DNCP/DJ N° 153/16

Caso N° 3019.-

Asunción, 14 de enero del 2016.-

"INVESTIGACIÓN PRELIMINAR SURGIDA A PARTIR DE LA DENUNCIA RECIBIDA A TRAVÉS DEL SISTEMA DE GESTIÓN DE DENUNCIAS CON PROTECCIÓN AL DENUNCIANTE, REFERIDA A LA CONTRATACIÓN DIRECTA "ADQUISICIÓN DE PRODUCTOS FARMACEUTICOS Y MEDICINALES" CONVOCADO POR EL GOBIERNO DEPARTAMENTAL DE ALTO PARANÁ (ID N° 301189)". ----------

A partir de la denuncia recibida por el Sistema de Gestión de Denuncias del Portal de Contrataciones Públicas; 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 N° 977/96**. ----------

La denuncia de fecha 21/12/2015 expresa cuanto sigue: *"Nuestra denuncia es contra la Adjudicación de la CONTRATACIÓN DIRECTA (CD N° 19/15) "ADQUISICIÓN DE PRODUCTOS FARMACEUTICOS Y MEDICINALES", según Resolución de Adjudicación G.A.P. N° 1767/2015, se detalla primero que tras el empate en el Ítem N° 3 – Diclofenac potásico Comprimido, se le adjudica ese ítem a PROFARMA, en teoría por presentar mayor cantidad de Contratos y Facturaciones en los Años 2.014 y 2.015, siendo esto un absurdo, en vista que INDUFAR C.I.S.A., tiene en el Año 2.014 un Monto Total Adjudicado: 53.381.582.621 (dato emitido por la DNCP) Y en el Año 2.015 un Monto Total Adjudicado: 59.346.016.211 (dato emitido por la DNCP), y también declaran desierto los ítems nros. 13 y 14, que fueron ganados por INDUFAR C.I.S.A."* (sic)- ----------

Por **Nota DNCP/DJ N° 4311** de fecha 21 de diciembre de 2015, (con acuse de recibo 23/12/15) se ha comunicado al **GOBIERNO DEPARTAMENTAL DE ALTO PARANÁ** de la apertura de la presente investigación a fin de que realice las manifestaciones correspondiente dentro del plazo de cinco (5) días hábiles.----------

Por **Nota DNCP/DJ N° 4312/15** de fecha 21 de diciembre de 2015 (con acuse de recibo en fecha 23/12/15) se ha comunicado a la **Junta Departamental de Alto Paraná** de la apertura de la presente investigación.----------

Por **Nota DNCP/DJ N° 4313/15** de fecha 21 de diciembre de 2015 (con acuse de recibo en fecha 23/12/15) se ha notificado a la firma **PROFARMA,** de la apertura de la presente investigación a fin de que realice las manifestaciones pertinentes dentro del plazo de cinco (5) días hábiles. ----------

Abg. Gustavo Zarza Domínguez
Dirección Jurídica - DNCP
Juez Instructor

Abg. Luis A. Godoy Duría
Director Jurídico - DNCP

Por **Nota DNCP/DJ N° 4314/15** de fecha 21 de diciembre de 2015 (con acuse de recibo en fecha 23/12/15) se ha notificado a la firma **INDUFAR C.I.S.A.,** de la apertura de la presente investigación a fin de que realice las manifestaciones pertinentes dentro del plazo de cinco (5) días hábiles. ----------

La norma procesal (C.P.C.) contempla la ampliación automática del plazo en razón de la distancia, solamente para los actos o diligencias procesales que deban cumplirse dentro del territorio de la República pero fuera, del asiento del juzgado o tribunal. La ampliación es de un día por cada cincuenta kilómetros en la Región oriental y un día por cada veinticinco kilómetros en la Región occidental o Chaco. ----------

Que, mediante escrito ingresado a esta Dirección como **Exp. DNCP N° 40** de fecha **05/01/2016**, se presenta el **Econ. Ever Arturo Rolón P.,** en su carácter de coordinador de la UOC de la **Gobernación de Alto Paraná** a fin de contestar el traslado que el fuera corrido, en los siguientes términos: ----------

"...en referencia a lo manifestado en la denuncia anónima, en forma escueta e irresponsable, la firma INDUFAR C.I.S.A. tiene en el año 2014 un Monto Total Adjudicado de 53.381.582.621 y en el año 2015 un monto total de 59.346..016.211, es importante señalar que las firmas PROFARMA E INDUFAR, han presentado sus ofertas en el llamado en cuestión y en el Item N° 3 – Diclofenac potásico Comprimido, el comité de la Evaluación de la Gobernación de Alto Paraná observa que las firmas citadas presentan el mismo precio, por lo que el comité realiza la verificación correspondiente y aplica el criterio de desempate establecida en el PBC en el Anexo B, Datos de la Contratación, en el numeral 23 ***"Criterio para desempate de Ofertas".----------***

Que, de acuerdo al sistema establecido en el PBC, para desempate establece que: ----------

"En caso que existan 2 o más oferentes que cumplan con todos los requisitos establecidos en la presente carta de invitación, la Convocante determinará cuál de ellas es la mejor calificada para ejecutar el contrato. Dicha determinación se dará a partir de la información requerida por la Convocante y provista por el oferente en su oferta. ----------

La convocante analizará la experiencia en el siguiente orden: Mayor cantidad de contratos y/o facturaciones de Productos Farmacéuticos y Medicinales en los últimos 2 (Dos) años (2014 y 2015), ya sea con Instituciones Públicas y/o privadas"----------

Expresó igualmente que, *"...el comité de evaluación de acuerdo al empate ocurrido con las firmas Citadas más arriba, procedió a aplicar el criterio establecido en el PBC y constata que la firma PROFARMA, presenta mayor cantidad de contratos que la firma INDUFAR, en este sentido el Ítem 3 – Diclofenac potástico Comprimido, se adjunta a la firma PROFARMA de Lourdes Elizabeth Peralta Rivas.* ----------

Que, en segundo término, si bien es cierto que en los Ítems 13 y 14 la firma INDUFAR presenta una oferta más baja, los mismos fueron declarados

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abg. Gustavo Zarza Domínguez
Dirección Jurídica - DNCP
Juez Instructor

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

desiertos atendiendo a la disponibilidad presupuestaria y el orden de prioridad de los medicamentos necesarios. Constituyen argumentos suficientes los que fueran esgrimidos en el Informe de Evaluación pertinente, cuyos argumentos me ratifico y remito: ***"...La Disponibilidad presupuestaria conforme CDP N° 61/2015 de fecha 13 de noviembre de 2015, es de Gs. 81.385.000 como ya se ha transcripto más arriba, y que la sumatoria de todos los ítems presentados por los oferentes supera sustancialmente el monto estimado por el CDP. De esa manera y por ser dicha adjudicación por ítems, el Comité resuelve declarar desierto los ítems N° 1, 13, y 14 a los efectos de adecuar la adjudicación a la disponibilidad de la convocante y en ese sentido, el miembro correspondiente al área afectada de la Secretaría de la Salud, realiza una verificación a fin de priorizar la necesidad actual de la institución en cuanto a los medicamentos a ser adjudicados por lo que se declara desiertos los ítems arriba señalado..." (sic). ----------***

La firma **PROFARMA** no ha contestado el traslado que le fuera corrido en el marco del presente procedimiento, por lo que vencido el plazo que tenía para hacerlo, corresponde dar por decaído el derecho que ha dejado de usar en el presente procedimiento. ----------

Asimismo, la firma **INDUFAR C.I.S.A.** no ha contestado el traslado que le fuera corrido en el marco del presente procedimiento, por lo que vencido el plazo que tenía para hacerlo, igualmente corresponde dar por decaído el derecho que ha dejado de usar en el presente procedimiento.----------

Atendiendo a lo denunciado la Dirección Jurídica de la DNCP cree pertinente realizar las siguientes consideraciones: ----------

Resulta menester señalar previamente que la presente contratación tiene vigencia desde la suscripción del contrato respectivo al 31 de diciembre de 2015. No es plurianual. ----------

Ahora bien, haciendo un breve análisis de lo denunciado surge que la adjudicación del ítem N° 3 fue resuelta por el criterio de desempate establecido en la carta de invitación, y; la declaración desierta de los ítems N° 13 y 14 debido a la falta de disponibilidad presupuestaria de la convocante.----------

Al respecto cabe señalar que la carta de invitación, en caso de empates establece: ----------

> *"**23. Criterio para desempate de ofertas:** En caso que existan 2 o más oferentes que cumplan con todos los requisitos establecidos en la presente carta de invitación, la Convocante determinará cuál de ellas es la mejor calificada para ejecutar el contrato. Dicha determinación se dará a partir de la información requerida por la Convocante y provista por el oferente en su oferta. ----------*
>
> *La convocante analizará la experiencia en el siguiente orden: Mayor cantidad de contratos y/o facturaciones de Productos Farmacéuticos y Medicinales en los últimos 2 (Dos) años (2014 y 2015), ya sea con Instituciones Públicas y/o privadas". ----------*

DIRECCION NACIONAL DE CONTRATACIONES PUBLICAS

Abg. Gustavo Zarza Domínguez
Dirección Jurídica - DNCP
Juez Instructor

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

De lo expuesto surge que en caso de empates, prevalecerá la oferta del proveedor con mayor cantidad de contratos y/o facturaciones, ya sean públicos o privados, en los años 2014 y 2015; está determinación se dará a partir de la información requerida por la Convocante y provista por el oferente en su oferta en tiempo y forma. ----------

Que, en el caso que nos ocupa, la Convocante solo ha hecho uso de las disposiciones legales aplicables, dentro de los límites que la discrecionalidad le permitía, solicitando los documentos necesarios para aplicar el criterio de desempate previsto en las bases de la contratación. ----------

Del cuadro comparativo de las ofertas presentadas se puede observar que en efecto, existió un empate en relación al ítem N° 3 conforme se detalla en el cuadro que sigue: ----------

ITEM	DESCRIPCION	INDUFAR C.I.S.A.	PROFARMA Lurdes Elizabeth Peralta Rivas	LUIS CASSANELLO S.A.I.C.
3	Diclofenal potasico comprimido	3.300.000	3.300.000	

Así las cosas, en relación al empate en el referido ítem, el comité evaluador dejo asentada la siguiente observación:----------

OBS: Cabe aclarar que en el **Ítem N° 3** hubo un empate en precios entre **PROFARMA** e **INDUFAR C.I.S.A., y conforme al Criterio del Desempate del Numeral 23 del PBC, el Comité ha solicitado las documentaciones requeridas en dicho numeral a fin de constatar el desempate, el Comité evalúa los documentos remitidos por las empresa en competencia a fin de proceder al desempate, en la que se observa que la empresa PROFARMA de Lurdes Elizabeth Peralta Rivas, presenta mayor cantidad de Contratos y Facturaciones en los últimos 2 (Dos) años 2014 y 2015, por lo que se le da por adjudicado en Ítem N° 3 a la firma PROFARMA de Lurdes Elizabeth Peralta Rivas.-**

Al respecto cabe señalar que si bien es cierto que consta en el informe de evaluación que se ha aplicado el criterio de desempate previsto en la bases de la contratación, se ha omitido detallar y comparar los montos de los contratos y facturaciones presentadas por las empresas oferentes, análisis que debió incluir la entidad convocante en su informe, en razón de que la misma se encuentra obligada a fundar debida y detalladamente los motivos para aceptar o rechazar una oferta, más aún en este caso, en el cual ambas empresas cumplían con los requerimientos exigidos, cuyo vencedor surgió a partir de la aplicación del criterio de desempate. ----------

Ahora bien, corresponde destacar que en la contestación al traslado de la denuncia que le fuera corrido, la Convocante remitió a esta Dirección Nacional la documentación en la cual se basó la aplicación del criterio de desempate, es decir, remitió los contratos presentados tanto por la firma INDUFAR C.I.S.A. como por la firma PROFARMA en el marco del presente llamado. ----------

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abg. Gustavo Zarza Domínguez
Dirección Jurídica - DNCP
Juez Instructor

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

Que, asimismo, resulta importante destacar que en el caso que nos ocupa, el denunciante se ha limitado a señalar cuales fueron los montos adjudicados a la firma INDUFAR C.I.S.A. en los años 2.014 y 2015 (según la información del Portal de la DNCP), sin tener en cuenta los requerimientos del PBC. ----------

Al respecto, cabe resaltar que el PBC correspondiente al presente llamado, solicita "*Mayor cantidad de contratos y/o facturaciones de Productos Farmacéuticos y Medicinales en los últimos 2 (Dos) años (2014 y 2015), ya sea con Instituciones Públicas y/o privadas*", no siendo el único criterio a ser considerado el monto de las adjudicaciones realizadas por Instituciones Públicas.

Que, según se desprende del Informe de Evaluación, la firma PROFARMA ha presentado mayor cantidad de contratos en relación a la firma INDUFAR C.I.S.A., por tanto la misma resulto adjudicada en el llamado en cuestión. ----------

Por tanto, consideramos que lo manifestado por el denunciante en cuanto a los montos adjudicados a la firma INDUFAR C.I.S.A. en los años 2014 y 2015, no resulta suficiente para enervar el análisis realizado por el Comité de Evaluación, ya que en dicha afirmación no se toman en consideración todos los requerimientos dispuestos en el PBC para la aplicación del criterio de desempate. ----------

En relación a la declaración desierta de los ítem 13 y 14, constituye una atribución de las convocantes de conformidad a lo establecido en el Art. 30° de la Ley N° 2051/03. ----------

El monto disponible para la contratación de referencia, conforme se detalla en el SIPC, es por la suma de **Gs. 81.385.000;** el monto adjudicado a la firma **PROFARMA**, es por la suma de **Gs. 65.461.000,** en tanto que la suma adjudicada a la firma **INDUFAR C.I.S.A.** es por la suma de **Gs. 15.400.000,** totalizando la suma de **Gs. 80.861.000,** quedando un resto de **Gs. 524.000**. ------

Igualmente, resulta importante puntualizar que los ítems declarados desiertos ascienden a la suma de **Gs. 22.200.000,** lo que evidencia que de ser adjudicados superaría la disponibilidad presupuestaria de la convocante. ----------

Al respecto, explica el Informe de Evaluación que fue realizada una verificación por parte del área afectada a fin de priorizar la necesidad actual de la Institución, por lo que, en base a dicho análisis se dispuso la declaración desierta de los ítems N° 13 y 14.----------

En ese orden de cosas, la evaluación de las ofertas constituye un acto propio de las Convocantes, quienes de forma exclusiva y excluyente, a través de sus Comités de Evaluación, deben verificar las ofertas presentadas y expedirse sobre la aceptación o no de las mismas y su adjudicación o rechazo.----------

Ello no significa, claro está, que la facultad sea arbitraria, es decir, el Comité debe exponer las razones para admitir o desechar las ofertas, no estándole permitido simplemente desecharlas, sin fundamento alguno. ----------

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abg. Ernesto Zarza Domínguez
Dirección Jurídica - DNCP
Juez Instructor

Abg. Ingrid A. Godoy Duria
Dirección Jurídica - DNCP

Por otro lado, se aclara al denunciante, que todo oferente que considere que su descalificación no se ajusta a derecho puede acudir a la protesta en la etapa pertinente.----------

Cabe destacar que la **PROTESTA** es el mecanismo de impugnación previsto en la normativa, al que deben recurrir las partes si es que consideran que el PBC contiene requisitos que vulneran los derechos de los oferentes en el proceso de contratación **o consideran que se han lesionado sus derechos como oferente en el proceso de contratación**. ----------

De esta forma, la denuncia es un medio de impugnación que se halla previsto para denunciar hechos de corrupción para quienes no son parte en el proceso de contratación y para aquellas situaciones en donde la protesta no fuere el mecanismo pertinente. ----------

Que, establece el art. 13° del decreto 7434/11 acerca del Inicio de la Investigación en el segundo párrafo: "*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***". (el destacado es nuestro). ---------

Que, en el caso que nos ocupa, no fue presentada PROTESTA alguna en contra de la adjudicación o descalificación de la firma oferente, y además, con las adjudicaciones realizadas no se ha verificado la existencia de un daño o perjuicio al Estado. ----------

De todo lo expuesto hasta aquí, entiende esta Dirección Jurídica que no existirían méritos suficientes para iniciar una Investigación de Oficio, por lo que, en base a lo analizado e investigado precedentemente, recomienda el cierre de la presente denuncia. ----------

Abg. Gustavo Zarza Domínguez
Dirección Jurídica

DIRECCION NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico