Dictamen DNCP/DJ N° 12.056/21

DATOS DEL PROCEDIMIENTO

Procedimiento Jurídico:	Cierre Directo
Fecha de Dictamen:	19/10/2021
ID:	390932.
Procedimiento de Contratación:	Concurso de Oferta
Modalidad Complementaria:	No aplica.
Nombre de la Licitación:	Adquisición de Equipos de Salud Ecógrafo para Policlínico dependiente de la Gobernación.
Entidad Convocante:	Municipalidad de Guaira.
Denunciante:	Sistema de Gestión de Denuncias Caso N°602/21.
Tema General:	Pliego de Bases y Condiciones.
Tema Específico:	EE.TT. limitativas, restrictivas o direccionadas.

RESULTADO

1. Ordenar el cierre de la Denuncia Individualizada como Caso N°602/21.

2. Recomendar al denunciante esté atento a las resultas de la protesta individualizada como Caso N°602/21.

3. Comunicar a quienes corresponda y cumplida archivar.

CUESTIÓN CONTROVERTIDA

Del escrito de la denuncia, se desprende la disconformidad del denunciante respecto las EETT requeridas en el Pliego de Bases y Condiciones.

Alega que no solo se evidencia un direccionamiento a una marca en específico (SIEMENS modelo ACUSON-Sonoline G40), sino que se limita la participación, al establecer características técnicas de un modelo de equipo bastante antiguo, cuyo soporte por parte del fabricante culminó el 30 de Diciembre de 2017, lo cual implica que el fabricante ya no dispone de piezas de repuesto para estos modelos y ya no emite actualizaciones que garanticen la calidad y seguridad. A más de establecer un plazo irracional para la entrega de los equipos.

Por otra parte, expone que llama poderosamente la atención, que en el marco del presente llamado no se solicite Autorización del Fabricante, a pesar que el mismo es un requerimiento legal que atenta directamente contra el Art. 52 Dto. 2992/19, así como la falta de exigencia en las bases licitatorias de requisitos amparados en la Ley 4659/12 - Resolución -SG- Nº669/16.

Al remitirnos al SICP, se constata que mediante RESOLUCIÓN DNCP/DJ Nº4517/21 de fecha 11 de octubre de 2021, se dio apertura a la PROTESTA individualizada como Caso N°813/21, que a la fecha se encuentra en trámite, y refiere a las mismas supuestas irregularidades argüidas por el denunciante.

Abg. Tania Ledesma
Direccion Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Eugenia Duarte
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

Por lo que, con el fin de evitar cuestiones contradictorias, por economía procesal, y porque 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 se ordena el cierre del Caso N°602/21.

DENUNCIA:

En fecha 11 de octubre de 2021, ingresa denuncia a través del Módulo de Investigaciones Electrónicas, individualizada como CASO Nº602/21, la cual refiere:

"ID.: 390.932 LCO Adquisición de Equipos de Salud Ecógrafo para Policlínico dependiente de la Gobernación.

Seguidamente se manifiestan los hechos que constan, relativos a la grave irregularidad del acto contenido en los siguientes apartados del Pliego de Bases y Condiciones de la licitación de referencia convocado por el Gobierno Departamental de Guaira:

En este proceso que tiene por objetivo la adquisición de un ECOGRAFO CON 4 TRADUCTORES, DOPLER COLOR, 4D Sistema sonoline G-40 con software en español, con dichas especificaciones técnicas requeridas no solo se evidencia un direccionamiento a una marca en específico, sino otras irregularidades que pasamos a detallar:

Se corrobora que el sistema solicitado en el pliego de bases y condiciones corresponde a un sistema de marca SIEMENS modelo ACUSON-Sonoline G40, modelo que se encuentra fuera del portafolio del fabricante actualmente.

Ello significa que lo solicitado en las bases licitatorias no solo limita la participación de oferentes, y no solo direcciona a una sola marca, sino que además establece las características técnicas de un modelo de equipo bastante antiguo, cuyo soporte por parte del fabricante culminó el 30 de Diciembre de 2017, lo cual implica que el fabricante ya no dispone de piezas de repuesto para estos modelos y ya no emite actualizaciones que garanticen la calidad y seguridad de este modelo de equipos, prueba de ello es un recorte del portal de Siemens donde se menciona de la finalización de soporte del equipo cuyas características pretende adquirir la Convocante en el presente llamado.-

Otra prueba de lo argumentado es, es la documentación remitida por la Convocante como antecedentes de estimación de costos, pues, en dos de los tres presupuestos referenciales adoptados (Presupuesto 1: del Grupo López Armoa y Presupuesto 3: DMI) fue ofertado el modelo mencionado en años anteriores.

Es así que, no solo se pretende adquirir un equipo desfasado, fuera de circulación en el mercado y sin garantía del fabricante, sino que además de dudosa procedencia, pues al poseer la marca un único representante en el país, no entendemos cómo otras empresas han presentado presupuesto y han ofertado estos equipos, pues no cuentan con autorización para importar o comercializar equipos de la marca Siemens.

Como representantes exclusivos de la División Diagnóstico por Imágenes de Siemens Healthineers en Paraguay, podemos afirmar que el modelo ofertado por las empresas mencionadas más arriba solo puede corresponder a un equipo con previo uso o a un equipo que se encontraba en algún depósito por muchos años, considerando que el equipo ya no es fabricado.

En cualquiera de los casos, no es posible garantizar la calidad y el buen funcionamiento de un bien en las condiciones citadas.

Asimismo, no entendemos quienes podrían ofertar en el marco del presente llamado, puesto que el que posee la autorización para ello no cuenta con la posibilidad de ofertarlo, pues ya no son fabricados equipos con esas

Abg. Tania Ledesma
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

características, quizás un proveedor no autorizado para ello y sin los registros legales necesarios para comercializar un equipo médico. -

Este último punto mencionado es muy importante, pues para la importación y comercialización de este tipo de dispositivos médicos en el territorio paraguayo, es requisito mandatorio contar con el Registro Sanitario del Producto, otorgado por la Dirección de Vigilancia Sanitaria del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social. Para la obtención del Registro Sanitario, es requisito presentar la carta de representación y/o distribución del fabricante del equipo.

Así también, llama poderosamente la atención que en el marco del presente llamado no se solicite Autorización del Fabricante, a pesar que el mismo es un requerimiento legal, y fuera consultado a la Convocante: "Consulta 12: El PBC establece: "Autorización del Fabricante: NO APLICA". Se solicita a la Convocante establecer cuanto sigue: "Se deberá presentar autorización del fabricante, Representante o Distribuidor de los Bienes ofertados conforme al FORMULARIO del presente PBC con fecha actualizada debidamente membretada y firmada por el responsable autorizado por el Fabricante, Representante o Distribuidor o Carta de Distribución O Autorización O carta del fabricante del producto, debidamente membretada y firmada por una autoridad del mismo, consularizada e inscripta en el Registro Público de comercio, en idioma castellano o en su caso traducido por traductor público matriculado. Para fabricante presentar copia del Título de Marca." ***Lo solicitado obedece a que en su mayoría los equipos de esta envergadura son importados, por lo que la presentación de Autorización del Fabricante le otorgara a la Convocante la certeza que el proveedor se encuentra autorizado para la comercialización del equipo, evitando con ello adquirir bienes ilegales o sin información de origen.*** *Respuesta de la Convocante: Ante la consulta generada en este apartado, la Convocante se mantiene en lo que enuncia expresamente el PBC.". Esta postura de la Convocante atenta directamente contra El Art. 55 Dto. 2992/19. Autorización del fabricante o productor, el cual establece: "el oferente que ofrezca suministrar en virtud del Contrato, bienes que no ha fabricado ni producido, deberá demostrar que es representante o distribuidor autorizado por el fabricante o productor de la marca del bien ofertado. En todos los casos deberá acreditarse la cadena de autorizaciones, hasta el fabricante o productor."*

Otra cuestión que sustenta aún más nuestra teoría respecto a la procedencia del equipo es la falta de exigencia en las bases licitatorias de requisitos amparados en la Ley 4659/12 - Resolución -SG- Nº669/16: como ser:

A) Autorización de Apertura y Funcionamiento de la empresa expedida por la Dirección Nacional de Vigilancia Sanitaria dependiente del MSP y BS, como fabricante Importador, o representante o distribuidor de dispositivos médicos.
B) "Autorización de Apertura y Funcionamiento de la empresa expedida por la Dirección Nacional de Vigilancia Sanitaria dependiente del MSPyBS, como fabricante Importador, o representante o distribuidor y Servicio de Mantenimiento de dispositivos médicos."
C) Certificado de Cumplimiento de Buenas Prácticas de Almacenamiento y Distribución para empresas Importadoras y Distribuidoras de Dispositivos Médicos emitido por la Dirección Nacional de Vigilancia Sanitaria dependiente del MSPyBS.
D) Certificado de Registro Sanitario del producto ofertado, o en su defecto el expediente en trámite de emisión, para las Empresas Importadoras y Distribuidoras de Dispositivos Médicos emitido por la Dirección Nacional de Vigilancia Sanitaria dependiente del MSPyBS.

Esto fue solicitado en la Consulta Nº14, a lo que la Convocante respondió?: ***"Ante la consulta generada en este apartado, y con el objetivo de aumentar la posibilidad de competidores y no limitar a potenciales Oferentes, la Convocante se mantiene en lo que enuncia expresamente el PBC."*** *Al respecto nos preguntamos A qué tipo de oferentes pretende dar mayor posibilidad de participación, si el llamado solicita una marca en específico, que solo puede ser ofertada por un único proveedor autorizado y que ni siquiera este puede participar pues las condiciones establecidas en el PBC se refieren a un equipo obsoleto cuya fabricación no se realiza desde el 2017.*

Abg. Tania Ledesma
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Otra cuestión no menos importante es el plazo irracional en que la Convocante pretende que el equipo sea entregado en 5 días corridos a partir de la emisión de la orden de compra. ¿Es decir, La Convocante pretende que un ecógrafo se fabrique e importe en 5 días corridos o pretende que los "potenciales oferentes" tengan en stock ecógrafos como si estos fuesen bienes de consumo diario? O peor aún, considera la posibilidad de adquirir un equipo usado, ¿por lo que tiene la seguridad de que el proveedor adjudicado podrá? cumplir con los 5 días corridos de plazo de entrega.

Así las cosas, en interpretación integra de los requisitos del PBC, se puede deducir no solo una compra direccionada a una marca específica, sino una compra en perjuicio de los intereses del Estado, pues se tratará de un equipo antiguo, ya no comercializado por el fabricante y mucho menos por el distribuidor autorizado, y por ende sin garantías para el Estado.

Asimismo, el hecho que no se solicite autorización del fabricante ni Registro Sanitario permite que este procedimiento sea adjudicado de manera absolutamente ilegal a un proveedor que evidentemente no tendrá autorización del fabricante, pues la empresa autorizada no comercializa equipos fuera del portafolio actual del fabricante. -

La presente denuncia se realiza en virtud al artículo 82 de la Ley 2051/03, por lo que se solicita se imprima el trámite correspondiente en averiguación de las irregularidades detectadas en el presente proceso, debiendo la Convocante corregir las bases licitatorias del llamado y para permitir una competencia libre y sin restricciones y en salvaguarda de los intereses del Estado, adquiriendo bienes en el marco de los requisitos legales".

ACUMULACIÓN DE CASOS:

No aplica.

ANTECEDENTES/PEDIDOS DE INFORME:

No aplica.

NOTIFICACIONES:

No aplica.

CONTESTACIONES:

No aplica.

ANÁLISIS:

Del escrito de la denuncia, se desprende la disconformidad del denunciante respecto las EETT requeridas en el Pliego de Bases y Condiciones, alega que no solo se evidencia un direccionamiento a una marca en específico (SIEMENS modelo ACUSON- Sonoline G40), sino que limita la participación al establecer características técnicas de un modelo de equipo bastante antiguo, cuyo soporte por parte del fabricante culminó el 30 de Diciembre de 2017, lo cual implica que el fabricante ya no dispone de piezas de repuesto para estos modelos y ya no emite actualizaciones que garanticen la calidad y seguridad de este modelo. A más de establecer un plazo irracional para la entrega de los equipos.

Abg. Tania Ledesma
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Por otra parte, expone que llama poderosamente la atención que en el marco del presente llamado no se solicite Autorización del Fabricante, a pesar que el mismo es un requerimiento legal que atenta directamente contra el Art. 52 Dto. 2992/19, así como la falta de exigencia en las bases licitatorias de requisitos amparados en la Ley 4659/12 - Resolución -SG- Nº669/16: como ser:

A) Autorización de Apertura y Funcionamiento de la empresa expedida por la Dirección Nacional de Vigilancia Sanitaria dependiente del MSP y BS, como fabricante Importador, o representante o distribuidor de dispositivos médicos.

B) "Autorización de Apertura y Funcionamiento de la empresa expedida por la Dirección Nacional de Vigilancia Sanitaria dependiente del MSPyBS, como fabricante Importador, o representante o distribuidor y Servicio de Mantenimiento de dispositivos médicos."

C) Certificado de Cumplimiento de Buenas Prácticas de Almacenamiento y Distribución para empresas Importadoras y Distribuidoras de Dispositivos Médicos emitido por la Dirección Nacional de Vigilancia Sanitaria dependiente del MSPyBS.

D) Certificado de Registro Sanitario del producto ofertado, o en su defecto el expediente en trámite de emisión, para las Empresas Importadoras y Distribuidoras de Dispositivos Médicos emitido por la Dirección Nacional de Vigilancia Sanitaria dependiente del MSPyBS.

Motivo por el cual se han realizado las consultas pertinentes a la Entidad Convocante al respecto.

En primer lugar, cabe aclarar al denunciante –***respecto a las cuestiones argüidas en la denuncia***- que la Dirección Jurídica de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas mediante RESOLUCIÓN DNCP/DJ Nº4517/21 de fecha 11 de octubre de 2021, en el marco de la PROTESTA PROMOVIDA POR LA FIRMA EDUARDO ELIZECHE BENITEZ SAC CONTRA EL PLIEGO DE BASES Y CONDICIONES REALIZADO EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO DE "CONCURSO DE OFERTAS" PARA ADQUISICIÓN DE EQUIPOS DE SALUD ECÓGRAFO PARA POLICLÍNICO DEPENDIENTE DE LA GOBERNACIÓN CONVOCADA POR UOC GUAIRA ID390932, publicada en el Sistema de Información de las Contrataciones Públicas (SICP), ha procedido a la apertura de la PROTESTA Individualizada como Caso Nº813/21.

En ese contexto cabe destacar que, tanto la presente denuncia como la PROTESTA, refieren a las mismas supuestas irregularidades en relación al llamado de referencia, es menester tener en cuenta la inviabilidad de llevar adelante varios procesos administrativos, en consideración que cualquier investigación que haya de dictarse respecto a uno, puede producir efecto en el otro y por economía procesal.

Se recomienda al denunciante estar atento a las resultas de la mencionada PROTESTA individualizada como Caso N°813/21 en el marco del llamado CO "Adquisición de Equipos de Salud Ecógrafo para Policlínico dependiente de la Gobernación" ID 390932, que será publicada a través del portal de contrataciones públicas.

Por otra parte, resulta importante aclarar al denunciante que de existir disconformidad respecto a alguna condición o requerimiento del PBC, el mismo 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.

Abg. Tania Ledesma
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

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**, 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 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]*.*

Finalmente, en base a lo expuesto, por economía procesal y con el fin de evitar cuestiones contradictorias, a más de 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, corresponde a esta Dirección Jurídica concluir que no hay méritos suficientes para la apertura de una investigación de oficio, en consecuencia, corresponde ordenar el cierre de la denuncia individualizada como Caso Nº602/21.

ABG. TANIA LEDESMA
Dpto. de Investigaciones - DNCP

ABG. MARIA EUGENIA OTAZO APONTE
Dirección Jurídica - DNCP

[1] CASSAGNE, Juan Carlos. "EL CONTRATO ADMINISTRATIVO". Tercera Edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires – Argentina, Año: 2009, pág. 75.-
[2] Ob. cit. pág. 75 y 76.-