DICTAMEN TÉCNICO JURÍDICO U.O.C N° 151/2017

Fecha: 25 de setiembre de 2017.

Referencia: **LLAMADO CONTRATACIÓN DIRECTA N° 08/2017 "ADQUISICIÓN DE ARTÍCULOS DE LIMPIEZA", I. D. N° 323.065, convocado por el Ministerio de la Defensa Pública.----------**

VISTOS; Las Leyes y Reglamentos que rigen la materia. Los antecedentes administrativos relacionados con la convocatoria de referencia **LCD N° 08/2017 "Adquisición de Artículos de Limpieza" ID. N° 323.065**. La **Resolución N° 899/2017**, de fecha 19 de junio 2017, emanada del Ministerio de la Defensa Pública, por la cual se adjudica el llamado en cuestión, a las firmas **BASE BASE S. A. y C.J.X S.A.**----------

El **Contrato N° 49/2017**, entre el Ministerio de la Defensa Pública y la firma BASE BASE S. A., de fecha 07 de julio de 2017, para la Adquisición de Artículos de Limpieza para el M. D. P., y otros documentos integrantes del mismo, conforme la Cláusula 2da. del Contrato.----------

El **Contrato N° 50/2017**, entre el Ministerio de la Defensa Pública y la firma C.J.X. S. A., de fecha 07 de julio de 2017, para la Adquisición de Artículos de Limpieza para el M. D. P., y otros documentos integrantes del mismo, conforme la Cláusula 2da. del Contrato.----------

La **Nota DNCP/DJ N° 8718** en relación al llamado **ID N° 323065 - Licitación Adquisición de Artículos de Limpieza,** que menciona las observaciones hechas por Nota **DNCP/DNC N° 15101/2017** de la Dirección de Control y Normas al presente llamado.----------

La Nota UOC N° 1111/17, de fecha 31 de agosto de 2017, que notifica a la firma CJX S. A. del inicio del proceso de rescisión de contrato.----------

La Nota UOC 1110/17, de fecha 31 de agosto de 2017, que notifica a la firma BASE BASE S. A. del inicio del proceso de rescisión de contrato.----------

El escrito de contestación, de fecha 07 de setiembre 2017, remitida por la firma CJX S. A..----------

El escrito de contestación, de fecha 20 de setiembre, de la firma BASE BASE S. A.----------

Abog. JAVIER GONZALEZ MONTIEL
Unidad Operativa de Contrataciones
Ministerio de la Defensa Pública

C.P. Héctor F. Salinas
Unidad Operativa de Contrataciones
Ministerio de la Defensa Pública

CONSIDERACIONES;

Por **Nota DNCP/DNG/N° 15101/2017** y la **Nota DNCP/DJ N° 8718/17**, emitidas por la Dirección de Normas y Control, y por la Dirección Jurídica, respectivamente, la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas ha realizado observaciones y recomendaciones, específicamente en la **Nota DNCP/DNG/N° 15101/2017**, ***Observación 2*** que dice *"Considerando que el sistema de adjudicación es por ítem, indicamos a la convocante que solo corresponde desestimar las ofertas en los ítems que contienen omisiones de carácter sustancial, no así en todos los ítems como se observa en el informe de evaluación".-* ----------

Que, a la vista de dicha observación, inevitable y necesariamente se procedió a verificar el Informe de Evaluación realizado por el Comité de Evaluación Integrado para el llamado en cuestión.----------

Conforme a los antecedentes del llamado, se observa que la **Adenda N° 02**, de fecha 10 de abril de 2017, establece *"1) Modifíquese los siguientes puntos: 1. Anexo B – Datos de la Contratación: Punto 4: El sistema de Adjudicación de la presente licitación:* ***Por ITEM.****"*, por lo tanto como criterio de evaluación debió aplicarse el sistema de adjudicación por *ÍTEM.*----------

Teniendo en cuenta lo expuesto, al realizar el análisis del informe de evaluación, solo se debió desestimar las ofertas en los ítems que contengan omisiones de carácter sustancial, y no en la totalidad de los ítems, como se puede observar en dicho informe, ya que el Comité Evaluador ha aplicado el sistema de adjudicación *Por la Totalidad* (como inicialmente se estableció), sin tener en cuenta la modificación realizada por la Adenda N° 02, y por lo tanto nos encontramos ante una aplicación errónea de los criterios de evaluación del llamado **Contratación Directa N° 08 /2017 "Adquisición de Artículos de Limpieza" ID. N° 323.065**.----------

En la evaluación ut supra mencionada se procedió a desestimar ofertas sin tener en cuenta la **Adenda N° 02,** motivo por el cual varios oferentes fueron eliminados por dicha omisión a la hora del análisis de las ofertas, y ésta aplicación equivocada no condice con lo establecido en el **Art. 4, 26, 27, 28 y demás concordantes de la Ley 2051/03**, como así tampoco con el Decreto Reglamentario N° 21909/03 y sus modificaciones, en sus Artículos 58, 59, y siguientes, de la Sección VI, Evaluación y Comparación de Ofertas.----------

Que, conforme al primer párrafo del **Art. 28 de la Ley 2051/03,** el **informe de evaluación** ha servido de base fundamental de la **Resolución N°**

Abog. JAVIER GONZALEZ MONTIEL
Unidad Operativa de Contrataciones
Ministerio de la Defensa Pública

C.P. Héctor F. Salinas
Unidad Operativa de Contrataciones
Ministerio de la Defensa Pública

899/2017, emanada del Ministerio de la Defensa Pública, por la cual se **adjudica el llamado** en cuestión, a las firmas **BASE BASE S. A. y C.J.X S.A,** por lo tanto deviene procedente reanalizar la regularidad y validez de dicho acto administrativo, ya que la misma se encuentra fundada en el informe de evaluación observado.----------

Que, a consecuencia de la Adjudicación (errada) del presente llamado, se han suscripto los **Contratos N° 49/2017 Y 50/2017** mencionados más arriba, firmados estos con particulares, por lo que no pueden ser revocados.---

Con relación a dichos Contratos, la Ley N° 2051/03, en su **Art. 59, Inc. f)** dice *"**RESCISIÓN DE CONTRATO**. La Contratante podrá rescindir administrativamente los contratos a los que se refiere esta ley, en los siguientes casos: .... **f) por haberse celebrado un contrato contra expresa prohibición de esta ley;**"*, en concordancia con la **Cláusula 14ª de los Contratos** en cuestión.----------

Que, la **Ley 2051/03**, en su **Artículo 4°** dice "***PRINCIPIOS GENERALES.*** *La actividad de contratación pública se regirá por los siguientes principios:* ***a) Economía y Eficiencia:*** *Garantizarán que los organismos, entidades y municipalidades se obliguen a planificar y programar sus requerimientos de contratación, de modo que las necesidades públicas se satisfagan con la oportunidad, la calidad y el* ***costo*** *que aseguren al Estado Paraguayo las mejores condiciones, sujetándose a disposiciones de racionalidad, austeridad y disciplina presupuestaria.* ***b) Igualdad y Libre Competencia:*** *Permitirán que todo potencial proveedor o contratista que tenga la solvencia técnica, económica y legal necesaria y que cumpla con los requisitos establecidos en esta ley, en su reglamento, en las bases o pliegos de requisitos y en las demás disposiciones administrativas, esté en* ***posibilidad de participar sin restricción y en igualdad de oportunidades en los procedimientos de contratación pública****....*".----------

Siguiendo con lo establecido en dicha Ley, la misma en su **Artículo 26** reza ***"EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS. La evaluación de las ofertas se llevará a cabo por comités de evaluación en base a la metodología y parámetros establecidos en las bases de la licitación, en esta ley y en el reglamento.", y seguidamente el*** **Artículo 27** establece ***"COMITÉS DE EVALUACIÓN. ...La calificación que realice el Comité de Evaluación invariablemente se apegará a la ley y a los criterios establecidos en las bases de la licitación pública.".-*** ----------

Atento a los antecedentes expuestos, se observa que los **Contratos N° 49/207 y Contrato N° 50/2017**, firmados en fecha 07 de julio del 2017, entre el Ministerio de la Defensa Pública y la firma BASE BASE S. A. y la firma **C. J. X. S. A.**, han sido firmados bajo expresa prohibición de la ley, ya que la adjudicación no se encuentra ajustada a los principios generales y criterios establecidos, aplicando un sistema de evaluación distinto al determinado,

Abog. JAVIER GONZALEZ MONTIEL
Unidad Operativa de Contrataciones
Ministerio de la Defensa Pública

C.P. Héctor F. Salinas
Unidad Operativa de Contrataciones
Ministerio de la Defensa Pública

transgrediendo los principios de igualdad y libre competencia de los oferentes, por tanto, la adjudicación y contratos firmados adolecen de irregularidad (conforme al exordio del presente dictamen), en consecuencia corresponde iniciar el proceso de rescisión de contrato conforme al **Artículo 59. Rescisión de Contrato**, **Inc. f)** de la Ley 2051/03, y **Clausula Decima Cuarta**, de los Contratos N° 49/17 y N° 50/17, por la **Causal 1:** Por haberse celebrado un contrato contra expresa prohibición de la Ley.----------

Conforme al párrafo anterior y al Art. 59 de la Ley 2051/03, por **Nota UOC N° 1111/2017 y Nota UOC N° 1110/2017**, de la Unidad Operativa de Contrataciones Públicas de éste Ministerio, se inició el proceso de rescisión de contrato, notificando al proveedor **CJX S. A.** (Contrato N° 50/2017), y a la firma **BASE BASE S. A.** (Contrato N° 49/2017), respectivamente, corriéndoles traslado de la causal de rescisión con sus fundamentos, a fin que exponga lo que a su derecho crean pertinente.----------

En fecha 13 de septiembre 2017, la firma **CJX S. A**., nota mediante se presenta y expone, entre otras cosas, *"…Que, las omisiones e irregularidades de las cuales adolece el Informe de evaluación realizado por el Comité de Evaluación… queda bajo total y absoluta responsabilidad del mismo,… Que, con la intención de dar cumplimiento a las disposiciones legales que rigen la materia y garantizar la mayor transparencia posible a todos los actos administrativos realizados,* ***nos allanamos a la Rescisión del Contrato N° 50/2017…***".----------

En fecha 20 de septiembre de 2017, el Abog. RODRIGO MELGAREJO, en representación de la firma **BASE BASE S. A.,** conforme a poder general que adjunta, presenta escrito de descargo manifestando cuanto sigue:

> En primer lugar, el Contrato Nro. 49/2017 celebrado entre mi mandante y el Ministerio de la Defensa Pública, de ninguna manera fue celebrado "contra expresa prohibición de la ley 2051"; sino todo lo contrario, fue el resultado de un proceso licitatorio enmarcado en dicha normativa; por lo que de ninguna manera mi mandante, la firma BASE BASE S.A., podría estar involucrada en un proceso de rescisión de contrato supuestamente celebrado contra la prohibicion de una ley.-

> Si durante el proceso licitatorio, eventualmente el Comité de Evaluación conformado para la LCD 08/2017 cometió errores (hecho desconocido por mi parte), los mismos no pueden generarle daños y perjuicios a mi comitente, ni mucho menor permitir la rescisión supuestamente justificada de dicho contrato, por quien justamente cometió dichos "errores".-

Al respecto, como hemos expuesto, en la etapa evaluativa, se han comprometido los principios que rigen las contrataciones públicas, principalmente el de legalidad e Igualdad y Libre competencia, al descalificar

Abog. JAVIER GONZALEZ MONTIEL
Unidad Operativa de Contrataciones
Ministerio de la Defensa Pública

C.P. Héctor R. Salinas
Unidad Operativa de Contrataciones
Ministerio de la Defensa Pública

ofertas por una aplicación errónea del sistema de adjudicación establecido, restringiéndolas la posibilidad de participar en igualdad de condiciones en los ítems que se han presentado, por lo tanto dicha irregularidad fue realizado en contravención al marco legal que rige la materia, lo que posteriormente ha derivado en la firma del Contrato N° 49/17, producto inmediato del acto administrativo de adjudicación viciado.- ----------

Sigue manifestando el representante de la firma BASE BASE S. A.,:

> Por otro lado, el presente procedimiento de "rescisión" resulta absolutamente improcedente, en virtud a lo expresamente establecido en el referido **art. 59 de la Ley 2051**, que en su parte pertinente dice: "**Si previamente a la determinación de dar por rescindido el contrato, se hiciera entrega de los bienes,** se prestasen los servicios o se ejecutasen las obras, **el procedimiento inciado quedará sin efecto,** sin perjuicio de las responsabilidades del proveedor o contratista".-

En esta afirmación de supuesta improcedencia de rescisión con aplicación del texto legal mencionado, entendemos que el representante de la proveedora ha interpretado el párrafo de forma aislada y no en el contexto general del Artículo 59 de la Ley 2051/03, ya que dicho texto del artículo es aplicable al caso en que la causal de rescisión es el inc. a) incumplimiento del proveedor (la no entrega de bienes, no prestación de servicios, o no ejecución de obras), y que durante el proceso de rescisión la proveedora cumpliese su omisión, y por consiguiente se dejaría sin efecto dicho proceso, pero éste no es el caso, la causal del presente proceso se refiere al inc. f) de la citada norma legal, y no una causal directamente imputable a la proveedora, sino a una irregularidad detectada que contraviene el marco legal vigente que nos rige.-----

Por otra parte, la proveedora tampoco puede alegar desconocimiento de la Ley que nos rige en el presente ámbito, a quien se le ha notificado de todo lo actuado, ya sea por escrito o a través del portal de la DNCP. *Art. 8 C. C. "La ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento, salvo que la excepción esté prevista por la ley".* También debe tener presente, que habiéndose celebrado un contrato en dichas condiciones, la existencia de la figura enriquecimiento sin causa.- ----

Siguiendo con el descargo de la proveedora BASE BASE S. A.,

> **EL CONTRATO FUE ÍNTEGRAMENTE EJECUTADO.**
> **SOLO ESTÁ PENDIENTE EL PAGO POR LOS BIENES YA ENTREGADOS.-**
>
> En el presente caso, el contrato celebrado entre el Ministerio de la Defensa Pública y la firma BASE BASE ya fue íntegramente ejecutado y cumplido en lo que se refiere a las obligaciones contractuales asumidas por mi comitente al momento de celebrarlo:-

Abog. JAVIER GONZALEZ MONTIEL
Unidad Operativa de Contrataciones
Ministerio de la Defensa Pública

C.P. Héctor F. Salinas
Unidad Operativa de Contrataciones
Ministerio de la Defensa Pública

Lo único pendiente es el PAGO del valor de los bienes cuya tradición/entrega ya fue realizada en el mes de JULIO del presente año, por lo que, tratándose de bienes/insumos de limpieza, como ser: Bolsas de basura, desodorante de ambiente, hipoclorito de sodio y esponjas; resulta más que evidente que después de pasado tanto tiempo desde su entrega, los mismos a la fecha ya han sido destinados para los usos para los cuales fueron adquiridos, es decir, ya han sido utilizados en su totalidad.-

Con relación a los párrafos precedentes del descargo de BASE BASE S. A., es preciso aclarar que si bien la proveedora ha cumplido con la entrega total de los bienes, éstos aun no fueron utilizados y se encuentran en el depósito de éste Ministerio, y como menciona el pago no fue realizado, por lo tanto el contrato sigue vigente, teniendo presente que el hecho que el proveedor haya entregado los bienes no sanea el acto administrativo irregular advertido por la autoridad de aplicación de la Ley de Contrataciones Públicas.----------

EXTEMPORANEIDAD E IMPROCEDENCIA DE LA COMUNICACION EL PROCESO DE LA LICITACION PUBLICA YA CONCLUYÓ.

En el presente caso el procedimiento licitatorio YA CULMINÓ con la firma del contrato respectivo y con la entrega de la totalidad de los bienes comprendidos en dicho contrato, careciendo en consecuencia de fundamento CANCELAR lo que ya fue, una etapa concluida, pasada, lo que ya no existe sino como antecedente DEL CONTRATO

La Licitación NO ES EL CONTRATO ADMINISTRATIVO. La ADJUDICACION es el acto administrativo en cuya virtud el licitante determina, reconoce, declara y acepta la oferta más ventajosa, PONIENDO FIN AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PRECONTRACTUAL de la Licitación.-

Atento a los fundamentos expuestos en este apartado del descargo de la firma BASE BASE S. A., y siguientes, alega extemporaneidad, improcedencia y preclusión de la licitación, con relación al presente proceso. Al respecto, conforme los antecedentes expuestos, no podemos hablar de extemporaneidad, ya que conforme a la **Cláusula Sexta** del **Contrato N° 49/2017** el contrato sigue vigente, y por ende tampoco de improcedencia ya que la Ley 2051/03 prevé el caso de rescisión de contrato conforme a lo expuesto.- ----------

Abog. JAVIER GONZALEZ MONTIEL
Unidad Operativa de Contrataciones
Ministerio de la Defensa Pública

C.P. Héctor F. Salinas
Unidad Operativa de Contrataciones
Ministerio de la Defensa Pública

Sigue manifestando, que la licitación se encuentra en estado de preclusión, sin embargo, la comunicación de inicio de la rescisión versa sobre una causal establecida por Ley y sobre un Contrato vigente, el cual fue resultado directo de un acto administrativo con defectos de fondo, por lo tanto fue firmado en contravención a la ley, estando la Administración Pública facultada a rescindir el contrato en estos casos, respetando el principio de legalidad. ----------

> En el caso en estudio, **no existen causas de incumplimiento o inejecución de las obligaciones contractuales por parte del proveedor,** y consecuentemente el daño provendría de la **INEJECUCION** por parte de la Convocante de su principal obligación contractual, el pago.-
>
> El "error" supuestamente en el que incurrió el Comité Evaluador durante la etapa previa no puede llevar a que en forma irrazonable o incongruente se altere valores considerados relevantes dentro del orden jurídico, como son:
>
> 1) la ejecución normal del contrato por las partes contratantes y
>
> 2) la supremacía del interés general de la nación o del interés público sobre el interés privado, como brújula de orientación de la actividad del Administrador.-

En el precedente cuadro extraído de la presentación de la firma BASE BASE S. A., hace mención a su cumplimiento, extremo no debatido en el presente proceso, ya que la misma ha entregado los bienes, sin embargo, el Contrato sigue vigente ya que el Estado aún no ha cumplido con su obligación de pago, quedando a disposición del proveedor todos los bienes entregados, lo cuales, para el caso de rescisión, serán restituidos en las mismas condiciones.-

Que, el mismo menciona no alterar el interés general sobre el particular, por lo tanto, un Contrato firmado bajo prohibición de los principios establecidos en la Ley de Contrataciones Públicas, significa la rotura del espíritu de la legislación, debiendo ser subsanado a los efectos de evitar un perjuicio patrimonial al Estado en la compra de bienes adjudicados en contravención de dichos principios y normas prestablecidas, por lo tanto ésta Administración está obligada a gestionar contratos en las mejores condiciones posibles y cuidar que no sean objeto de irregularidades, por lo tanto, verificado la firma de un contrato sin respetar los principios de la licitación pública, de continuar con el mismo se podría estar ocasionando un perjuicio ya que los oferentes no han sido adjudicados en igualdad de condiciones con los demás.- ----------

Abog. JAVIER GONZALEZ MONTIEL
Unidad Operativa de Contrataciones
Ministerio de la Defensa Pública

C.P. Héctor F. Salinas
Unidad Operativa de Contrataciones
Ministerio de la Defensa Pública

FALTA DE FINALIDAD

En relación a la finalidad, que es el resultado previsto legalmente por el acto administrativo, es la averiguación de saber si con la actividad ordenadora, limitadora o sancionadora se va a lograr los objetivos que la Licitación perseguía.----------

La firma BASE BASE S. A., manifiesta que con la rescisión no se logrará la finalidad de satisfacción de necesidad pública de contar con los insumos objeto del Contrato N° 49/17, sin embargo, al operar la rescisión contractual, la Administración necesariamente revocará el Acto administrativo de Adjudicación, cancelando el llamado (lo que no impide realizar un nuevo proceso de contratación) o podría retrotraer el proceso a la etapa evaluativa, lo que permitirá un nuevo análisis de las ofertas respetando los principios y posterior adjudicación, momento que se podrá adquirir los insumos necesarios, en igualdad de condiciones y a la mejor oferta para el Estado.- ----------

Tampoco se pretende perjudicar a los proveedores, ya que al no perfeccionarse el contrato con el pago por parte del Estado, la Administración procederá a devolver los bienes entregados en las mismas condiciones, ya que bienes no le fueron despojados como menciona en su descargo.- ----------

Por lo tanto, habiendo analizado el descargo y pretensiones de la firma BASE BASE S. A. del Contrato N° 49/17, y el allanamiento de la firma CJX S. A. del Contrato N° 50/17, no existen fundamentos suficientes para dar continuidad a la ejecución de estos contratos firmados en contravención a los principios que nos rigen, por tanto devine procedente la rescisión de los mismos, conforme a los exordios ut supra.- ----------

Que, expuesto los antecedentes, observamos una irregularidad de fondo (y no de forma) en el Acto Administrativo de Adjudicación, ya que ésta se encuentra motivada por un informe de evaluación defectuoso, por lo tanto estamos en presencia de un vicio en el pronunciamiento realizado que trasgrede el marco legal que regula la materia, lo que acarrea necesariamente una corrección.----------

Que, por regla general las resoluciones administrativas son revocables, de modo a que la misma autoridad que los dictó puede derogarlas o modificarlas, y en atención a la irregularidad que adolece la Resolución de Adjudicación, éste puede dejarse sin efecto por facultad de la autoridad administrativa de revocar por **contrario - imperio** la resolución dictada por la

Abog. JAVIER GONZÁLEZ MONTIEL
Unidad Operativa de Contrataciones
Ministerio de la Defensa Pública

C.P. Héctor F. Salinas
Unidad Operativa de Contrataciones
Ministerio de la Defensa Pública

misma y a los efectos de evitar un perjuicio mayor con la permanencia en vigencia del acto en cuestión, teniendo en cuenta además la prescripción **Constitucional** que dice "*en ningún caso el interés particular prevalecerá sobre el interés general*" (Art. 128 C. N.), y en vista a que los Contratos Públicos son de interés público, y habiéndose detectado un acto administrativo irregular, su vigencia podría acarrear mayor perjuicio a la Institución, por ende al Estado.-----

En concordancia con la Ley 2051/03 de Contrataciones Públicas y sus Reglamentos, la Ley 4423/11 "Orgánica del Ministerio de la Defensa Pública", y atento a la obligación de obrar en el marco e imperio de las disposiciones legales que rigen a las Contrataciones Públicas, evitando un perjuicio mayor para la institución; Esta Dirección, conforme a lo expuesto recomienda:

1. **RESCINDIR los Contratos N° 49/2017 y N° 50/2017, conforme al Artículo 59, Inc. f).-**
2. Posterior a la rescisión, **REVOCAR POR CONTRARIO IMPERIO** la **Resolución N° 899/2017**, de fecha 19 de junio, emanada del Ministerio de la Defensa Pública, por el cual se adjudica el llamado por Contratación Directa Nº 08 /2017 "Adquisición de Artículos de Limpieza" ID. Nº 323.065, **y RETROTRAER el proceso a la etapa de evaluación.**----------

Es mi dictamen. Salvo mejor parecer.----------

C. P. Héctor Salinas
Director
Unidad Operativa de Contrataciones

Abog. JAVIER GONZALEZ MONTIEL
Unidad Operativa de Contrataciones
Ministerio de la Defensa Pública