Dictamen DNCP/DJ N° 11.555/21

DATOS DEL PROCEDIMIENTO

Procedimiento Jurídico:	Investigación Preliminar
Fecha de Dictamen:	11/10/2021
ID:	399243.
Procedimiento de Contratación:	Vía de la Excepción.
Modalidad Complementaria:	No aplica.
Nombre de la Licitación:	Adquisición de Alimentos para Merienda Escolar.
Entidad Convocante:	Municipalidad de Paraguarí.
Denunciante:	Sistema de Gestión de Denuncias Casos N°498 y 560/21.
Tema General:	Ejecución Contractual.
Tema Específico:	Incumplimiento de EE.TT.

RESULTADO

1. Ordenar el cierre de la Investigación Preliminar Caso Nº498 y 560/21.

2. Comunicar a quienes corresponda y cumplida archivar.

CUESTIÓN CONTROVERTIDA

Del texto de las denuncias se coligen la disconformidad de los denunciantes respecto a la ejecución contractual del ítem Nº5 Chipita, por parte de la Empresa Manuel Ortiz Rodríguez, específicamente en cuanto a los requisitos impuestos por la Gobernación de Paraguarí en el Pliego de Bases y Condiciones para la provisión y entrega del producto.

No obstante, posterior a la denuncia formulada el denunciante del Caso Nº560/21 formula desistimiento de la misma. Entonces, siendo el desistimiento un atributo procesal del denunciante, vemos que corresponde **TENER POR FORMULADO EL DESISTIMIENTO** planteado, no existiendo mérito para la prosecución de una investigación, en lo que respecta a la denuncia del Caso Nº560/21.

Si bien del Plan de entrega ante la Emergencia Sanitaria, se deprende que **todos los productos que componen el Kit de Merienda Escolar debían estar contenidos dentro de una bolsa de polipropileno (PP)** con suficiente resistencia para soportar los alimentos que se incluyen en ella y de de las fotografías adjuntas por el denunciante del Caso Nº498/21, se puede apreciar que las raciones correspondientes al producto CHIPITA fueron de forma separada a los demás productos que componen el Kit de Alimentos, hay que tener en cuenta que los adjudicados en los distintos ítems son proveedores distintos, sin embargo, se observa que no se ha solicitado que las chipitas sean entregadas en bolsas individuales de diez paquetes de 30 gramos para cada alumno conforme fuera indicado por el denunciante.

En base a lo expuesto, y las aclaraciones brindadas al denunciante, esta Dirección Jurídica entiende que no hay elementos ni argumentos suficientes que permita desvirtuar la presunción de regularidad del presente procedimiento licitatorio, por lo que corresponde ordenar el cierre de las denuncias individualizadas como Casos N°498 y 560/21, con la salvedad que de surgir reclamos puntuales actuaremos en el ámbito de nuestra competencia.

Abg. Tania Ledesma
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Mg. Eugenia Otazo
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

OTRAS PARTES INTERVINIENTES:

MARCO MANUEL ORTIZ RODRIGUEZ.

INTERPOSICION/ANTECEDENTE:

Caso N°498/21 recibido a través del Módulo de Investigaciones Electrónicas en fecha 26 de agosto del corriente, el cual refiere lo siguiente:

"...Me dirijo a Usted, en mi carácter de Docente de la una de las Escuelas Beneficiadas con el Programa para ADQUISICIÓN DE BIENES PARA MERIENDA ESCOLAR efectuado por la Gobernación de Paraguarí, con el objeto de presentar denunciar en cuanto a la Ejecución del Contrato del Ítems 5 Chipita, por parte de la Empresa Manuel Ortiz Rodríguez, en cuanto a los requisitos impuestos por la Gobernación de Paraguarí en el Pliego de Bases y Condiciones en cuanto a la provisión y entrega del producto.

La Empresa, incumple con la forma en la cual debe de ser entregado el producto chipita, ya que según lo manifestado desde la Gobernación ***el proveedor debe hacerse cargo de entregar las chipitas en bolsas individuales de diez paquetes de 30 gramos para cada alumno*** *en las siguientes condiciones que menciona el pliego:*

Debido a que actualmente el Gobierno Nacional ha decretado la Emergencia Sanitaria por la pandemia (COVID-19), la entrega de los bienes se realizará por ***Kit de Víveres.***

Estos productos estarán contenidos en una bolsa de polipropileno con suficiente resistencia para soportar los alimentos que se incluyen en ella. Además de cualquier otra información que los proveedores consideren pertinentes, la bolsa contendrá en forma impresa como mínimo, la siguiente inscripción:
GOBERNACIÓN DEL 9° DPTO. PARAGUARÍ
DISTRIBUCIÓN GRATUITA – PROHIBIDA SU VENTA

Este hecho indigna a muchos de los docentes y directores, pues como hemos visto, la Gobernación de Paraguarí ha previsto que la Empresa que provea las chipita deben de ir en bolsa especiales; es decir diez paquetes de chipita de 30 gramos en una bolsa con la leyenda requerida. Sin embargo, la empresa no está cumpliendo con lo que se ha comprometido; entendiendo que ellos ya han incluido dentro del costo final la bolsa, la grabación y la preparación de los kits para cada alumno.

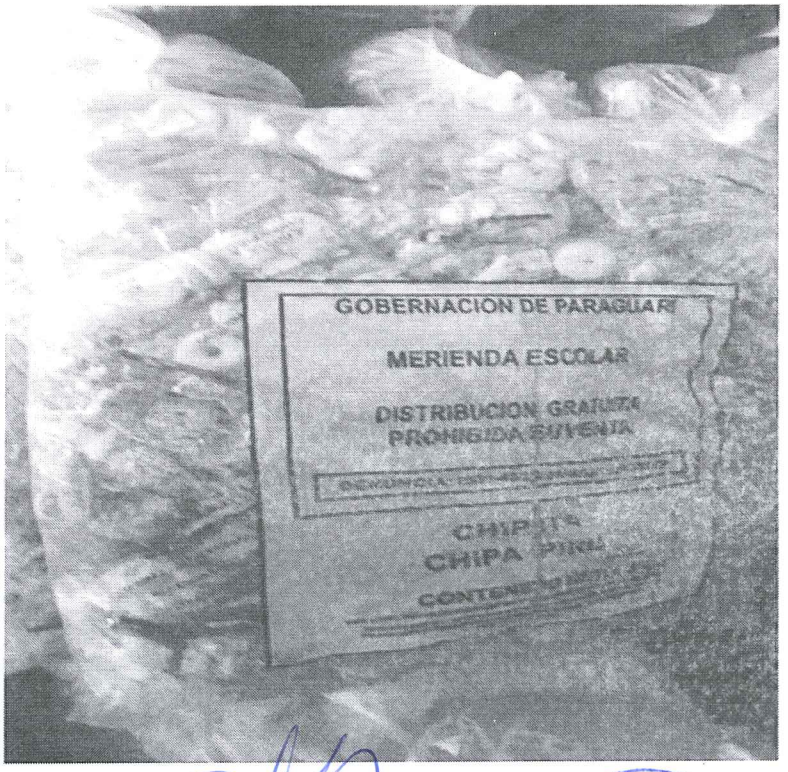
Como director que nos encargaron la entrega de los productos a nuestros chicos, hemos tenido que comprar nosotros bolsitas para separar los paquetes de chipita de 30 gramos, en total 10 paquetes por cada alumno y entregárselos. Este hecho aparte de ser irregular creemos que atenta contra el interés de la propia Gobernación, pues han sido estafados siendo que la empresa debió haber entregado el producto en diferentes condiciones.

En la Página de la Gobernación se puede observar en el siguiente link https://fb.watch/7zuMFoUy--/ se puede visualizar que la chipita es entregada a las escuelas en bolsas de 3 kilos , 100 paquetes y luego fue separado por nosotros los docentes de los fardos para entregárselo a los padres en bolsas comunes y no como debe de ser.

Abg. Tania Ledesma
Direccion Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Ma. Eugenia Utaza
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

Como se puede observar también en las siguientes imágenes fotográficas tomada de los productos; la chipita ha sido entregada en fardos de tres kilos (100 paquetes) y no individualizado (10 paquetes) para cada alumno según las condiciones que impone la Gobernación



Abg. Tania Ledesma
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Ma. Eugenia Utaza
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

Para nosotros como docentes nos ha sorprendido la manera en que nos han utilizado para realizar la entrega de las chipitas; nos sentimos manoseados en nuestra buena fe, pues desde la Gobernación nos ha informado que recibiríamos los kits en las mismas condiciones que lo veníamos recibiendo durante toda la pandemia.

Por lo Denunciado, acudo a la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas de manera a tome conocimiento he intervenga para prevenir se siga cometiendo el hecho irregular que se encuentra desarrollando en cuanto a la contratación para la provisión de los Kits para los niños; e intervenga el proceso, pues claramente esta empresa ha estafado a la Gobernación de Paraguarí al no cumplir con la presentación del producto como corresponde según las exigencias".

APERTURA:

Nota DNCP DJ N°10.445/21 de fecha 15 de setiembre del 2021, por la cual se dio apertura a la investigación preliminar individualizada como Caso N°498/21.

ACUMULACIONES:

En fecha 22/09/2021, ingresa denuncia a través del Sistema de Gestión de Denuncias Individualizada como Caso Nº560/21, la cual refiere:

"...Señor Director, como potencial oferente del llamado a ADQUISICION DE ALIMENTOS PARA MERIENDA ESCOLAR ID Nº399243; realizado por el Gobierno Departamental de Paraguarí de gran impacto para la comunidad educativa, hemos visto en el Portal de Contrataciones Públicas ciertas irregularidades por parte de la Empresa Proveedora ALIMENTOS MIMI de Marco Manuel Ortiz, primeramente ha sido adjudicado en el Ítem N°5 Chipita, siendo que no ha cumplido con lo previsto en el pliego de bases y condiciones en cuanto a la visita al sitio de ejecución del contrato, requisito sustancial para la presentación de oferta y seguidamente al momento de la ejecución del contrato ha entregado los productos en

Abg. Tania Ledesma
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Ana Ma. Eugenia Otazu
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

fardos por 100 unidades y no en forma de kits como lo requiere la convocante, en forma personalizada para cada niño/a, constituyendo esto una competencia desleal y causando un perjuicio patrimonial para la gobernación de Paraguarí. Estos hechos lo hemos podido constatar a través de las publicaciones realizadas por la Gobernación de Paraguarí a través de las redes sociales en su cuenta oficial. -

Es importante señalar que, al momento de contratar con el estado, el potencial oferente acepta todos y cada uno de los requisitos para la presentación de oferta como el sistema de entrega del bien que oferta; por lo que podemos presumir que esta empresa quiere pasarse de listo y obtener ventajas económicas en detrimento a los niños/as".

AMPLIACIONES/MODIFICACIONES/RESTRICCIONES:

No aplica.

NOTIFICACIONES:

Notificación Inicial DNCP/DJ N°10.445/21 de fecha 15 de setiembre de 2021 – MUNICIPALIDAD DE PARAGUARI.

Notificación Inicial DNCP/DJ N°10.446/21 de fecha 15 de setiembre de 2021 – MARCO MANUEL ORTIZ RODRIGUEZ.

OTRAS PRESENTACIONES:

Fecha: 24/9/2021 Parte: Denunciante.

"Señor Director, por medio de la presente vengo a manifestar mi desistimiento a la Denuncia planteada contra el proceso para el llamado a Adquisición de Alimentos para merienda escolar ID 399243; conforme a mi derecho de realizarlo; esto en atención a que ya no poseo interés en sostener la presente denuncia.

Atentamente"

CONTESTACIONES:

En fecha 23/09/2021, la Entidad Convocante MUNICIPALIDAD DE PARAGUARI, ha presentado descargo en los siguientes términos:

"MARCELO DANIEL CALONGA TORRES, en nombre y representación del GOBIERNO DEPARTAMENTAL DE PARAGUARÍ conforme a la Resolución institucional que se adjunta, con domicilio real en la casa N°510 de las calles Gral. Morínigo y Asunción, ciudad de Paraguarí, me dirijo a Usted con relación a la DENUNCIA RECIBIDA A TRAVÉS DEL SISTEMA DE GESTIÓN DE DENUNCIAS CON PROTECCIÓN AL DENUNCIANTE REFERIDA AL PROCEDIMIENTO CONTRATACIÓN POR EXCEPCIÓN; "ADQUISICIÓN DE ALIMENTOS PARA MERIENDA ESCOLAR" CONVOCADO POR LA UNIDAD DE CONTRATACIÓN UOC PARAGUARI; ID 399243, vengo a contestar el traslado en tiempo y forma oportuna que esa Dirección a su cargo se sirviera correr a esta entidad, mencionando cuanto sigue:

Abg. Tania Ledesma
Dirección Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Ma. Eugenia Utazo
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

Que, en vista a la denuncia formulada, es menester de esta Convocante en salvaguarda de sus derechos legítimos el realizar todas las investigaciones al caso a fin de deslindar responsabilidades y determinar la culpabilidad o no de la adjudicada con relación a la forma de presentación. Por ello, la Convocante se encuentra abocada en indagar sobre el caso particular con las partes afectadas (Instituciones educativas, proveedor, padres de familia, etc.) por ello, en los próximos días se dará a conocer el resultado de dicha investigación a la Dirección a su cargo. Atentamente…".

NORMAS APLICABLES AL PROCESO:

Decreto N°2992/2019 de fecha 9 de diciembre de 2019: "*Por la cual se establecen ciertas reglamentaciones para los procesos sustanciados en la Dirección Jurídica de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP)*". Capítulo I. Artículo 134° Carga de las pruebas. Capítulo II. De la Sustanciación de las Investigaciones: Artículo 142° Inicio de la Investigación. Artículo 145° De la Investigación Preliminar. Traslado. Artículo 146°. Facultades Investigativas. Artículo 147° Dictamen de la Investigación Preliminar.

Resolución DNCP N°572/20 de fecha 06 de febrero de 2020, "Por la cual se reglamenta los procedimientos sustanciados en la Dirección Jurídica de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, y se abroga la Resolución DNCP N°5702/2019".

OTRAS ACTUACIONES:

No aplica.

ANÁLISIS:

Las denuncias refieren supuestas irregularidades en la ejecución contractual del ítem Nº5 "Chipita" por parte de la Empresa Manuel Ortiz Rodríguez, específicamente en cuanto a los requisitos impuestos por la Gobernación de Paraguarí en el Pliego de Bases y Condiciones para la provisión y entrega del producto.

No obstante, posterior a la denuncia formulada el denunciante del Caso Nº560/21, formula desistimiento de la misma. Al respecto el Art. 8 de la Ley N°2051/03 dispone: *"**LEGISLACIÓN SUPLETORIA.** En todo lo no previsto por esta ley, su reglamento y además disposiciones administrativas que deriven de ellos, serán aplicados supletoriamente el Código Civil, las leyes que rigen el Procedimiento Contencioso Administrativo y el **Código Procesal Civil**".*

El Código Procesal Civil, en el Capítulo X, "**DE OTROS MODOS DE TERMINACIÓN DE LOS PROCESOS",** en su artículo 166 dispone: "*En cualquier estado de la causa el actor puede desistir de la acción que haya promovido. Este desistimiento impide renovar en el futuro el mismo proceso e implica la renuncia al derecho respectivo. El Juez se limitará a examinar si el desistimiento procede por la naturaleza del derecho en litigio y a dar por terminado el proceso en caso afirmativo. Para desistir de la acción no es necesario la conformidad de la parte contraria*" (sic).

Abg. Tania Ledesma
Direccion Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

Abg. Ma. Eugenia Ulrich
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

Entonces, siendo el desistimiento un atributo procesal del denunciante, vemos que corresponde **TENER POR FORMULADO EL DESISTIMIENTO** planteado, y en ese sentido, no existe mérito para la prosecución de una investigación, en lo que respecta a la denuncia del Caso Nº560/21.

Sin embargo, el denunciante del caso Nº498/21, refiere: "*...La Empresa, incumple con la forma en la cual debe de ser entregado el producto chipita, ya que según lo manifestado desde la Gobernación el proveedor debe hacerse cargo de entregar las chipitas en bolsas individuales de diez paquetes de 30 gramos para cada alumno...*".

En primer lugar, es importante mencionar que el presente llamado fue publicado en fecha 29 de junio de 2021, bajo la modalidad Contratación Vía de la Excepción, siendo el sistema de adjudicación por ITEM.

Que, mediante Resolución Nº441/21 de fecha 15 de julio de 2021, fue adjudicada en el ítem Nº5 (chipitas) la firma **MARCO MANUEL ORTIZ RODRIGUEZ** y en los ITEMS N°1 (leche entera liquido); 2 (Galletita dulce); 3 (Galletita Dulce) y 4 (maní), la firma **ROSA MABEL CAPLI**. Firmando los contratos CGDP N°246/2021 y Nº245/2021 respectivamente en fecha 16 de julio de 2021.

Que el PBC en el apartado de las Especificaciones Técnicas de Alimentos Sólidos CHIPITA numeral 2) Especificaciones del Envase, refiere cuanto sigue: "*a) **Especificaciones del envase individual** El envase individual primario deberá ser de film de polietileno de baja densidad o polipropileno biorientado, transparente o metalizado, ambos de 30 micrones como mínimo.* **i. Tamaño y forma del producto** El producto se presentará en forma de argollas características, en envase individual primario de 30 gramos, con una tolerancia de ± 5 gramos. **b) Especificaciones del rotulado del envase individual** El producto se rotulará **"CHIPITA" o "CHIPA PIRU".** *"...c). **Especificaciones del envase secundario** Los envases individuales podrán estar contenidos en los siguientes envases secundarios: - Caja de cartón corrugado, resistente al peso de los productos con la parte superior e inferior lacrado, asegurando total inviolabilidad y protección de los alimentos en ella contenidas, garantizando su conservación, traslado, y almacenamiento en condiciones adecuadas y con capacidad máxima de 3 kilogramos. Deben llevar impresas las especificaciones de la altura de apilamiento y la posición en la que se debe colocar la caja. - Bolsas de polietileno de baja densidad, transparente con un espesor mínimo de 50 micrones con cierre caliente sellado, asegurando total inviolabilidad y protección de los alimentos en ella contenidas, y con capacidad de 2 a 3 kilogramos garantizando su conservación, traslado y almacenamiento en condiciones adecuadas...".*

En este sentido, si bien el pliego solicita que las chipitas sean presentadas en envase individual primario de 30 gramos, que deberán ser contenidos en un envase secundario (Caja de cartón corrugado o bolsas de polietileno) con capacidad máxima de 3 kg, no solicita que las chipitas sean entregadas en bolsas individuales de diez paquetes de 30 gramos para cada alumno conforme fuera indicado por el denunciante del caso N°498.

Por otra parte, resulta importante dejar en claro, que mediante Nota DAE 209/2021 de fecha 02 de junio de 2021, el MEC ha autorizado de manera temporal a la Municipalidad de Paraguarí la entrega del desayuno/merienda a cada estudiante, mediante la modalidad de Kits de Alimentos.

Estableciéndose por ende para la entrega de los mismo cuanto sigue: "*...Se entregarán kits de víveres con los productos correspondientes a 20 (veinte) días conforme a la autorización del Ministerio de Educación y Ciencias. Cada kit deberá contener lo siguiente: a. 4 (cuatro) litros de leche entera fluida. b. 5 (cinco) raciones de galletitas dulces con semillas de chía y/o sésamo. c. 5 (cinco) raciones de galletitas dulces con harina de arroz. d. 5 (cinco) raciones de turrón de maní. e. 5 (cinco) raciones de Chipita...*

Abg. Tania Ledesma
Direccion Jurídica - DNCP
Jueza Instructora

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Abg. Ma. Eugenia Otazo
Directora
Dirección Jurídica - DNCP

Para la última entrega, el kit contendrá los productos equivalentes a 25 (veinticinco) días, conforme a lo siguiente: a. 5 (cinco) litros de leche entera fluida. b. 7 (siete) raciones de galletitas dulces con semillas de chía y/o sésamo. c. 7 (siete) raciones de galletitas dulces con harina de arroz. d. 6 (seis) raciones de turrón de maní. e. 5 (cinco) raciones de Chipita.

Estos productos estarán contenidos en una bolsa de polipropileno (PP) con suficiente resistencia para soportar los alimentos que se incluyen en ella. Además de cualquier otra información que los proveedores consideren pertinentes, la bolsa contendrá en forma impresa como mínimo, la siguiente inscripción: ***GOBERNACIÓN DEL 9° DPTO. PARAGUARÍ DISTRIBUCIÓN GRATUITA – PROHIBIDA SU VENTA…".***

De lo expuesto precedentemente se tiene que todos los productos que componen el kit de víveres (leche entera fluida, galletitas dulces con semilla de chía o sésamo, galletita dulce con harina de arroz, raciones de turrón de maní, raciones de chipita) debieron ser entregados dentro de una bolsa de polipropileno con la inscripción de ***GOBERNACIÓN DEL 9° DPTO. PARAGUARÍ DISTRIBUCIÓN GRATUITA – PROHIBIDA SU VENTA***.

En este sentido, si bien de la fotografía adjunta por el denunciante, se puede apreciar que las raciones correspondientes al producto CHIPITA fueron entregadas dentro de una bolsa de forma separada a los demás productos que componen el Kit de Alimentos. Hay que tener en cuenta que en marco del llamado de referencia el Ítem Nº5 Chipita fue adjudicado a la firma **MARCO MANUEL ORTIZ RODRIGUEZ** mientras que los Ítems Nº 1 (Leche de entera liquido), 2 (Galletita Dulce) ,3 (Galletita Dulce) y 4 (Maní) a la firma **ROSA MABEL CAPLI**, no pudiendo los mismos ser entregados a la Convocante dentro de una misma bolsa teniendo en cuenta que son dos proveedores distintos.

En este contexto, resulta oportuno traer a colación el Decreto Reglamentario N°2992/191, específicamente en su Art. 121: "*Presentación y producción de pruebas. (…) incumbirá la Carga de la Prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP) no tenga el deber de conocer...*" .

Al respecto, la doctrina ha indicado que: "*...EL PRINCIPIO DE REGULARIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO nos lleva a la conclusión de que la carga de la prueba de la irregularidad corresponde al denunciante, pues bajo la presunción apuntada quien pretenda ilegitimidad o nulidad de un acto administrativo debe alegar y probar lo pertinente y, por tanto, a falta de pruebas del denunciante que permita desvirtuar el mencionado principio, debe estarse por la regularidad...*". -

Por ende, en base a lo expuesto y las aclaraciones brindadas al denunciante, esta Dirección Jurídica entiende que no hay elementos ni argumentos suficientes que permita desvirtuar la presunción de regularidad del presente procedimiento licitatorio, por lo que corresponde ordenar el cierre de las denuncias individualizadas como Caso N°498 y 560/21, con la salvedad que de surgir reclamos puntuales actuaremos en el ámbito de nuestra competencia.

ABG. TANIA LEDESMA.
Dpto. de Investigaciones - DNCP

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

ABG. MARIA EUGENIA OTAZO APONTE
Directora Jurídica - DNCP