DICTAMEN UOC N° 103

DE: Unidad Operativa de Contrataciones

ASUNTO: Dictamen sobre modificación de contratos Nº 19/2022, suscrito con la firma RITTER CONSTRUCCIONES S.R.L., con RUC Nº 80009161-2, y Nº 23/2022, suscrito con la firma Fast Engenharia e Montagens S.A., con RUC Nº E-0001699

FECHA: 04 de octubre de 2022.

Considerando la notificación recibida vía correo electrónico, en fecha 30 de setiembre del corriente, referida al Caso Nº 350 - DENUNCIA SURGIDA A PARTIR DE MEMO DE DIRECCIÓN DE NORMAS Y CONTROL SOBRE SUPUESTAS IRREGULARIDADES EN EL MARCO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE: CONTRATACIÓN DIRECTA POR VÍA DE LA EXCEPCIÓN N° 02/2022, AMPARADA EN LAS DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS PARA LA URGENCIA IMPOSTERGABLE, PARA CONTRATAR SERVICIOS DE PROVISION, MONTAJE Y DESMONTAJE DE ESTRUCTURAS TEMPORALES (OVERLAY) PARA LOS XII JUEGOS SURAMERICANOS ASUNCION 2022" ID N° 417574 Y CONTRATACIÓN VÍA DE LA EXCEPCIÓN N° 01/2022, AMPARADA EN LA URGENCIA IMPOSTERGABLE PARA CONTRATAR LA TERMINACIÓN DE LAS OBRAS DE ADECUACION EDILICIA DEL NATATORIO DEL CENTRO ACUATICO NACIONAL (CAN) EN EL MARCO DE LOS XII JUEGOS SURAMERICANOS ASUNCION 2022 ID N° 417731.

La investigación en cuestión ha dado lugar al A.I. Nº 1026/2022, de fecha 30 de setiembre del corriente, en el que resuelve *"TENER POR INICIADO EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE OFICIO SOBRE SUPUESTAS IRREGULARIDADES EN EL MARCO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE: CONTRATACIÓN DIRECTA POR VÍA DE LA EXCEPCIÓN N° 02/2022, AMPARADA EN LAS DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS PARA LA URGENCIA IMPOSTERGABLE, PARA CONTRATAR SERVICIOS DE PROVISION, MONTAJE Y DESMONTAJE DE ESTRUCTURAS TEMPORALES (OVERLAY) PARA LOS XII JUEGOS SURAMERICANOS ASUNCION 2022" ID N° 417574 Y CONTRATACIÓN VÍA DE LA EXCEPCIÓN N° 01/2022, AMPARADA EN LA URGENCIA IMPOSTERGABLE PARA CONTRATAR LA TERMINACIÓN DE LAS OBRAS DE ADECUACION EDILICIA DEL NATATORIO DEL CENTRO ACUATICO NACIONAL (CAN) EN EL MARCO DE LOS XII JUEGOS SURAMERICANOS ASUNCION 2022 ID N° 417731".*

Con relación al ID Nº 417574, según se desprende del documento emanado de la DNCP, la investigación de oficio se ha iniciado por los siguientes hechos presuntamente irregulares: *"Con Relación al **ID N° 417574** – que fuera retenido en principio con Nota DNC N° 8739/22 en fecha 24/08/2022 (adjunta), extraigo, los más relevantes. **1-** Se ha observado la falta de inclusión del porcentaje de contribución del 0,5% establecido en el Art. 41 de la Ley N° 2051/03. **2-** En las Bases Concursales, se indica que tanto el proyecto y planos sufrirían ajustes y a su vez mencionan que podrían existir ítems que no hubiesen sido indicados expresamente y que de igual manera éstos deberán ser incluidos. (Esto pone en riesgo o podría afectar el plan de entrega) además de ir contra lo establecido en el Art. 15 – 4to. párrafo de la Ley N° 2051/03. **3-** En el SICP no se han desglosado íntegramente los bienes/servicios conforme a los establecidos en las EE.TT".*

Con relación al ID Nº 417731, según se desprende del documento emanado de la DNCP, la investigación de oficio se ha iniciado por los siguientes hechos presuntamente irregulares: *"Con Relación al **ID N° 417731** – que fuera retenido en principio con Nota DNC N° 8777/22 en fecha 24/08/2022 (adjunta), extraigo, los más relevantes. **1.** Se ha observado la falta de inclusión del porcentaje de contribución del 0,5% establecido en el Art. 41 de la Ley N° 2051/03. **2.** El Aviso de Intención ha sido creado el 11/07/2022 16:35 hs. y la fecha de visita al sitio de obras quedó para el: 12/08/2022 10:00 hs. un total de 18 hs. de difusión, esto pudría haber afectado la competencia al no haber brindado mayor tiempo de difusión. **3.** En las Bases Concursales como criterio de evaluación se ha indicado (contar con una nómina de personales con antigüedad mínima de 6 meses (IPS)) sin embargo hemos considerado que esto podría ser una limitante. **4.** En las Bases Concursales y en el SICP se ha indicado la utilización de un solo Código de Catálogo, para todos los ítems, sin embargo, algunos bienes cuentan con su propio código de catálogo tales como (pantallas, licencias de softwares, cámaras, equipos de AA. AA. Etc.)*

Abog. Jorge Paiva Rocholl
DIRECTOR DE LA UOC
SECRETARIA NACIONAL DE DEPORTES
Presidencia de la República

Situación que hemos advertido, generará inconvenientes al momento de la imputación en el objeto del gasto".

De lo trascrito, señalamos que la única cuestión que podemos modificar por vía de adenda a los contratos, es lo referido a la inclusión de la retención del 0,5% en concepto de contribución del Art. 41 de la Ley Nº 2051/03, modificado por la Ley Nº 3439/07.

En tal sentido, si bien es opinión de esta UOC, que la no inclusión de la retención en el contrato, o en las bases de la contratación, no puede jamás ser considerada una irregularidad, dado que ello es una obligación legal, y aun cuando no se encuentre citado expresamente, ello debe ser cumplido.

Existen varias teorías que sostienen esta posición, pero particularmente citamos al Art. 137 de nuestra Carta Magna, que establece taxativamente, *"**De la Supremacía de la Constitución**. La Ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado".*

Y en ese mismo sentido, lo que en derecho Administrativo se conoce como la Inderogabilidad singular de los reglamentos, consagra *"la primacía de la norma frente a los actos y resoluciones administrativas singulares, sometiéndose la Administración, en virtud del principio de legalidad, a todo el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, a sus propios reglamentos. **Por ello, ninguna resolución administrativa singular, aunque provenga de un órgano superior al que dictó el reglamento, puede ser contraria a éste**".*

En consecuencia, como señalamos antes, la no mención de la contribución del 0,5%, no supone que el proveedor o contratista NO esté obligado a cumplir con ello, como tampoco su desconocimiento puede suponer la exoneración de su cumplimiento, tal como lo señala el Art. 8 de nuestro Código Civil, de aplicación supletoria en materia de contrataciones, que dice expresamente, *"Art.8°.- La ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento, salvo que la excepción esté prevista por la ley".*

No obstante lo señalado, de considerar la Máxima Autoridad, necesario, esta UOC no opone reparos a la modificación del contrato, incluyendo la cláusula en cuestión.

Con el panorama expuesto, debemos considerar las posibilidades de modificar los contratos para provisión de servicios, sometidos al régimen de la **Ley N° 2051/03**, para lo cual traemos a colación las disposiciones contenidas en los **artículos 55 y 62**, de la referida Ley.

*"**Artículo 55.- DERECHOS DE LAS CONTRATANTES**. Las contratantes gozan de los siguientes derechos: ... b) a modificar unilateralmente el contrato por razones de interés público, sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondan, si hubiere mérito;... Las resoluciones adoptadas por las contratantes en ejercicio de estas prerrogativas, se ejecutarán de inmediato".*

*"**Artículo 62, de la Ley N° 2051/03, -CONVENIOS MODIFICATORIOS EN OBRAS PÚBLICAS-, que dice:** En el caso de que fuere necesario ampliar, modificar o complementar una obra determinada debido a causas imprevistas o técnicas presentadas durante su ejecución, la Contratante podrá celebrar con el mismo contratista, sin licitación, pero con el informe previo favorable de la Auditoria General correspondiente, los convenios modificatorios que requiera la atención de los cambios antedichos, siempre que se mantengan los precios unitarios del contrato original, reajustados a la fecha de celebración del respectivo convenio; y para los casos en que los trabajos complementarios no se hallen previstos en el contrato original, estos sean acordados entre las partes previa firma del convenio. Sólo podrán celebrarse convenios modificatorios en la medida que, conjunta o separadamente, no excedan del veinte por ciento del monto y plazo originalmente pactados y que no tengan por objeto otorgar al contratista condiciones más favorables con respecto a las señaladas originalmente en las bases y en el contrato".*

El texto de artículo 62 parece estar orientado a modificaciones de la obra misma, y no a la posibilidad de introducir modificaciones a las especificaciones técnicas o condiciones contractuales del Pliego de Bases y Condiciones. En tal sentido, la posibilidad de introducir modificaciones que no tengan

Abog. Jorge Paiva Rocholl
DIRECTOR DE LA UOC
SECRETARIA NACIONAL DE DEPORTES
Presidencia de la República

que ver con la obra misma no resulta del todo clara al amparo de las disposiciones del artículo 62 antes citado, de modo que se sugiere recurrir a las disposiciones del artículo 55, y en particular el inciso "b".

En tal sentido, debiéramos considerar la posibilidad de modificar los contratos de la referencia, específicamente lo relacionado con la modificación del sitio de prestación de los servicios, invocando para ello las facultades que reconoce el **Art. 55 de la Ley N° 2051/03**, específicamente el inciso b), *"a modificar unilateralmente el contrato por razones de interés público, sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondan, si hubiere mérito".*

Llegados a este punto, es importante aclarar que el Pliego de Bases y Condiciones integra el Contrato de acuerdo con lo dispuesto en su cláusula N° 2, por lo que, a efectos de analizar la modificación solicitada se invocan las facultades que reconoce el artículo 55 de la Ley N° 2051/03 a la entidad Contratante: *"Artículo 55.- Derechos de las contratantes. Las contratantes gozan de los siguientes derechos:... b) a modificar unilateralmente el contrato por razones de interés público, sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondan, si hubiere mérito".*

Con estos antecedentes, traemos a colación las disposiciones de la Resolución **DNCP N° 5695/2019** del 30 de diciembre del 2019, la que en su **Capítulo IX, Sección V**, establece las reglamentaciones aplicables a las Modificaciones al amparo del Interés Público comprometido.

En tal sentido, la citada Resolución, señala en su Art. 56 *"Las modificaciones a los contratos, amparadas en las disposiciones contenidas en el Artículo 55° inciso b) de la Ley N° 2051/03 'De Contrataciones Públicas', deberán considerar, a más de las reglas que surgen del propio texto del Artículo en cuestión, una limitación del 20% (veinte por ciento) del valor total del contrato, de forma separada o conjunta, incluidas las modificaciones realizadas conforme a los Artículos 62 o 63 de la citada Ley, según sea el caso. En ningún caso las modificaciones podrán significar la alteración sustancial de la finalidad y naturaleza del contrato".*

Seguidamente, el Art. 57 de la resolución en cuestión, establece los requisitos que debe cumplir el Dictamen que justifique la modificación al amparo del Art. 55, Inc. b) de la Ley de Contrataciones Públicas, y a continuación los exponemos en los siguientes términos.

Exposición acabada y circunstanciada de los motivos que justifican la modificación

Las modificaciones pretendidas surgen de la sugerencia del verificador de Normas y control, a fin de ajustar la documentación a los requerimientos de las notas emanadas del área respectiva, en oportunidad de comunicar la adjudicación del contrato.

Explicación clara que sustente de qué forma se encuentra comprometido el interés público

Los contratos adjudicados, corresponden a sendas obras que están siendo utilizadas durante el desarrollo de los Juegos Suramericanos Asunción 2022.

Claramente, no solo interesa el pago de las obras ya ejecutadas y servicios ya prestados, sino además, el normal desarrollo de las distintas actividades que se realizan en las sedes que han sido objeto de los contratos afectados a las mismas.

En este estado de cosas, podemos definir entonces al interés público, citando a Escola, como *"el resultado de un conjunto de intereses compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos".*

Coincidente con la Doctrina, el riesgo de que los juegos se vean afectados, o interrumpidos por problemas con los contratistas, es del interés de los atletas, las autoridades de federaciones, el público en general y la ciudadanía toda, que está absolutamente expectante de la continuidad y normal desarrollo de los Juegos Suramericanos Asunción 2022.

Abog. Jorge Paiva Rocholl
DIRECTOR DE LA UOC
SECRETARIA NACIONAL DE DEPORTES
Presidencia de la República

Las razones por las cuales dichas circunstancias no pudieron ser previstas al tiempo de la programación del llamado que derivó en el contrato a ser modificado

En oportunidad de diseñar el llamado, como ambos se tratan de procesos por Vía e la Excepción, en los que NO existe un documento estándar, se adoptó un formato que claramente no consideró tal cláusula, y como se ha explicado más arriba, es convicción de esta UOC, que aun cuando dicha cláusula no aparezca en el texto del llamado o del contrato, ello no exonera de la obligación de su cumlimiento.

Motivos por los que la aplicación de un procedimiento ordinario o excepcional no resulta conveniente para la satisfacción de las necesidades que originan la contratación

Las modificaciones requeridas afectan a la ejecución del presente contrato, y resultaría un absurdo licitar un nuevo llamado para incorporar tal condición a ser aplicada al actual contrato, y en particular al actual proveedor.

Motivos por los cuales no existiría violación a los principios previstos en el Artículo 4° de la Ley N° 2051/03

Por lo señalado en el tópico que antecede, no existe violación a los principios de las contrataciones públicas. La presente modificación se hubiera propuesto cualquiera fuera el proveedor adjudicado, como consecuencia de la observación hecha por la Dirección de Normas y Control.

Así mismo, la difusión del presente trámite y su documentación, a través del portal de contrataciones públicas, asegura su publicidad y transparencia, abriendo la posibilidad de su escrutinio público.

Motivos por los cuales no se alteran, de manera sustancial, la naturaleza ni la finalidad del contrato

La presente modificación no supone, bajo ningún aspecto, una alteración de la naturaleza ni finalidad del contrato, sino simplemente la inclusión de la cláusula observada por la verificación de la DNCP.

En tales condiciones, y al amparo de las disposiciones contenidas en la normativa vigente, y de lo expuesto en el presente dictamen, se solicita se sirva gestionar la correspondiente Resolución de la Máxima Autoridad.

Atentamente.

Abog. Jorge Farva Ivanoboll
DIRECTOR DE LA UOC
SECRETARIA NACIONAL DE DEPORTES
Presidencia de la República