DNCP/DJ N°8493/17

Asunción, 04 de agosto del 2017.-

DENUNCIA INGRESADA A TRAVÉS DE MESA DE ENTRADA DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS COMO EXPEDIENTE DNCP N°6665 DE FECHA 17 DE JULIO DE 2017 EN EL MARCO DEL LLAMADO A LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL SBE N°50/17 PARA LA ADQUISICIÓN DE MEDICAMENTOS BIOLÓGICOS, HEMODERIVADOS, INMUNOSUPRESORES Y ONCOLÓGICOS, CONVOCADO POR EL INSTITUTO DE PREVISIÓN SOCIAL (IPS) – ID 327.791.----------

A partir de la denuncia recibida por Mesa de Entrada de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas en fecha 17 de julio de 2017, planteada por la firma INSUMOS MÉDICOS S.A. e individualizada como Expediente DNCP N°6665; 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: ----------

En la citada denuncia recibida se ha expuesto, que: "***Punto 1.*** *MULTAS: En la Sección IV – Condiciones Especiales del Contrato dice: CGC 27: Si el Contratista no diere cumplimiento a la entrega del bienes y/o servicio en los plazos estipulados en el plan de entregas y sus eventuales prórrogas salvo casos fortuitos o de fuerza mayor, será pasible de una multa equivalente al cero como un porciento (0.1%) del valor del contrato, por cada día de atraso. Una vez que se supere el monto de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato, el Contratante podrá poner término al Contrato, conforme a la cláusula 33.1 de las CGC de no producirse la rescisión seguirá aplicándose la multa. En ese sentido, la condición de imponer la multa "por el valor del contrato" constituye un exceso absoluto en perjuicio de la Convocante, Asegurados y Proveedores y en cadena además trabajadores dependientes de los últimos, y por demás contrarias a las leyes y reglamentaciones vigentes, por citar algunas en orden de prelación: (se cita art. 44 de la Constitución Nacional, art. 459 del Código Civil Paraguayo y Punto 27 de las Condiciones Generales del Contrato última versión). Esta situación no hace más que desalentar la participación de oferentes, contrario a los Principios de las Contrataciones Públicas, cual es la mayor*

Abg. Gustavo Zorzi Rodríguez
Dirección Jurídica - DNCP
Juez Instructor

Abg. Ma. Alejandra Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

participación de oferentes en las compras públicas y un retroceso de transparencia que gozaba el Instituto de Previsión Social en sus anteriores llamados. ***Punto 2:*** *(…) Observamos que en el pliego de bases y condiciones solicitan en la última parte de la Sección VII- Anexos: "En caso de necesidad o duda la convocante a través del Comité Evaluador o del Consejo de Administración podrá solicitar al oferente o a la Dirección Nacional de Vigilancia Sanitaria del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social toda la documentación presentada por el oferente a la mencionada Dirección de conformidad al Decreto 6611/16 "Por el Ley 1119/97 De Productos para la Salud y Otros" y Se establecen los requisitos para el Registro de Medicamentos Biológicos Art. N°12. La presentación de la oferta en el marco del presente llamado implica la autorización del oferente al IPS para acceder a dicha documentación". En la última parte la Convocante, en total contrariedad al art. 19 de la Ley 1119/97 que establece: "El contenido de los expedientes de autorización o certificado de registro de las especialidades farmacéuticas será confidencial y su divulgación estará prohibida…". Siendo así, una vez más, se demuestra que las condiciones impuestas en los pliegos de bases y condiciones, van de contramano en relación a la legislación, estipulan reglas que no se encuadran a la ley, por lo tanto es totalmente recurrible y en perjuicio de la misma Convocante y sus Asegurados que se ven perjudicados por innecesarias acciones judiciales que retrasan la compra y sucesiva provisión de medicamentos. (…). Que, la acción del Comité Evaluador, pone en tela de juicio el trabajo realizado por la máxima autoridad impuesta por ley, o sea verificar si la Dirección Nacional de Vigilancia Sanitaria ha otorgado correctamente los registros y/o certificados, y es oportuno preguntar ¿acaso que podría el Comité Evaluador fungir de contralor o tiene atribuciones especiales para calificar con CUMPLE O NO CUMPLE el trabajo realizado por una Dirección Nacional como lo es la de Vigilancia Sanitaria y con autarquía administrativa y financiera; y deja la impresión de que tal pedido de documentos lo hace en total desconocimiento de la ley?. Para que un producto farmacéutico pueda ser ofertado en el marco de una Licitación Pública Nacional, deberá indefectiblemente contar con el Certificado de Registro Sanitario, expedido por la Autoridad Sanitaria Nacional. Cabe recordar que el artículo 6° numeral 1) in fine, textualmente expresa: "...Prohíbase en todo el territorio nacional la comercialización o entrega a título gratuito de especialidades farmacéuticas no registradas ante la autoridad sanitaria…". Reiterativo a las solicitudes de*

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

Abg. Gustavo Zarza Rodríguez
Dirección Jurídica - DNCP
Juez Instructor

documentaciones, en el punto 19, de la Sección VII del PBC, la Convocante solicita: "Declaración Jurada donde el oferente garantiza que la calidad de los productos ofertados cumpla con los estándares de calidad, inocuidad y eficacia solicitada". El Decreto 21909 "POR EL CUAL SE REGLAMENTA LA LEY N°2051/03 DE CONTRATACIONES PÚBLICAS" en el art. 57 establece en relación a la aclaración de ofertas: "Aclaración de ofertas. Con el objeto de facilitar el proceso de revisión, evaluación, comparación y posterior calificación de ofertas, la Convocante podrá solicitar a los oferentes aclaraciones respecto de sus ofertas. Dichas solicitudes de aclaraciones y las respuestas de los oferentes se realizarán por escrito". Claramente el decreto establece que la Convocante podrá pedir aclaraciones respecto de la oferta, sino más bien una situación completamente ajena a la oferta presentada, siendo las habilitaciones y certificados presentados suficientes documentos que avalan la seguridad, eficacia, calidad e inocuidad de los productos ofertados, a más de la Declaración Jurada solicitada en el punto 19 que es la verdad pura rubricada por el oferente que trae aparejada consecuencias jurídicas en caso de faltar a la verdad. Es menester, acotar que, actualmente la firma INSUMOS MÉDICOS, provee al INSTITUTO DE PREVISIÓN SOCIAL el producto FILGRASTIM 30.000.000 ul/ml, por Contrato N°078/17, que a la fecha no registra ningún tipo de reclamo que tengamos conocimiento". (Sic). Se adjunta a la denuncia: Pliego de Bases y Condiciones del llamado de referencia y Nota 463/17 emitida por la Dirección Operativa de la Entidad Convocante.---

Que, de la denuncia transcripta se colige el interés particular que tiene el denunciante en la reformulación de las especificaciones técnicas y/o condiciones insertas en el pliego de bases y condiciones del llamado de referencia –MULTAS y CRITERIO DE EVALUACIÓN-; sin embargo, **según constancias del SICP[1] la fecha de Inicio de Propuesta ya acaeció en fecha 28/06/17 a las 08:10 horas**.----------

En tal sentido, habiéndose realizado la apertura de ofertas con anterioridad a la denuncia; recordamos al denunciante que, el mismo contaba con el mecanismo legal pertinente, en este caso era la **PROTESTA**, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley 2051/03 "*De Contrataciones Públicas*", que en su parte pertinente reza: "*Las personas interesadas podrán protestar ante la Unidad Central Normativa y Técnica (UCNT)*

[1] Sistema de Información de las Contrataciones Públicas.

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

Abg. Dirección Jurídica - DNCP
Juez Instructor

en cualquier etapa de los procedimientos de contratación (...) La protesta será presentada dentro de los diez días hábiles siguientes a aquél en que ocurra el acto o el promotor tenga conocimiento de éste", sus reglamentaciones y el Decreto N°7434/07, que rigen los procesos llevados a cabo por la Dirección Jurídica.----------

Vemos así que, la citada normativa permite la promoción de la protesta *"en cualquier etapa del procedimiento"*; no obstante, es importante aclarar que la misma debe ser presentada, en tiempo y forma, más aun teniendo en cuenta que **la presente denuncia se realiza contra el PLIEGO DE BASES Y CONDICIONES**.----------

Al respecto, indicamos que **el denunciante debió PROTESTAR CONTRA EL PLIEGO con anterioridad a la fecha de Inicio de Propuestas (modalidad de subasta a la baja electrónica)** fijada en las bases de la licitación, puesto que, las bases de la convocatoria solo pueden ser modificadas de manera previa a la etapa citada, encontrándose al momento de la presentación de la denuncia firme. ----------

No obstante, es preciso aclarar que según la Nota N°463/17 de fecha 12 de julio de 2017 de Pedido de Aclaratoria por la UOC de la Convocante a la firma en cuestión estando en la etapa de evaluación de ofertas, adjunta a estos autos por el propio denunciante, se constata que el mismo ha participado del presente procedimiento licitatorio; entonces, surge que al momento de presentar su oferta y en específico, el Formulario de Oferta, la firma INSUMOS MÉDICOS S.A ha declarado en el inciso a) *"Hemos examinado y no tenemos objeción alguna a los Documentos de Licitación, incluyendo las Instrucciones a los Oferentes (IAO) y las Condiciones Generales del Contrato (CGC) aprobadas por la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas y difundidas en el Sistema de Información de las Contrataciones y las Adendas publicadas"*.----------

En relación a este hecho, se debe necesariamente traer a colación que el presentarse en la apertura de sobres, implica la aceptación expresa de los documentos de la licitación, incluyendo las instrucciones a los oferentes (IAO) y las condiciones generales del contrato (CGC) aprobadas por la DNCP y difundidas en el Sistema de Información de las Contrataciones Publicadas y por ende del PBC.----------

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

Abg. [illegible]
Dirección Jurídica - DNCP
Juez Instructor

Es decir, la firma denunciante ha presentado un escrito de denuncia impugnando cuestiones del PBC y luego, en fecha posterior a ello ha decidido voluntariamente presentarse al llamado y ACEPTAR todas las bases del mismo en los términos y condiciones elaboradas por la Convocante.----------

Por ende, al haber efectuado el denunciante su oferta en el llamado que impugna, ha consentido lo previsto en el PBC; puesto que para poder ofertar, indefectiblemente tuvo que haber examinado el mismo.----------

Que, 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. Es por ello que, se contravendría el PRINCIPIO DE IGUALDAD y de SEGURIDAD JURÍDICA si se estudia una denuncia contra el PBC cuyo resultado podría afectar directamente a las condiciones pactadas y aceptadas originalmente mediante la suscripción del formulario de ofertas por todos los participantes del llamado a contratación, con posterioridad a la realización del acto de presentación de sobres y apertura de ofertas (de inicio de propuestas en el caso de los llamados bajo la modalidad de subasta a la baja electrónica); máxime aun considerando las inversiones realizadas por los oferentes que presentaron propuestas, así como la revelación de sus precios en el acto público.----------

> ***"...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..."***[2];

Abg. Luis A. Godoy Duria
Jefe Asesor Jurídico - DNCP

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

Juez Instructor

"...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..."[3].----------

Que, de conformidad a las constancias de autos, se puede comprobar — de manera clara e indubitable — que están dadas las condiciones para que proceda el cierre de la denuncia planteada por la firma INSUMOS MÉDICOS S.A., puesto que la misma al firmar el Formulario de Ofertas y presentarse a la apertura de sobres aceptó las condiciones del PBC de la manera en que se encontraba redactado, operando en consecuencia la preclusión procesal de la etapa pertinente.----------

Es importante aclarar al denunciante que esta Dirección no puede intervenir ni expresar parecer alguno durante la etapa de evaluación de ofertas, ya que **cualquier intento de influir sobre el sentido de la decisión del comité de Evaluación, puede ser considerada falta grave**, de conformidad a lo establecido en el **Art. 27 de la Ley 2051/03 De Contrataciones Públicas**, la cual reza: *"Será considerada falta grave el intento de influir sobre el sentido de la decisión de los miembros del Comité de Evaluación, a través de cualquier procedimiento que pueda afectar su independencia de criterio".*----------

Que, cabe traer a colación que el Comité Evaluador puede conforme a derecho y dentro del ámbito de su competencia solicitar las aclaraciones a las ofertas de los oferentes

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

[3] *Ob. cit. pág. 75 y 76.-*

Dirección Jurídica - DNCP
Juez Instructor

necesarios antes de proceder a la admisión y/o rechazo de las mismas[4], dentro de la etapa de evaluación de ofertas[5]. ----------

Asimismo, se deja en claro que no habiéndose dictado aún la resolución de adjudicación en el proceso de referencia, no existe acto administrativo que cause agravio alguno, lo que sumado al periodo de confidencialidad que rodea a esta etapa del proceso, hace que la utilización de los mecanismos de impugnación, se encuentren condicionadas al pronunciamiento de la Convocante, en cuanto al resultado del proceso -conforme lo manda el último párrafo del **art. 28 de la Ley 2051/03 De Contrataciones Públicas** - que reza: *"La Convocante dará a conocer la adjudicación de la licitación en acto público, dentro de un plazo que no deberá exceder de veinte días calendario desde la fecha de apertura de ofertas, pudiendo diferirlo hasta por otros veinte días calendario, debiendo constar la adjudicación en un acta que firmarán los asistentes que lo deseen. En sustitución de dicho acto público, la Convocante podrá optar por notificar la adjudicación de la licitación por escrito a cada uno de los participantes, dentro de los cinco días calendario siguientes a su emisión".*----------

Una vez que se proceda a emitir la Resolución de adjudicación en su caso, se podrá solicitar el informe del Comité de Evaluación **-según el Art. 65° del Decreto Reglamentario N° 21.909/03-** y, en caso de que el denunciante considere que efectivamente existe una irregularidad en la adjudicación o en cualquier otro acto

[4] Artículos 26 y 27 de la Ley 2051/03 y concordantes del Decreto Reglamentario N°21909/03.

[5] El artículo 57 del Decreto Reglamentario nos habla acerca de la facultad del Comité Evaluador de solicitar aclaraciones a las ofertas de los potenciales oferentes, antes de proceder a rechazarlos: "...*Con el objeto de facilitar el proceso de revisión, evaluación, comparación y posterior calificación de ofertas, la Convocante podrá solicitar a los oferentes aclaraciones respecto de sus ofertas. Dichas solicitudes de aclaraciones y las respuestas de los oferentes se realizarán por escrito. Las aclaraciones de los oferentes que no sean en respuesta a aquellas solicitadas por la Convocante, podrán no ser consideradas. No se solicitará, ofrecerá, ni permitirá ninguna modificación a los precios ni a la sustancia de la oferta, excepto para confirmar la corrección de errores aritméticos.*" Asimismo, cabe destacar lo estipulado en el artículo 27 de la Ley 2051/03, que reza: *"Las Convocantes constituirán un Comité de Evaluación para la calificación de las propuestas de los oferentes, conformado por los funcionarios que se requieran y con la asistencia técnica profesional externa que se llegare a estimar conveniente. El Comité de Evaluación,* ***bajo su responsabilidad y con absoluta independencia de criterio****, evaluará las ofertas y emitirá un dictamen que servirá como base para la adjudicación, dictamen en el que se hará constar una reseña cronológica de los actos de procedimiento, el análisis de las ofertas y las razones para admitirlas o desecharlas...".* [El resaltado es nuestro].

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

correspondiente al proceso de contratación, tiene la potestad de recurrir nuevamente ante esta Dirección Nacional, ya sea por medio de una Denuncia o Protesta, según el caso.------

De lo expuesto, en base a las aclaraciones realizadas, es claro que en el presente caso, **la cuestión denunciada no amerita la intervención de oficio** de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP), y en consecuencia, corresponde desestimar la denuncia por falta de méritos suficientes, *con la salvedad de que de surgir reclamos puntuales actuaremos en el ámbito de nuestras competencias.* ----------

ABG. GUSTAVO ZARZA
Dirección Jurídica- DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

ABG. LUIS A. GODOY DURIA
Director Jurídico - DNCP