DICTAMEN UOC N° 08/2020

A : **Abog. PABLO SEITZ ORTIZ,** Director Nacional
Dirección Nacional de Contrataciones Públicas

C.C. : **Lic. ANDRES DOMEZ**, Director Administrativo
Dirección de Administración y Finanzas –DNCP

DE : **Abog. LIZ DUARTE GODOY**, Coordinadora
UOC - DNCP

REFERENCIA : Rescisión Parcial de Contrato DNCP N° 01/2020 Contratación Directa N° 45/19 "Adquisición de tabletas e impresoras portátiles" - ID 373.195

Fecha : 16.abril.2020

VISTO: El proceso de rescisión de Contrato DNCP N° 01/2020 Contratación Directa N° 45/19 "Adquisición de tabletas e impresoras portátiles" - ID 373.195 notificado al proveedor en fecha 31 de marzo de 2020, en los siguientes términos: Que, en fecha 17 de diciembre de 2019 se notificó la Resolución DNCP N° 5367 de fecha 12 de diciembre de 2020, relativa la adjudicación recaída en el marzo de la Contratación Directa N° 45/19 "Adquisición de tabletas e impresoras portátiles" - ID 373.195 a la firma FIVE BROTHERS – RUC 80051942-6, adjudicada en los Ítems 1 y 2, y en fecha 21 de febrero de 2020 se suscribe el Contrato N° 1/2020. El Plan de Entrega de los citados ítems 1 y 2 estaba fijado en el plazo de diez días calendarios, **contados desde el día hábil siguiente de la suscripción del contrato, es decir, y atendiendo que la fecha tope se cumplía el miércoles 4 de marzo.** Es de destacar que la forma de Adjudicación fue establecida por ítems. Conforme al Acta de Recepción de Bienes, **los bienes objeto del contrato fueron recepcionados en fecha 16 de marzo de 2020.** Posterior a la recepción de los bienes, del análisis realizado por el Lic. Hugo Araujo de la DTI de las tabletas recibidas, informa por correo de fecha 19 de marzo de 2020 que *"se estuvieron realizando pruebas con los equipos provistos y nos encontramos con la problemática de que los equipos proveídos para el ítem 1 "Tableta Portátil" no reconocen los sim card para la conexiones inalámbricas 3G/LTE, en ese sentido le solicito que se realice el reclamo por garantía a la empresa Five Brothers S.R.L. la cual fue adjudicada para el mencionado Ítem"*. Por correo de fecha 23 de marzo de 2020, se le trasladó esta observación intimándole por el plazo de 3 (tres) días corridos de conformidad a lo dispuesto en el Art. 86 del Decreto N° 2992/19 para proceder a la entrega de los equipos con las características y funcionalidad ofertadas, adjudicadas y contratadas en el marco del proceso más arriba individualizado, aclarando que caso contrario, se procederá al impulso de las acciones pertinentes previstas en la Ley 2051/03, el Contrato DNCP N° 45/2019, sus antecedentes, y las Condiciones Generales del Contrato; sin perjuicio de remitir los antecedentes a la Dirección Jurídica de la DNCP, para el trámite del proceso jurídico respectivo, del cual podrían derivar en sanciones desde amonestación hasta la suspensión para contratar con el Estado. En fecha 23 de marzo de 2020, la empresa responde que *"está en conocimiento de la situación, se responsabiliza del reemplazo de las tabletas, sin embargo, atendiendo los Decretos Nros. 3456 y 3478 ambos del mes de marzo del año 2020, la empresa Five Brothers SRL se halla cesada de sus actividades logísticas ya que no podemos demostrar que nuestras actividades son relacionadas a artículos de primera necesidad solo realiza actividades administrativas desde los domicilios particulares de cada trabajador; y sus proveedores se hallan acatando las disposiciones del ejecutivo, por lo que no tienen la posibilidad de cambiar los artículos del contrato en los días de la intimación, por lo que solicita el aplazamiento de los plazos hasta la normalización de las actividades de su empresa.* Atendiendo la respuesta recibida, comunicación previa a la Dirección Administrativa vía correo

electrónico de fecha 26 de marzo de 2020, se corre traslado del inicio del procedimiento de rescisión contractual, en los mismos términos del reclamo enviado anteriormente, en fecha 31 de abril de 2020, y en esa la oportunidad se le remite los documentos siguientes: los documentos de Contratación Directa N° 45/2019 ID 373.195, publicado en el SICP conforme al siguiente enlace https://www.contrataciones.gov.py/licitaciones/convocatoria/373195-adquisicion-tabletas-e-impresoras-portatiles-1.html; Acta De apertura de Oferta de fecha suscrito en el marco del llamado CD N° 45/2019 – ID 373.195. Formulario de Oferta y Lista de precio de la firma Five Brothers en el llamado CD N° 45/2019 – ID 373.195. Informe del Comité de Evaluación N° 95/2019. Resolución DNCP N° 5367/2019 de fecha 12 de diciembre de 2019. Correo del Lic. Hugo Araujo de fecha 19.marzo.2020. Correo remitido a través del usuario lduarte@dncp.gov.py, al correo fivebrotherspy@gmail.com, de fecha 23.marzo.2020. Correo del usuario fivebrotherspy@gmail.com, de fecha 23.marzo.2020 de respuesta. El procedimiento se sustenta en los arts. 59 y 34 inc. f) de la Ley 2015/03 "De Contrataciones Públicas". Se indicó en el Petitorio, el inicio del procedimiento, el ofrecimiento de Pruebas, en los términos señalados, y la oportunidad de exponer lo que a su derecho corresponda en el plazo de 10 (diez) días hábiles, contado desde el día siguiente de notificado el presente escrito. ----------

CONSIDERANDO: Que, en fecha 15 de abril de 2020, por correo, Guillermo Reyes, en su carácter de representante de la firma Five Brothers señala que *"los argumentos de la DNCP en cuanto a la necesidad de contar con los equipos, cuyo rechazo fue comunicado en fecha 23/03/20, omiten referirse a la situación de cierre temporal que experimentan los proveedores o representantes de este tipo de bienes a raíz de la situación de cuarentena decretada por el Gobierno Nacional. Esta cuarentena se ha iniciado en fecha 20/03/2020, situación que provocó el cierre temporal de actividades de nuestro proveed. Es importante mencionar que tampoco la plataforma de compras on line de nuestro proveedor NISSEI CELULARES Y ELECTRODOMESTICOS por lo que nos resulta sumamente inverosímil contar con los equipos necesarios para realizar la sustitución requerida por la DNCP... Con Esta presentación se evidencia la absoluta imprevisión en cuanto a los hechos acaecidos durante el acto de entrega y su rechazo, hechos que han imposibilitado cumplir con los plazos de sustitución de los equipos, todo ello por circunstancias ajenas a nuestra voluntad por lo que nos vemos obligados a solicitar la prórroga del cronograma de sustitución, obrante en las bases de la contratación. Medio alternativo* para cumplimiento del contrato: A nivel nacional, mi parte ha intentado gestionar la obtención de los equipos ante los distribuidores autorizados de los equipos Samsung, sin tener éxitos en las gestiones, ya que igualmente estos negocios se encuentran clausurados obligatoria y temporalmente, en acatamiento a las disposiciones del Poder Ejecutivo... como se podrá observar la enunciación de eventos que configuran la denominada Fuerza Mayor no es limitativa y consideraos que los eventos notificados por mi parte constituyen un evento o situación fuera de nuestro control, además de imprevisible, inevitable y no se origina por descuido o negligencia de nuestra parte. Invocando el Art. 78 de la Ley 2051, plantea como propuesta de cumplimiento del Contrato: *De modo a demostrar nuestro absoluto compromiso con el cumplimiento de las obligaciones emergentes del presente contrato, se pone a consideración la propuesta de: 15 días corridos para la provisión de los equipos de sustitución, todo ello una vez que se decrete el levantamiento de la cuarentena o que el poder ejecutivo emita una normativa que permita operar en forma eficiente los proveedores y distribuidores equipos informáticos.* ----------

Que, atendiendo la situación planteada, se puede resumir que nos hallamos ante los siguientes puntos que deben ser resueltos en el presente procedimiento: 1) el incumplimiento del contrato por parte del proveedor, en cuanto a la provisión de los bienes del Item 1), que difieren de las características de los bienes ofertados, adjudicados y contratados y su entrega extemporánea; 2) justificación del proveedor de la imposibilidad de cambio de los equipos entregados, por lo que corresponden conforme al contrato, por motivo de la suspensión

Abg. Liz Duarte
Coordinadora de Adq. de Bienes y Servicios - UOC

de actividades decretadas por el poder ejecutivo; 3.) pretensión del proveedor de obtener prórroga del plazo para el cambio de los bienes. ----------

Que, en cuanto al punto **1.)** el incumplimiento del contrato por parte del proveedor, en cuanto a la provisión de los bienes del Item 1), que difieren de las especificaciones de los bienes ofertados, adjudicados y contratados con los de su entrega, además de haberse realizado en forma extemporánea, la Ley 2051/03 dispone en su Art. 55 "Derechos de las Contratantes. Las contratantes gozan de los siguientes derechos: a) a que se ejecuten los contratos en sus términos y condiciones y, en su caso, a exigir su cumplimiento forzoso". Conforme a la contestación remitida por el proveedor, se desprende que el mismo admite la existencia de la discrepancia entre los adjudicado y contratado, y entre lo efectivamente entregado, conforme al cual los equipos entregados no reconocen el sim card para la conexiones inalámbricas 3G/LTE requerido en el llamado, y adjudicado a los equipos ofertados con estas características; por lo que ante esta circunstancia, se observa la violación de los establecido en el Decreto 55 inc. a) supra citado. Asimismo, de las constancias agregadas, y de conocimiento del proveedor, se visualiza que el proveedor disponía hasta el 3 de marzo para entregar las tabletas correspondientes al Item 1; por lo que al realizar la entrega en fecha 16 de marzo, estaba incurriendo en 13 días de atraso, siendo ya objeto de la aplicación de las sanciones previstas en el PBC relativas al cómputo de multas, es decir, la entrega se operó de forma extemporánea. ----

Que, respecto al punto **2.)** justificación del proveedor de la imposibilidad de cambio de los equipos entregados, por lo que corresponden conforme al contrato, por motivo de la suspensión de actividades decretadas por el poder ejecutivo, remitiéndonos al párrafo anterior, se observa que en el plazo previsto en el contrato para la entrega de los bienes, aun no se hallaba establecida disposición legal respecto acciones preventivas ante el riesgo de expansión por el coronavirus, ni de declaración de estado de emergencia sanitaria e implementación de acciones preventivas que impliquen restricciones para circular o para ejercer determinadas actividades comerciales, las cuales recién fueron promulgadas a partir del 9 de marzo en adelante. ----------

Que, asimismo, la disposición contenida en la *"CGC 32. FUERZA MAYOR.* ***32.1 El Proveedor no estará sujeto a la ejecución de su Garantía de Cumplimiento****, liquidación por daños y perjuicios o terminación* ***por incumplimiento en la medida en que la demora o el incumplimiento de sus obligaciones en virtud del Contrato sea el resultado de un evento de Fuerza Mayor.*** *32.2 Para fines de esta cláusula, "Fuerza Mayor" significa un evento o situación fuera del control del Proveedor que es imprevisible, inevitable y no se origina por descuido o negligencia del Proveedor. Tales eventos pueden incluir sin que éstos sean los únicos, actos de la Contratante en su capacidad soberana, guerras o revoluciones, incendios, inundaciones, epidemias, restricciones de cuarentena, y embargos de cargamentos"*; en concordancia, el código civil, de aplicación supletoria a este contrato, atendiendo la disposición del Art. 8 de la Ley 2051/03, establece que ***"El deudor no será responsable de los daños e intereses que originan al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación****, cuando éstos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor,* ***a no ser que*** *el deudor hubiere tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito, o éste* ***hubiere ocurrido por su culpa, o ya hubiere incurrido en mora, que no fuese motivada por caso fortuito o fuerza mayor"***. ----------

Que, de las dos disposiciones citadas, se desprende que para ampararse en esta condición de fuerza mayor, respecto de su imposibilidad de cambiar los equipos, debieron haber ocurrido las situaciones que motivaron – acciones preventivas, declaración de emergencia sanitarias - dentro del plazo previsto para la entrega; es decir, su declaración posterior, no puede ser un elemento que configure un pretexto para el no cumplimiento de las obligaciones contraídas. Sin olvidar que la aceptación en estos términos, induciría a generar una contradicción

Abg. Liz Duarte
Coordinadora de Adq. de Bienes
Servicios - UOC

en cuanto a las multas que ya le son computadas desde el momento del incumplimiento, que no deberían correr si la situación de fuerza mayor, estaba presente en ese plazo por motivos no imputables al proveedor, por lo que no se puede considerar esta situación para desatender las obligaciones contractuales asumidas. ----------

Que, respecto del punto **3.)** pretensión del proveedor de obtener prórroga del plazo para el cambio de los bienes, la prórroga no cabe otorgar, atendiendo que la prestación ya fue realizada fuera del plazo previsto en las condiciones contractuales, por lo que, atendiendo esta situación acaecida, debe ser rechazado el planteamiento del Five Brothers. ----------

Que, considerando que los equipos recepcioandos den fecha 16 de marzo de 2020 no cumplen con las especificaciones técnicas licitadas, ofertadas y adjudicadas, que fueron objeto de análisis en esta oportunidad, se hallan en poder de la DNCP, atendiendo el Acta de Recepción de fecha 16 de marzo del año en curso, se concluye que los mismos deben ser devueltos al proveedor por los conductos correspondientes, y la proceder a la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento, por el citado Ítem 1. ----------

Por tanto, en base a las consideraciones de hecho y de derecho expuestas precedentemente, esta UOC es del criterio, que se hallan dadas las condiciones para dar por rescindido en ITEM 1 del Contrato DNCP N° 1/20202 suscrito en el marco de la Contratación Directa N° 45/19 "Adquisición de tabletas e impresoras portátiles" - ID 373.195 con la firma FIVE BROTHERS – RUC 80051942-6, para lo cual deberá dictar el correspondiente acto administrativo, declarando el incumplimiento por parte de la firma FIVE BROTHERS, disponiendo la rescisión parcial del Contrato DNCP N° 01/2020, en lo atinente al ITEM 1; la devolución de las tabletas recepcionadas y la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento y comunicación a la Dirección Jurídica a sus efectos. ----------

Respetuosamente.-

DIRECCION NACIONAL DE CONTRATACIONES PUBLICAS * Dirección Nacional *

Abg. Liz Duarte
Coordinadora de Adq. de Bienes y Servicios - UOC