DNCP/DJ N° 4434/15

Caso N° 3017.-

Asunción, 30 de diciembre del 2015.-

"Investigación Preliminar surgida a partir de la denuncia recibida a través del Sistema de Gestión de Denuncias con Protección al Denunciante, referida a los siguientes llamados LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL PARA LA ADQUISICIÓN DE MÁQUINAS FUMIGADORAS VARIAS PARA SENEPA" CONVOCADO POR EL MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA Y BIENESTAR SOCIAL – SUB UNIDAD N° 3 (ID N° 300173)". ----------

A partir de las denuncias recibidas 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 16/12/2015 manifiesta, cuanto sigue: *"Hoy en día, habiendo tenido en cuenta aquellas observaciones que arrimé sobre el PBC, la Contratante vuelve a publicar el llamado, esta vez, haciendo los cambios que en principio parecen ser claros, sin embargo, vuelven a cometer el mismo error que en el llamado anterior, cual es el de incluir determinadas especificaciones que sólo pueden ser cumplidas por una marca determinada de fumigadores que puede ser adquirida sólo de un determinado proveedor, a un mayor costo y con una menor calidad que el ofrecimiento que vengo haciendo desde hace varios años y no me resulta posible proveer como consecuencia de esta situación claramente violatoria del principio de igualdad consagrado en nuestra Constitución Nacional. Con las dificultades y barreras que me han tocado como proveedor y representante de las máquinas que oferté y sigo ofertando quiero asegurarme que esta protesta será considerada y escuchada en el marco de la legalidad y el libre comercio. FUNDAMENTOS DE LA DENUNCIA El argumento de la denuncia radica en que el llamado a la provisión de maquina fumigadora esta realizado sobre un equipo en particular, específicamente denominado LONDON 18-20 (adjunto especificación y brochure de la máquina), este mismo equipo es el que el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social – Servicio Nacional de Erradicación del Paludismo (SENEPA) adquiría antes del 2012. Sin embargo a la luz de la publicación de la licitación ID 300173, se han tomado exactamente las especificaciones técnicas de esta máquina, presumiblemente para que la misma sea seleccionada para su adquisición. A los efectos de demostrar este hecho, acompaño una planilla en la cual se hace un análisis comparativo entre las especificaciones técnicas exigidas en el llamado anterior y en el actual, de tal manera a que el Sr. Director tome conocimiento y las medidas*

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abog. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

pertinentes a los efectos de evitar este tipo de irregularidades en los siguientes llamados. Esta situación limita a las personas en este caso particular a mi persona y mis intereses enunciados primariamente en los artículos 38 y 47 inciso 4 de la Constitución Nacional, ya que este llamado está direccionado a adquirir este equipo (London 18-20), de manera impune, pues desde hace varios años este equipo se viene colocando en el mercado con menores prestaciones y características, limitado a un solo tipo de fumigaciones, y lo peor de todo es que son adquiridos siempre a un mayor precio, y con supuestas autorizaciones del fabricante, sin representación alguna, esto lo manifiesto responsablemente ya que en la licitación pasada (ID 272013 del año 2014) este equipo no contaba con tal representación" (sic). ----------

Que, por **Nota DNCP/DJ N° 4278** de fecha 17 de diciembre de 2015, se ha notificado al **MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA Y BIENESTAR SOCIAL – SUB UNIDAD N° 3** de la apertura de la presente investigación a fin de que realice las manifestaciones correspondiente dentro del plazo de 3 días hábiles. --

En fecha 24 de diciembre de 2015, mediante escrito ingresado como Exp. DNCP N° 14541, se presenta el **Lic. Arnaldo González Galván,** en su carácter de Director de la Sub UOC N° 3 del MSP y BS, a fin de contestar el traslado que le fuera corrido en el marco de la presente denuncia, en los siguientes términos: ----------

"...que negamos desde ya cualquier insinuación que pueda endilgarnos el denunciante encubierto acerca de un supuesto direccionamiento premeditado del proceso licitatorio hacia una oferta o un oferente en particular. ----------

*Podemos expresar que a nuestro entender el denunciante pretende traer a colación que esta Convocante "vuelve" a publicar el llamado incluyendo especificaciones que solo pueden ser cumplidas por una marca determinada y que pueden ser adquiridas de un solo y determinado proveedor, a un mayor costo y con una menor calidad, Al afirmar esto presenta una suerte de cuadro comparativo entre dos **ESPECIFICACIONES TECNICAS,** una correspondiente al **ID 272013** y la otra al **ID 300177** (¿?), lo que desde ya representa una imprecisión.* ----------

*No obstante, debemos destacar que el PBC de la presente **LPN SBE N° 19/2015** se ha "abierto" más en relación a licitaciones anteriores de la misma naturaleza, como ser que en cuanto a las Máquinas Generadoras UBV se solicita sólo rangos mínimos (como mero ejemplo la capacidad de los tanques de formulación de insecticidas, el de gasolina y el de solvente).* ----------

Y conviene poner énfasis en algunas cuestiones relacionadas a la denuncia que son las siguientes:

- *No se ha recepcionado consulta alguna durante el periodo establecido para tal efecto.* ----------
- *El Art.9° del Decreto 7434/2011, expresa taxativamente que "Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho*

Abog. Gustavo Zarza Domínguez
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

controvertido o un precepto jurídico que la DNCP no tenga el deber de conocer..." ----------

- *La Protesta es el mecanismo establecido por la Ley 2051/03, para los casos en el que existan actos que contravengan las disposiciones que rigen las materias objeto de la Ley.* ----------

Analizando la denuncia presentada, resulta poco claro y ambiguo lo referente a ***"Hoy en día, habiendo tenido en cuenta aquellas observaciones que arrimé al PBC, la Contratante vuelve a publicar el llamado, esta vez haciendo los cambios que en principio parecen ser claros..."*** *(sicJ (negritas son nuestras).* ----------

El PBC estuvo publicado desde el 27/11/2015 y el plazo para contestar fue desde la misma publicación hasta el 07/12/2015 _hasta las 15:000hs_, sin que se haya recepcionado consulta alguna en el sistema, por lo tanto desconocemos las manifestaciones realizadas por el promotor de la denuncia.---

La Ley 2051/03 y sus Decretos reglamentarios garantizan a todo potencial oferente que necesite aclaraciones del Pliego de Bases y Condiciones que podrá solicitarlas a la Convocante. Sin embargo no se ha recepcionado consulta alguna durante el periodo establecido para el efecto. ----------

El denunciante expresa (sin demostrar con pruebas) que la Convocante vuelve a cometer el mismo error que el llamado anterior ***SIN PRECISAR EXACTAMENTE CUALES SON, SEGÚN SU PARECER, LOS ERRORES COMETIDOS NUEVAMENTE*** *por la Convocante.* ----------

Sobre el mismo punto, queremos hacer mención al llamado a LPN SBE N° 07/2014 "Adquisición de Máquinas Fumigadoras Varias", ID 272.013, al que el denunciante hace referencia, el cual ha tenido varias ***PROTESTAS*** *que finalmente forzaron a que dicha Licitación fuera* ***CANCELADA****.*

Sobre el llamado mencionado por el denunciante (ID 272.013) los puntos en controversia fueron:

- *Capacidad del caudal del compresor (350 CFM mínimo)* ----------
- *Pruebas de campo del Tamaño de gotas mayor o igual a 80% de las gotas generadas, deberán estar entre los rangos de 75 a 25 micras (Estas son directrices de la WH0PEs/OMS).* ----------

Debido a la experiencia negativa de dicha Licitación y en base a las experiencias de campo se ha resuelto flexibilizar y modificar algunos los puntos de controversia, específicamente lo concerniente al caudal del compresor que en la Licitación anterior el caudal mínimo era de 350 CFM, sin embargo en esta ocasión el caudal mínimo se bajó a 300 CFM a fin de dar mayor oportunidad a potenciales oferentes. ----------

No obstante el tamaño de gotas permanece intacto porque la misma corresponde a las directivas de WH0PES/OMS por lo tanto no es recomendable modificarla.----------

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abog. Gustavo Zarza Domínguez
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Asesor Jurídico - DNCP

El denunciante presenta las especificaciones técnicas actuales y de la Licitación anterior (2014) sin entrar en más detalles, ya que las especificaciones técnicas son similares salvo los ajustes más arriba precisados, como así también algunos puntos más prudentemente detallados con el objeto de evitar malas interpretaciones que generen interminables impugnaciones como la que hemos tenido en la Licitación anterior forzando a su ***CANCELACION****, cuestión ésta que ha perjudicado a la Institución que se ha visto privada de contar con los equipos solicitados en dicha Licitación.* ----------

Con el presente cuadro se demuestra claramente que en las especificaciones técnicas de la última contratación ID: 300173 se han abierto los parámetros con el objeto de buscar la mayor concurrencia de ofertas.----------

Por último nos resta mencionar que con respecto a las especificaciones técnicas, son básicamente las mismas de hace al menos 5 años atrás, no existiendo variaciones sustanciales que indiquen un cambio radical, ni mucho menos que se esté direccionando a una determinada marca de Fumigadores. ----

*Ahora bien: con respecto a la cuestión de "****SUPUESTAS AUTORIZACIONES DEL FABRICANTE, SIN REPRESENTACIÓN ALGUNA****" esto realmente es* ***FALSO****, la única empresa que participo de la licitación (la empresa* ***ECO RURAL S.R.L.****), ha presentado la Carta de Autorización del Fabricante* ***LONDON FOG, INC.****, como así también el certificado de representación de ambos cuentan con apostillas, conforme al PBC lo que otorga validez a dichos documentos, el cual acompañamos a esta presentación.* ----------

Esto nos lleva igualmente a inferir que el denunciante se basaría solo en SUPUESTOS, sin demostrar nada en concreto, ***NO REALIZÓ CONSULTAS, NO PRESENTÓ PROTESTAS CONTRA EL PBC., NO SE PRESENTÓ A LA LICITACIÓN Y AL TERMINO DE LA SUBASTA PRESENTA UNA DENUNCIA ANONIMA,*** *lo que podría entorpecer la prosecución normal de esta Licitación, cuyo objeto es la adquisición de FUMIGADORES, lo cual es una necesidad imperiosa para cumplir con los objetivos y metas de la Institución.* ----------

Por otra parte, se debe tener presente que las Convocantes tienen todo el derecho de determinar las especificaciones de manera a adquirir un bien, producto o servicio que sea eficiente, eficaz, y que contemple la relación costo beneficio y el concepto de oferta más conveniente. ----------

En rigor, atentos a la experiencia obtenida a través de los años por el SENEPA, esta nueva administración se ha visto abocada al respeto irrestricto de las normativas vigentes y a flexibilizar - en la medida razonable y posible- los pliegos de bases y condiciones de las modalidades de contratación pública que permitan la más amplia participación de potenciales oferentes…" (Sic.). ----------

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

De los términos de la denuncia, se desprende que la firma denunciante sostiene que las Especificaciones Técnicas se encuentran direccionadas hacia una marca determinada de fumigadoras. Asimismo

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abog. Gustavo Zarza Domínguez
Dirección Jurídica - DNCP

Abog. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

manifiesta que estos equipos suelen ser ofertados a un mayor precio y que no cuentan con la debida autorización de fabricante. ----------

Al momento de presentar su descargo el Ministerio de Salud y Bienestar Social argumentó que en el llamado individualizado con el ID N° 300173, no se recibió consulta alguna y que las modificaciones realizadas a las EE.TT. del PBC tuvieron por objeto abrir los parámetros con el objeto de buscar una mayor concurrencia de ofertas. ----------

Pasando al análisis de la denuncia formulada, en primer lugar corresponde señalar que si bien la recurrente señala que las Especificaciones Técnicas se encuentran direccionadas a un producto en particular, no individualiza cuales serían concretamente las especificaciones técnicas que desea sean modificadas a los efectos de ampliar el llamado.----------

Asimismo, resulta fundamental mencionar que si bien la recurrente asegura que realizó observaciones para el presente llamado, las mismas no constan en el SICP. Recordemos que la Res. DNCP N° 1408/14 *"Por la cual se derogan totalmente las Resoluciones DNCP N° 860/2008, 1142/2008, 402/2012, y parcialmente la Resolución DNCP N° 948/2010, se establecen reglas para la utilización de la modalidad de Subasta a la Baja Electrónica y se Reorganiza la Coordinación de Subasta a la Baja Electrónica"*, establece en su Art. 9° que las consultas o aclaraciones en los procedimientos de Subasta a la Baja Electrónica (SBE) deben realizarse única y exclusivamente vía sistema de la SBE, no así a través de las notas que pudieran ser ingresadas por mesa de entrada de la Convocante. ----------

Por otro lado se observa que si bien la denunciante realiza un paralelismo entre las especificaciones técnicas solicitadas en un llamado anterior y las solicitadas para el llamado de referencia, no presenta pruebas concretas que demuestren que las especificaciones técnicas efectivamente se encuentran dirigidas a una única marca de producto.----------

En lo relativo a los requerimientos establecidos en el PBC, cabe hacer referencia a la independencia de la Convocante de establecer y evaluar los parámetros para lograr la plena garantía de sus intereses y la máxima calidad de los bienes y servicios que va a adquirir y utilizar, de cada proceso en particular.

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, pues constituye una atribución discrecional de las mismas, la de determinar la cantidad o tipo de bienes o servicios a contratar, la que debe encontrar su fundamento en las necesidades que deben ser satisfechas. A más de ello es de notar que la determinación de bienes o servicios a contratar, tanto los originalmente establecidos en el PBC, como aquellos que resulten del proceso de evaluación de las ofertas, es de exclusiva responsabilidad de la Entidad convocante, de conformidad a la disposición del Art. 27° de la Ley N° 2051/03. ----------

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abog. Gustavo Zarza Domínguez
Dirección Jurídica - DNCP

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico - DNCP

En ese mismo sentido, ha sido y será criterio de esta Dirección, que tramitar el llamado y elaborar las bases, es exclusiva potestad de la Convocante, por ser la indicada **para conocer las necesidades reales y prioritarias de su entidad y de acuerdo a éstas, realizar las adquisiciones que sean más convenientes** a sus estrategias y metas institucionales, con resguardo a los principios establecidos en el Art. 4° de la Ley N° 2051/03. ----------

Si una persona, tercero interesado o potencial oferente cuestiona las EE.TT. debe demostrar por qué no resultan técnicamente indispensables y en su lugar indicar que otras alternativas pueden cumplir similares o mejores prestaciones para satisfacer las necesidades de la entidad convocante. Este requisito no se encuentra cumplido en la denuncia formulada. ----------

En base a todo lo anterior, entiende esta Dirección Jurídica que no existe méritos para dar el inicio de una investigación.

Abg. Gustavo Zarza Domínguez
Dirección Jurídica

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abg. Luis A. Godoy Duria
Director Jurídico