DNCP/DJ N° 10662/17

Asunción, 18 de septiembre de 2017.

DENUNCIA INGRESADA POR MEMORANDUM DJ N° 1190/17 REFERIDA A SUPUESTAS IRREGULARIDADES EN EL MARCO DEL LLAMADO A LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL N°32/13 PARA LA ADQUISICIÓN DE REACTIVOS MANUALES E INSUMOS PARA MICROBIOLOGÍA Y ANÁLISIS CLÍNICOS, CONVOCADO POR EL INSTITUTO DE PREVISIÓN SOCIAL (IPS) – ID 260.141. ----------

Por medio de Memorándum DJ N°1190/17 de fecha 25 de julio de 2017 (recibido en fecha 05/08/17) se remite a la Dirección Jurídica de parte del Asesor Jurídico Abg. Javier Filizzola, los antecedentes al proceso LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL N°32/13 PARA LA ADQUISICIÓN DE REACTIVOS MANUALES E INSUMOS PARA MICROBIOLOGÍA Y ANÁLISIS CLÍNICOS, CONVOCADO POR EL INSTITUTO DE PREVISIÓN SOCIAL (IPS) – ID 260.141, en los siguientes términos: *"Que, la dirección de Normas y Control ha remitido a esta Dirección la Nota DNCP/DNC N°12789, que señala la siguiente observación: "Reiteramos a la Convocante que el art. 63 de la ley 2051/03 prohíbe las modificaciones de la marca adjudicada en estas instancias. Donde dice: Lote 77 Pipeta graduada al décimo 10 cc – marca DRAGONLAB – país China. Debe decir: Lote 77 Pipeta graduada al décimo 10 cc – marca CITOTEST – país China. Con la adenda pretende regularizar la marca del lote 77 ítem 1, que supuestamente por un error se le adjudicó al proveedor SHANTAL S.A. el lote 77 ítem 1 con la marca DRAGONLAB".* (Sic) **[El resaltado es nuestro]**. ----------

Que, por medio de la **Nota DNCP N°8516/17** remitida a **LA CONVOCANTE - INSTITUTO DE PREVISIÓN SOCIAL,** se solicita que eleve informe sobre las supuestas irregularidades descriptas en el párrafo anterior. ----------

Que, en fecha 10 de agosto del 2017, **el Director de la UOC de la Convocante – Lic. Marcelo Bordón-, se presenta a contestar el pedido de informe**, mediante Expediente DNCP N°7408 ingresado en Mesa de Entrada de esta Dirección Nacional, expresando cuanto sigue: *"Que, la adenda en cuestión fue suscrita en fecha 14 de julio de*

Abg. María Laura Maciel
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

2014, encontrándose en plena vigencia el contrato principal, y la misma tuvo por objeto la ***consignación correcta de la marca del producto que fuera ofertado en el procedimiento para el Ítem 77 PIPETA GRADUADA AL DECIMO 10 CC, que fue erróneamente consignada en el acto administrativo en el campo MARCA como DRAGONLAB debiendo ser CITOTEST, conforme se desprende de la oferta presentada por el proveedor****. La adenda en cuestión no implica el otorgamiento de condiciones más ventajosas al proveedor a las inicialmente establecidas y únicamente implica la correcta y oportuna ejecución del contrato hasta el cumplimiento total de las obligaciones asumidas por las partes. Se adjunta a la presente copias de los antecedentes que hacen relación a la adjudicación, la formalización del contrato y la adenda en cuestión*".(Sic) **[El resaltado es nuestro]**. ----------

Que, 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: ----------

Que, la supuesta irregularidad mencionada por el Asesor Jurídico consiste en que mediante Adenda N°1 al Contrato Original suscripto con la firma adjudicada del Lote 77 ítem 1 SHANTAL S.A. se estaría otorgando a la misma condición más favorable en detrimento de lo establecido en el art. 63 de la Ley 2051/03 "De Contrataciones Públicas" y en tal sentido, indica un supuesto cambio de marca del bien ofertado luego de la adjudicación.----------

A su turno, la Entidad Convocante hace referencia a que mediante Adenda N° 1 al Contrato N°018/14 se procedió a consignar correctamente la marca del producto que fuera ofertado en el procedimiento licitatorio para el Lote 77 Ítem 1 PIPETA GRADUADA AL DECIMO 10 CC, que fue erróneamente dispuesto –MARCA DRAGONLAB- en el acto administrativo de adjudicación y consecuentemente en el Contrato Original; debiendo ser MARCA CITOTEST, conforme se desprende de la oferta presentada por la firma SHANTAL S.A.----------

Abg. María Laura Mac...
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

Así las cosas, conviene verificar los documentos obrantes en autos y los del Portal de Contrataciones Públicas (SICP), a fin de corroborar si la cuestión objetada por el Asesor Jurídico se trataría de un error de tipeo o efectivamente de un cambio sustancial de las condiciones del contrato original. ----------

Que, en primer lugar, vista la **Planilla de Datos Garantizados de la Oferta** presentada por la firma SHANTAL S.A. se constata que para el caso del LOTE 77 ÍTEM 1 PIPETA DE VIDRIO GRADUADA AL DÉCIMO DE 10 CC se ofertó la MARCA CITOGLASS del Fabricante CITOTEST LAB de procedencia CHINA. ----------

En igual sentido, observamos que en **la Resolución de Adjudicación N°103-007/2013 del Consejo de Administración del IPS** se indica en el Numeral 1° del RESUELVE que se adjudica parcialmente la LPN N°32/16 a la firma SHANTAL S.A. entre otras; se agrega, conforme al Anexo que consta de 08 fojas y forma parte de la presente resolución. En el citado Anexo se deja constancia de la adjudicación a la mencionada firma en el LOTE 77 ÍTEM 1 PIPETA GRADUADA AL DECIMO DE 10 CC de la MARCA DRAGONLAB de procedencia CHINA. ----------

Que, efectivamente visto el **Contrato N°018 de fecha 03 de febrero de 2014** suscripto entre el Instituto de Previsión Social y la firma SHANTAL S.A. se denota que en su Cláusula Sexta indica los bienes a ser suministrados, figurando en el caso del LOTE 77 ÍTEM 1 PIPETA de la MARCA DRAGONLAB procedencia CHINA; ésta de forma equívoca al igual que en la Resolución de Adjudicación, pues efectivamente de acuerdo a lo dispuesto en la Oferta presentada por la firma adjudicada, debió ser PIPETA MARCA CITOGLASS Y/O CITOTEST (fabricante).----------

De esta forma, notamos que la Entidad Convocante efectivamente ha dispuesto en forma errónea la marca ofertada por la firma SHANTAL S.A. en el Lote N°77 ítem 1; sin embargo, **en consideración al error involuntario suscitado** la Entidad Convocante procedió a la emisión de la **RESOLUCIÓN N°052-018/14 POR LA QUE AUTORIZA LA ELABORACIÓN Y SUSCRIPCIÓN DE UNA ADENDA AL CONTRATO N°018/14**

Abg. María Laura Maciel
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

SUSCRITO CON LA FIRMA SHANTAL S.A. EN EL MARCO DE LA LPN N°32/13 y a la suscripción de la ADENDA N°1 AL CONTRATO N°018/13, cuya única modificación consistió en la correcta designación de la marca ofertada, sin alteración de la procedencia, presentación, unidad de medida, cantidad mínima ni máxima, del precio unitario IVA incluido ni precio total IVA incluido.----------

En tal sentido, en lo que respecta a la Administración Pública debemos recordar que rige el principio de informalismo (o formalismo moderado), al respecto la Jurista argentina Catalina García expresa: *"formalismo moderado (informalismo), ya que si bien el procedimiento administrativo está constituido por una serie de actos revestidos de ciertos caracteres formales, no puede equiparárselo a una carrera de obstáculos que deben ser sorteados por el administrado…"*, por lo tanto, esta Dirección Nacional no encuentra suficiente fundamento como para desacreditar la validez de la Adenda N°1 del Contrato N°46/15.----------

Consideramos que no existe una irregularidad propiamente dicha que justifique la declaración de nulidad del procedimiento licitatorio, sobre todo atendiendo al Principio de Finalidad (*instrumentalidad de las formas*) con arreglo al cual es más importante que la finalidad del acto se cumpla a que sólo se produzca un agravio a la forma. ----------

Si la finalidad del acto se concreta, no hay nulidad. Y contrariamente, sólo cuando la ineficacia sea resultado de un vicio es posible hablar de nulidad. Así, en materia de nulidad de actos administrativos, esta no debe ser usada en forma indiscriminada, sino que supone condiciones y supuestos excepcionales y su aplicación debe estar sujeta al cumplimiento de los principios que la regulan. ----------

Asimismo, la rigurosidad en los actos administrativos no debe llevarse a un extremo que perjudiquen los intereses de la Administración y se vuelvan, inclusive, contra el interés general, convirtiendo al procedimiento en un formalismo excesivo carente de racionalidad; en consecuencia, esta Dirección Jurídica no encuentra argumentos suficientes para disponer la nulidad del Contrato N°018/13 por errores meramente formales que no afecta la regularidad de todo el proceso licitatorio y que a su vez, queda subsanado mediante la

Abg. María Laura Madel
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

Adenda N°1 al mismo en donde se dispone correctamente la designación de la marca ofertada. ----------

Ahora bien, es menester traer a colación lo dispuesto en el Art. 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. (...)* ***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***". **[El resaltado es nuestro]**.

Al respecto de lo mencionado en la norma transcripta, aclaramos que tras la verificación de las documentales adjuntas por la Convocante en su descargo como las obrantes en el Portal de Contrataciones Públicas se puede constatar que en el Contrato Original fue consignado de manera errónea la marca ofertada en el LOTE 77 ÍTEM 1 por la firma SHANTAL S.A. suscripto por la suma total de Gs. 1.225.000, de igual manera, se destaca que la Adenda N°1 a dicho Contrato no modifica los precios (unitarios ni total), ni las condiciones originalmente pactadas, ni trata de cambio de la marca ofertada por la firma adjudicada; por ende, la modificación introducida por ella, no otorga condiciones más favorables al proveedor, no encontrándose lo actuado por la Convocante IPS, en este caso en particular, entre las prohibiciones legales del art. 63 de la Ley de Contrataciones. ----------

En base a todo lo expuesto y habiendo aclarado lo que concierne a la observación realizada por el Asesor Jurídico, para lo que hubiere lugar cabe recordar que, las Convocantes deben proceder conforme a derecho, en virtud de lo establecido en la Ley N°2051/03 "*De Contrataciones Públicas*" y concordantes y orientar su actuar en el marco de

Abg. María Laura Macieil
Jueza Instructora
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duma
Director Jurídico - DNCP

todo procedimiento licitatorio en base a los principios básicos de las contrataciones públicas –IGUALDAD, LIBRE COMPETENCIA, TRANSPARENCIA y PUBLICIDAD-.----------

Finalmente, esta Dirección Jurídica de acuerdo con lo previsto en el Art. 13 del Decreto 7434/11[1] considera que no existen méritos para la apertura de una INVESTIGACIÓN DE OFICIO, en consecuencia, se da por finalizada la presente denuncia, únicamente respecto al punto observado por el Memorándum DJ N°1190/17, con la salvedad que de existir otros reclamos puntuales actuaremos en al ámbito de nuestra competencia.----------

ABG. LAURA MACIEL
Dirección Jurídica - DNCP

DIRECCION NACIONAL DE CONTRATACIONES PUBLICAS

ABG. LUIS A. GODOY DURIA
Director Jurídico - DNCP

[1] Decreto 7434/11 POR LA CUAL SE ESTABLECEN CIERTAS REGLAMENTACIONES PARA LOS PROCESOS SUSTANCIADOS EN LA DIRECCIÓN JURÍDICA DE LA DNCP – ART. 13 "*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*".