GOBERNACIÓN DE ÑEEMBUCÚ

DICTAMEN DE LA UOC Nº /2017

Ref.: Dictamen relativo a confección de la Adenda Contractual N° 1 del Contrato adjudicado a la firma GRANOS & ACEITES SACIA el marco de la **Licitación Pública Nacional N° 01 /16 AD REFERÉNDUM PRESUPUESTO 2017-2018** ***"PROVISIÓN DE ALMUERZO ESCOLAR PARA ESCUELAS DE LA GOBERNACIÓN DE ÑEEMBUCÚ" ID 317.096***

ANTECEDENTES VINCULADOS CON EL POSTRE

-El contrato objeto de modificación ha sido firmado en fecha 31 de mayo de 2017.

-En fecha 20 de febrero de 2017, se libró la primera Orden de Compra, dándose inicio efectivo a la ejecución contractual.

- Durante el transcurso de los primeros meses de entregas se han detectado algunos inconvenientes con relación al postre, puesto que a pesar de que la empresa entregaba en tiempo y forma, al tratarse de frutas naturales y frescas, el proceso de maduración continuaba lo que hacía que se marchite muy pronto.

-Esta situación motivó algunos inconvenientes por parte de algunas Directoras de distintas escuelas beneficiarias, quienes solicitaron una solución al problema.

-Consecuentemente, la Gobernación de Ñeembucú solicito al Ministerio de Educación y Cultura, la modificación de las especificaciones técnicas del postre.

-En fecha 17 de mayo de 2017, por Nota 225/17, el Ministerio de Educación y Cultura nos comunica la aprobación a la modificación propuesta.

CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

Originalmente, el pliego de bases y condiciones incluía una fruta de estación cada día de la semana, de lunes a viernes, durante todas las semanas que componen el mes. Sin embargo, vemos que la provisión de este tipo de postre tiene el problema de su pronta maduración y consecuente marchitación.

Para resolver el problema, se planteó ante el MEC la modificación del postre, incluyendo mayor variedad. Esta modificación fue aprobada por el Ministerio de Educación y Cultura a través de la Nota 225/17 del 17 de mayo de 2017, remitida por dicha institución a esta Gobernación.

Por estas razones, estimamos necesario modificar el pliego y el contrato, en lo que refiere al postre.

MODIFICACIÓN UNILATERAL, ARTÍCULO 55, INCISO B) DE LA LEY 2051

El ejercicio de las prerrogativas administrativas a través de la modificación unilateral se encuentra reglamentada a partir de la Resolución DNCP 4139/15: *"Por la cual se establecen los requisitos para la comunicación de modificaciones a los contratos, amparadas en las disposiciones contenidas en el artículo 55, inciso b) de la ley N° 2051/03 "DE CONTRATACIONES PÚBLICAS"* determina cuáles son los recaudos formales y materiales que deben reunirse en cada caso.

Los requisitos son:

i.-Exponer los motivos que justifican la modificación contractual bajo la figura prevista en el inc. b) del artículo 55, de la ley 2051/03;
ii.-Explicar la manera en que se encuentra comprometido el interés público;
iii.-Determinar las razones por las cuales la situación no ha podido ser prevista al momento de la programación del llamado;
iv.-Justificar el por qué la modificación no puede ser resuelta por medio de un procedimiento ordinario;
v.-Fundamentar la inexistencia de una potencial violación a los principios previstos en el artículo 4° de la ley 2051/03.

A continuación, procederemos a dar cumplimiento a cada una de estas exigencias.

GOBERNACIÓN DEL DPTO ÑEEMBUCÚ - UNIDAD OPERATIVA DE CONTRATACIONES

Ecdo. César Verón Leguizamón
Encargado U.O.C.

I.-EXPONER LOS MOTIVOS QUE JUSTIFICAN LA MODIFICACIÓN CONTRACTUAL BAJO LA FIGURA PREVISTA EN EL INC. B) DEL ARTÍCULO 55, DE LA LEY 2051/03

El problema relativo a que el postre (fruta) se marchite rápido, es una cuestión que no puede ser atribuida al contratista, por cuanto que la selección de las especificaciones técnicas recae exclusivamente sobre la Entidad Convocante, en tanto que el oferente no tiene ningún tipo de injerencia en la elaboración del pliego de bases y condiciones de la licitación.

Por tanto, al tratarse la materia objeto de modificación de una cuestión que se vincula decididamente con criterios de oportunidad, mérito y conveniencia, ello debe ser resuelto a través del ejercicio de las potestades reconocidas a la Administración por la ley 2051/03 en el artículo 55, no pudiendo el proveedor avanzar sobre la esfera de competencia de la Entidad Contratante, al no tener poder de decisión alguno sobre lo que es objeto de modificación, toda vez que únicamente la Entidad Contratante puede conocer las necesidades públicas afectadas a la contratación y, con ello, el modo en que deben satisfacerse éstas.

II.-EXPLICAR LA MANERA EN QUE SE ENCUENTRA COMPROMETIDO EL INTERÉS PÚBLICO

Toda prerrogativa pública existe para satisfacer el interés público. Detrás de toda potestad administrativa subyacen derechos colectivos o sociales que la Administración está llamada a proteger. En el caso, los derechos de los niños de recibir un almuerzo en condiciones de higiene y salubridad mínimas están seriamente comprometidos. La experiencia nos indica que la fruta como postre durante los siete días de la semana, todo el mes, no es la mejor alternativa. Si insistimos con este postre los niños no tendrán acceso a un alimento de calidad, pues, la fruta se marchita muy pronto y las entregas de los insumos e ingredientes (incluyendo las frutas) deben ser suministradas por el proveedor contratista cada 15 días (según PBC, Sección III, Suministros Requeridos, página 36). No existe fruta alguna que resista tanto tiempo. Por ello, la modificación debe concretarse por medio del ejercicio de la prerrogativa consagrada en el artículo 55, inciso b), dado que si no se lleva a cabo la modificación, el interés público se vería alterado significativamente.

III.-DETERMINAR LAS RAZONES POR LAS CUALES LA SITUACIÓN NO HA PODIDO SER PREVISTA AL MOMENTO DE LA PROGRAMACIÓN DEL LLAMADO

No es que la cuestión no se haya podido prever. En la licitación de almuerzo escolar ejecutado durante los años 2015 y 2016, habíamos utilizado como postre: **1)** fruta para los martes y jueves; y **2)** cereal con yogur, para los días lunes, miércoles y viernes.

Sin embargo, para esta licitación cuyo contrato hoy es objeto de modificación, el Ministerio de Educación no permitió que incluyéramos como postres el cereal con yogur, por lo que nos vimos forzados a experimentar con la fruta, durante todos los días de la semana y del mes, ya que, al parecer, se trataba de la opción más simple, pero no fue así.

Lo que no se pudo predeterminar de antemano o mejor dicho conciliar, fue la fruta de estación con el sistema de entrega quincenal. Ello, porque la fruta –para que realmente sea fresca- debe ser consumida de inmediato o más tardar, dentro de los primeros 3 días. Luego se torna imposible de consumirla, porque se marchita muy rápido. Tampoco podíamos establecer entrega diaria porque eso incidiría en el costo del traslado. De ahí que se optó por la entrega quincenal y hoy nos encontramos con este inconveniente.

Por estas razones, no hemos incluido en el pliego original la modificación que hoy se plantea.

IV.-JUSTIFICAR EL POR QUÉ LA MODIFICACIÓN NO PUEDE SER RESUELTA POR MEDIO DE UN PROCEDIMIENTO ORDINARIO

El artículo 63 de la ley 2051/03 impone una expresa prohibición de modificar especificaciones técnicas. Este impedimento ha sido incorporado a la norma para proteger al contratista, de modo tal que no se lo obligue a suscribir modificaciones a las especificaciones técnicas con las que podría no estar de acuerdo.

Sin embargo, el artículo 55 no establece dicha limitación. Esto es razonable, porque el artículo 55 encuentra sustento en dos principios propios y fundamentales de los contratos administrativos; **1)** el *ius variandi*; y, **2)** las prerrogativas exorbitantes.

Econ. César Verón Leguizamón
Encargado U.O.C.

En efecto, una de las principales características de los contratos públicos constituye la *mutabilidad*, que encierra la posibilidad de modificarse para adaptarse a las condiciones más convenientes para la institución, de cara a satisfacer el interés público comprometido en la licitación, a diferencia del contrato privado, cuyo elemento típico es la *inmutabilidad*, en virtud al principio *"pacta sunt servanda"*.

En los contratos públicos, la regla es la *mutabilidad*, fundada en el *ius variandi* reconocido en el derecho público, que comprende –vale insistir- la adaptación y ajuste de las reglas del contrato a las necesidades y prioridades de la institución que por el transcurso del tiempo o por razones de interés público puedan verse afectadas.

Es dable definir esta *mutabilidad* de los contratos administrativos como el poder que tiene la Administración de modificar por su voluntad unilateral las estipulaciones del contrato cuando esa modificación esté impuesta por el interés general. Puede aumentar o reducir las prestaciones que el contratista está obligado a cumplir; puede imponerle prestaciones diversas de aquellas oportunamente pactadas; puede poner fin al contrato rescindiéndolo antes de que hubiera sido ejecutado; puede modificar las condiciones de ejecución, etcétera.

Por su parte, las *cláusulas* o *prerrogativas* exorbitantes, constituyen poderes de los cuales goza la Autoridad Administrativa, para concretizar el interés público. Se las denomina *"cláusulas exorbitantes"* del derecho privado, porque dichos poderes o cláusulas sobrepasan, exceden el ámbito de ese derecho, sea porque en dichas cláusulas son *inusuales* o porque, incluidas en un contrato de derecho privado resultarían *ilícitas* por exceder el ámbito de la libertad contractual.

Claro está, que estas prerrogativas deben ser ejercidas por la Contratante dentro de ciertos límites, respetando los correlativos derechos del contratista, pero tales límites no son los establecidos en el artículo 63 de la ley 20151/03, toda vez que dicho precepto está destinado a regular una manera concreta de modificación (con mutuo consentimiento), mientras que el artículo 55 ha sido pensado para perseguir y concretar fines públicos.

Es dable destacar, que los límites a las prerrogativas exorbitantes conferidas a la Administración, no se encuentran expresamente estipulados -salvo el derecho indemnizatorio del contratista-, no obstante, tales prerrogativas son principalmente moduladas por el principio de igualdad y el propio interés público en que se fundamenta, siendo razonable determinar que las limitaciones serían básicamente las siguientes: **a)** que no se perjudiquen o sacrifiquen los derechos del contratista, pues si ello ocurre le corresponde una compensación económica; **b)** que no se beneficie indebida o injustificadamente al contratista; **c)** que los derechos de terceros no se vean afectados.

En relación al primer aspecto *(que no se perjudique o sacrifique el derecho del contratista)* la presente modificación propuesta no altera al equilibrio económico del contrato, por lo tanto, no existe un menoscabo a sus derechos individuales.

En lo que atañe a la segunda cuestión *(que no se beneficie indebida o injustificadamente al contratista)* tampoco cabe encuadrar la modificación a un presunto beneficio al contratista a ser obtenido a través de la modificación, sino todo lo contrario, dado que se incorporan tres nuevos postres no previstos originalmente (dulce de calabaza, dulce de mamón y arroz con leche). Esto significa que el contratista deberá contar con una mayor preparación de parte de las cocineras y esto a su vez implica mayores costos operativos de "horas-hombre", lo que no ocurría con la fruta, que sencillamente se servía lista para comer; representa mayores costos de producción, debido a la variedad de ingredientes que se incorporan para la preparación de cada postre. Por tanto, más que beneficios o ventajas, la modificación representa nuevos y mayores esfuerzos con los que el contratista debe cargar.

V.-FUNDAMENTAR LA INEXISTENCIA DE UNA POTENCIAL VIOLACIÓN A LOS PRINCIPIOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 4° DE LA LEY 2051/03.

Esta exigencia de la Resolución DNCP 4139/15, se vincula con otra limitación al ejercicio de las prerrogativas exorbitantes ya mencionada en este dictamen, pero no explicada aún, esto es, que *con la modificación no se vean afectados derechos de terceros*.

La igualdad constituye un principio cuya aplicación no se limita a las fases de selección o concurso, sino que trasciende a la etapa contractual. Por tanto, cuando se dispone una modificación debe atenderse especialmente que con la modificación no se transgreda el mentado principio, pues, si se verifica una ventaja

Econ. César Verón Leguizamón
Encargado U.O.C.

que no pudo haberse concedido simultáneamente a los demás participantes o que en caso de haber conocido las circunstancias de la modificación, aquellos podrían alegar que habrían ofertado en condiciones diferentes, se corre el serio riesgo de que se configure una virtual contravención al principio de igualdad. Estas modificaciones se tratarían, por ejemplo, cuando se alteran aspectos sustanciales del contrato, que de algún modo puedan ser entendidas como una ventaja con relación a la oferta original.

Se quiebra el principio de igualdad, si después de adjudicado el contrato se alteran las bases de la licitación y se introduce una variante que implique beneficiar, al margen de las condiciones generales de la licitación, al que resultó adjudicatario.

La modificación propuesta, por un lado, lejos de importar una condición más ventajosa, trae mayores cargas económicas para el contratista, por otro lado, la modificación se fundamenta en la necesidad de satisfacer el *interés público* configurado por una situación que no ha podido ser prevista por la Administración, ya que se trataba de la primera experiencia utilizando frutas de estación para todos los días del mes, lo que trajo consigo un hecho sobreviniente imposible de ser contemplado al momento en que se llevó a cabo la confección del llamado, situación que no puede ser atribuida a comportamientos reprochables del contratista, ni mucho menos ocasionarle perjuicios, al tratarse de situaciones ajenas a su voluntad.

La presente modificación debe llevarse a cabo sin importar la condición que ostente el mismo, es decir, con independencia de la personalidad que ostenta, puesto que de no procederse a la modificación se correría el grave riesgo de sacrificar el *interés público*, el que no podría verse comprometido jamás, por cuanto que la satisfacción de dicho interés constituye el fundamento, la esencia, la razón de todo contrato administrativo, en tanto que los contratos administrativos se celebran, precisamente, para satisfacer dicho interés, finalidad que debe alcanzarse efectivamente, aun cuando para ello haya que variar los términos originales del contrato.

Consecuentemente, la modificación objeto de análisis tampoco afecta el derecho de terceros, ya que se está llevando a cabo por circunstancias objetivas y, sobre todo, porque se habría verificado sea que se trate del oferente A, B o N, de donde se sigue que la intención no es beneficiar al contratista, ni perjudicar a terceros ajenos a la contratación, pues, de haberse presentado A, B o N a competir a la licitación y de encontrarse en esta situación, también se habría modificado el contrato.

CONCLUSIONES RESPECTO DE LA MODIFICACIÓN DEL POSTRE

En base a las consideraciones reseñadas, cabe concluir que la modificación puede ser llevada a cabo, de manera unilateral, en los términos y condiciones que han sido aprobadas por el Ministerio de Educación.

PROCEDIMIENTO POSTERIOR A ESTE DICTAMEN

1) Debe emitirse Resolución de Máxima Autoridad, aprobando este dictamen y disponiendo la modificación.

2) Debe confeccionarse una Adenda Complementaria, la que será firmada por la Máxima Autoridad y el Contratista, a fin de que este último se tome conocimiento de las modificaciones y, a su vez, renuncie a potenciales derechos indemnizatorios.

Es nuestra opinión.

GOBERNACIÓN DEL DPTO ÑEEMBUCÚ · UNIDAD OPERATIVA DE CONTRATACIONES · REPÚBLICA DEL PARAGUAY

Abog. César Verón Leguizamón
Encargado U.O.C.