dos Sanatorios tanto San Martin como Metropolitano en la ejecución de este Contrato. Enfatizamos que dichos Sanatorios no pueden estar en la actualidad en el listado de Prestadores de Servicios pues ellos no han participado del proceso licitatorio, ni han formado parte de la oferta y su incorporación es tardía y ocasiona un perjuicio grave a los Sanatorios que estamos prestando el servicio tanto en Asunción como en Fernando de la Mora y que hemos participado del proceso licitatorio como prestadores de servicios de la empresa adjudicada Promed S.A, en la ejecución de este contrato. Por todo lo expuesto solicitamos la intervención de la Dirección Nacional de Contrataciones en este proceso cuya ejecución se halla en curso y por ende*

Abg. María Laura Maciel
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

arbitre los medios para que dichos sanatorios no integren la lista de prestadores de conformidad a los argumentos expuestos. Para los Sanatorios que prestamos servicios tanto en la Ciudad de Fernando de la Mora y Asunción, sede de estos sanatorios incorporados, es un perjuicio económico potencial habida cuenta que los beneficiarios de este contrato podrán optar por concurrir a estos sanatorios y dejar de concurrir a los nuestros, que si hemos participado del proceso en carácter de sanatorios prestadores de la empresa oferente y adjudicada Promed S.A. De procederse a la incorporación de estos dos sanatorios sería una competencia desleal, arbitraria, ilegal y reñiría con la transparencia. El artículo 26 de la Ley 2051/03 dispone cuanto sigue: Artículo 26.- EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS "La evaluación de las ofertas se llevará a cabo por comités de evaluación en base a la metodología y parámetros establecidos en las bases de la licitación, en esta ley y en el reglamento". En base a las consideraciones expuestas, conforme a los hechos expuestos en concordancia con las disposiciones citadas resulta claro que los miembros del Comité Evaluador cuentan con la obligación de realizar un dictamen completo y minucioso el cual debe contener cada punto observado en las ofertas como así también deben contener el análisis minucioso del cumplimiento de las especificaciones técnicas y documentaciones requeridas en el Pliego de Bases y Condiciones. Estos aspectos no fueron tomados en cuenta por la Convocante puesto que las Evaluación de la oferta ya se ha producido en su oportunidad y en dicha oferta no estaban los Sanatorios San Martin y Metropolitano, por lo que dichos sanatorios no pueden ser integrantes de los Sanatorios Prestadores de Servicios de esta Licitación. La DNCP en su Resolución 417/17 expone cuanto sigue: "Así, se recuerda que, a los efectos de su participación en los procesos de compras públicas, las empresas interesadas deben preparar sus ofertas según las indicaciones estipuladas en el Pliego de Bases y Condiciones del llamado de que se trate. En cada caso, dichas ofertas deben contener toda la documentación e información ahí dispuesta, agrupada de acuerdo a las formalidades especificadas para su diligente y oportuna presentación en el plazo previsto. Es así que una vez lista, esta recopilación de datos constituye una oferta completa y capaz de bastarse a sí misma a los efectos de su consideración y evaluación por la entidad convocante. En esta tesitura, la documentación que formara parte de las ofertas debe cumplir los recaudos previstos en el PBC a la fecha fijada para su presentación, Es otro de los aspectos que la Convocante no tiene en cuenta

Abg. María Laura Macieri
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

que, en la fecha fijada para la presentación de la oferta, dichos sanatorios no formaban parte de la lista de prestadores ofrecidos por el Oferente adjudicado. Que, en atención a las breves pero concluyentes argumentaciones de hecho y de derecho solicitamos a la Dirección Nacional de Contrataciones lo siguiente: Intervenir en el proceso de ejecución de dicha licitación a los efectos de arbitrar los medios para que los sanatorios que no han sido propuestos en la lista de prestadores de servicios médicos en la oferta de la firma oferente y adjudicada DE LA LICITACION LPN /SBE NRO 04/17 DE CONTRATACION DE SEGURO MEDICO PARA FUNCIONARIOS DEL SENAVE IDENTIFICADO CON EL ID N 329319.- no sean incorporados en la lista de prestadores de servicios por las razones expuestas en este escrito". (Sic) ***[El resaltado es nuestro]***. ----------

Que, por medio de la **Nota DNCP/DJ N°12975/17** remitida a **LA CONVOCANTE - SERVICIO NACIONAL DE CALIDAD Y SANIDAD VEGETAL Y DE SEMILLAS (SENAVE)**, se solicita que eleve informe sobre la supuesta irregularidad argüida en la denuncia individualizada como CASO N° 3676. ----------

Que, en **fecha 10 de noviembre del 2017** la Directora de la UOC Lic. Teresa E. de Gwynn de la Convocante –SENAVE-, se presenta a **contestar el pedido de informe**, mediante Expediente DNCP N°10085 ingresado en Mesa de Entrada de esta Dirección Nacional, expresando cuanto sigue: "*De todo lo expuesto y examinado detenidamente los antecedentes traídos a la vista de esta Asesoría tenemos que la denuncia presentada no se ajusta a la realidad de los hechos, en razón de que hasta la fecha el SENAVE ni la firma adjudicada, en este caso PROMED S.A., han incorporado a los Sanatorios señalados en la denuncia. Sin embargo, debemos informar a la DNCP, que la Institución ha recibido una abrumadora cantidad de reclamos de parte de los funcionarios de la Institución, por la desafectación de los Sanatorios San Martín y Metropolitano de los servicios o sanatorios ofrecidos por la firma PROMED S.A., conforme se demuestra con una copia de los correos recepcionados por el área de Gestión de Personas. En efecto, una gran cantidad de funcionarios, incluso el Sindicato de Trabajadores Funcionarios del Servicio Nacional de Calidad y Sanidad Vegetal y de Semillas (SINTRASENAVE), se han manifestado en contra de la exclusión de estos sanatorios, ya que los mismos son utilizados por un gran número*

Abg. María Laura Kaciel
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

de funcionarios y sus familiares que trabajan y residen en el Departamento Central y sus áreas de influencia e incluso de aquellos que residen en el interior del país. Ante esta situación, se dispuso solicitar a la firma PROMED S.A., conocer los motivos por los cuales dichos sanatorios fueron desafectados de los servicios ofrecidos, de manera a informar a los funcionarios las causas que motivaron dicha decisión. Asimismo, el SENAVE, por medio de la Dirección de Contrataciones por Nota DC N°339/17 solicitó a la firma PROMED S.A., la inclusión de los mencionados sanatorios; del cual la firma acusó recibo del pedido e informó que el Directorio de Protección Médica S.A., se encuentra abierta a que se realicen las consultas que sean pertinentes a la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, para tales efectos. En el mismo sentido, ***consta en el expediente la nota de presidencia N°579/17 de fecha 12 de octubre del 2017, por el cual el SENAVE solicita el parecer de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas a los efectos de incorporar a los Sanatorios San Martín de Asunción y Metropolitano de Fernando de la Mora, al listado proveído en virtud al Contrato N°28/17****. En dicha presentación el SENAVE expuso que el contrato entre SENAVE y PROMED S.A., viene ejecutándose normalmente y que esta inclusión no representaba ningún incremento del costo ofertado, ni generará ningún tipo de condición ventajosa a la Prestadora del Servicio y que por el contrario redundará en beneficio de todos los funcionarios de la institución, con la posibilidad de acceder a los mismos servicios en mayores sanatorios, que los originalmente declarados. De todo lo expuesto, concluimos* ***que el SENAVE se ha visto en la necesidad de realizar los trámites para incorporar a los sanatorios señalados, a raíz de los numerosos reclamos realizados por los funcionarios de la Institución****, toda vez que la reglamentación vigente lo permita y la Dirección Nacional de Contrataciones se expida favorablemente. Es decir, la Institución en forma transparente y a través del órgano regulador de las Contrataciones del Estado, ha realizado consultas pertinentes a los efectos de incorporar ordenadamente a los sanatorios señalados, de manera que los funcionarios del Departamento Central puedan contar con dichos sanatorios. Por otra parte,* ***el supuesto argumento de que los sanatorios que prestan servicios tanto en la ciudad de Fernando de la Mora y Asunción, se verían afectados por esta inclusión, lo cual les representaría un perjuicio económico potencial, ya que los beneficiarios de este contrato podrán optar por concurrir a estos sanatorios y dejar de concurrir a***

Abg. María Laura Maciel
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

aquellos, sería una competencia desleal, arbitraria, ilegal y reñiría con la transparencia, no sostiene fundamento legal ni lógico alguno. La decisión del funcionario de acudir a tal o cual sanatorio es un derecho que legítimamente le corresponde*, por lo que concierne a los sanatorios brindar el mejor servicio a su alcance, y no pretender limitar la posibilidad del funcionario de elegir un servicio hospitalario de su preferencia y de más rápido alcance para los casos de urgencia médica. Es interés del SENAVE que los funcionarios accedan a la mejor cobertura de salud posible dentro del marco de este contrato, lo cual fue establecido en el objeto del llamado, instrumentado mediante el pliego de bases y condiciones. Por tanto, solicitamos que la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas rechace la denuncia presentada, por los fundamentos expuestos precedentemente y principalmente porque* ***en el presente llamado no se han alterado el contrato suscripto originalmente, ni las especificaciones técnicas establecidas y que, con las inclusiones de los sanatorios solamente se pretende acceder a los mismos servicios ofertados, con más sanatorios disponibles a favor de los funcionarios de la institución y sus familiares***". (Sic) [El resaltado es nuestro]. --------

Que, la Entidad Convocante ha arrimado las siguientes documentales conjuntamente con su escrito de descargo: ----------

- Print de pantalla de los correos remitidos por los funcionarios del SENAVE solicitando la inclusión de los Sanatorios Metropolitano y San Martín (fs. 4 al 18 del descargo de la Convocante);
- Nota remitida por la firma PROMED S.A. al Presidente del SENAVE Ing. Agr. Oscar Cabrera Narváez, donde se indica: *"...el Directorio de Protección Médica S.A. ha resuelto informar que nuestra empresa está abierta a que se realicen las consultas pertinentes a la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, en el sentido si es posible incorporar a nuestra cartilla a los Sanatorios San Martín (asunción) y Metropolitano (Fernando de la Mora)…";*
- Nota Presidencia N°579/17 de fecha 12 de octubre de 2017 de Consulta del SENAVE a la DNCP, respecto a la incorporación de los mencionados sanatorios; y,

Abg. María Laura Maciel
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

- Nota DNCP/DJ N°12257/17 de fecha 20 de octubre de 2017 de Respuesta a la Consulta realizada. ----------

Que, <u>esta Dirección Jurídica luego del estudio, realiza el presente Dictamen Conclusivo en base a las consideraciones de hecho y derecho que se exponen a continuación</u>: ----------

Que, la denuncia transcripta señala que la Entidad Convocante en la ejecución del contrato con la firma Promed S.A. incorpora dos sanatorios denominados San Martin de Asunción y el Sanatorio Metropolitano de la Ciudad de Fernando de la Mora y en tal sentido, arguye el denunciante que, incorporar estos sanatorios que no formaban parte de los sanatorios originalmente presentados por la adjudicada atentaba contra los principios de igualdad, transparencia, equidad y competencia, que sustentan la Ley 2051/03. ----------

A su turno, la Entidad Convocante indica que en efecto una gran cantidad de funcionarios, incluso el Sindicato de Trabajadores Funcionarios del Servicio Nacional de Calidad y Sanidad Vegetal y de Semillas (SINTRASENAVE) se han manifestado en contra de la exclusión de estos sanatorios y sobre el particular, remitió la Nota DC N°339/17 solicitando a la firma PROMED S.A. la inclusión de los mencionados sanatorios; la que en respuesta señaló que se encontraba abierta a que se realicen las consultas al respecto de la inclusión ante la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas. ----------

Que, de las documentales obrantes en el descargo se encuentran las Notas de solicitud de inclusión y la respuesta dada por la firma PROMED S.A.; así como también la consulta realizada ante esta Dirección Nacional en cuanto a la posibilidad de inclusión de los dos sanatorios al Listado de Sanatorios proveídos en virtud al Contrato N°28/17 suscripto entre el SENAVE y la forma Protección Médica S.A. para la contratación de seguro médico para funcionarios. ----------

En primer lugar, la Dirección Jurídica aclara que el asesoramiento brindado en cuanto a los casos sujetos a su consideración por medio de las CONSULTAS, debe ser entendido en

Abg. María Laura Maciel
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

sentido genérico, es decir, la facultad consultiva no puede ejercerse con relación a casos o situaciones concretas, sino que consiste en emitir consideraciones de orden general que sirvan como insumo para la toma de decisiones de las respectivas Instituciones. ----------

Que, en el caso en particular, se denota que la inclusión de los Sanatorios San Martin y Metropolitano al Lista de Sanatorios proveídos originalmente por la firma aseguradora PROMED S.A. mediante Contrato N°28/17, **a la fecha no se ha efectivizado**; no obstante, la **Convocante alega que ha iniciado los trámites para dicha inclusión**, previo consentimiento con la proveedora del servicio. ----------

Que, es importante remitirnos a lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley N°2051/03 De Contrataciones Públicas –CONVENIOS MODIFICATORIOS EN ADQUISICIONES, LOCACIONES Y SERVICIOS-: *"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 de cantidades de bienes solicitados mediante modificaciones a sus contratos vigentes, dentro de los doce meses posteriores a su firma, siempre que el monto total de las modificaciones no rebase, en conjunto, el veinte por ciento del monto o cantidad de los conceptos y volúmenes establecidos originalmente en los mismos y el precio unitario de los bienes sea igual al pactado originalmente (…).* ***Cualquier modificación a los contratos deberá formalizarse por escrito por parte de las contratantes*** *y los instrumentos legales respectivos serán suscriptos por el funcionario o empleado público que lo haya hecho en el contrato original o quien lo sustituya o esté facultado para ello.* ***Queda prohibido realizar modificaciones contractuales que se refieran a precios, anticipos, pagos progresivos, especificaciones técnicas y, en general, cualquier cambio que implique otorgar condiciones más ventajosas a un proveedor comparadas con las establecidas originalmente***". [El resaltado es nuestro]. --

Que, de la norma transcripta se desprenden cuáles son los requerimientos legales para la suscripción de Adendas y/o Convenios Modificatorios y en tal sentido, se denota que los mismos deben estar debidamente fundados; es así que, es significativo destacar que cualquier modificación que la Administración pretenda realizar deberá ceñirse a la normativa legal vigente y en la medida que la Entidad Convocante menciona que la modificación (inclusión) al Contrato N°28/17 originalmente pactado no alterarían las especificaciones

Abg. María Laura Maciel
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico DNCP

técnicas, ni el alcance del servicio contrato y mucho menos el precio del contrato -*a prima facie*- esta Dirección Jurídica no observa irregularidad manifiesta alguna en lo pretendido por el SENAVE. ----------

Que, las modificaciones en los contratos tienen ciertas limitaciones, que tienen que ver principalmente con la no violación del principio de igualdad que rige a los procesos de contratación. ----------

Como se denota el art. 63 de la Ley, prohíbe la realización de modificaciones a las condiciones contractuales que impliquen condiciones más ventajosas para el Proveedor o Contratista, en relación a las establecidas originalmente, por lo que, si la inclusión de los nuevos hospitales no supondría una condición más ventajosa y no alteraría el precio del contrato, entiende **esta Dirección que la inclusión de tales Sanatorios sería viable, siempre y cuando la Entidad Convocante suscriba la correspondiente adenda al contrato, a fin de efectivizar la inclusión de los sanatorios y evitar cualquier inconveniente futuro ante una verificación contractual por parte de la DNCP**. ----------

En igual sentido, se recuerda a la Convocante que debe contar con los documentos respaldatorios de la citada adenda que justifiquen tal modificación al contrato y sobre ello, la Doctrina ha puesto énfasis en señalar la necesidad de motivar los actos como elemento de la legitimidad del acto y de la *"juridicidad"* y "r*azonabilidad*" de las relaciones jurídicas (FIORINI[1]), con quien coincidía ESCOLA[2], como "*índice de su legalidad*" (DIEZ[3]), o exigencia de una conducta racional en un Estado de Derecho (GORDILLO[4]). ----------

Por lo expuesto, esta Dirección Jurídica de acuerdo con lo previsto en el Art. 13 del Decreto 7434/11[5] considera que no existen méritos suficientes y/o pruebas idóneas para la

---

[1] Fiorini, Bartolomé A., Manual de Derecho Administrativo, T.I, La Ley, Buenos Aires, 1968, p. 340 y ss.
[2] Escola, Héctor Jorge, Tratado General de Procedimiento Administrativo, Depalma, Buenos Aires, 1975, p. 58
[3] Diez, Manuel María, El acto administrativo, 2°ed., Tipográfica Editora Argentina (TEA), Buenas Aires, 1960, p.239 y ss.
[4] Gordillo Agustín A., El acto administrativo, 2°Ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, todos los actos, ps. 313-314.
[5] El art. 13 del Decreto N°7434/11 POR LA CUAL SE ESTABLECEN CIERTAS REGLAMENTACIONES PARA LOS PROCESOS SUSTANCIADOS EN LA DIRECCIÓN JURÍDICA DE LA DNCP, dicta: "*Las investigaciones preliminares o de oficio podrán iniciarse siempre y cuando por cualquier medio fehaciente, la DNCP tenga conocimiento de la existencia de actos que podrían ser contrarios a la normativa legal vigente en materia de*

Abg. María Laura Maciel
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

apertura de una INVESTIGACIÓN DE OFICIO, pues no hay indicios de la supuesta contravención de los principios que rigen las compras públicas al incorporar sanatorios al Listado de Sanatorios originalmente pactados, que lejos de constituir un perjuicio, contribuye a la satisfacción del servicio contratado por los beneficiarios últimos (funcionarios del SENAVE) y en consecuencia, se da por concluida la presente denuncia, con la salvedad que de existir otros reclamos puntuales actuaremos en al ámbito de nuestra competencia.---

ABG. LAURA MACIEL
Dirección Jurídica - DNCP

ABG. LUIS A. GODOY DURIA
Director Jurídico - DNCP

*contrataciones públicas. 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…".*