Ministerio Público
República del Paraguay

Fecha de Recepción: 25 AGO 2020 Hora: 10:50
Recibido por: Aracely Benítez
Asistente
Ministerio Público
Firma:
Unidad Operativa de Contratación

DICTAMEN D.A.J. N.° 82/2020.

Asunción, 25 de agosto de 2020.

REF.: «Análisis del pedido de cancelación de la Contratación Directa N.° 02/2020 – Adquisición de uniformes para la guardería MINIPÚ - Ad Referendum – ID N.° 371.103»

Señor
Abg. Fernando Benítez Irala, director
Unidad Operativa de Contratación
Ministerio Público
Presente:

Me dirijo a usted, en atención al **Memorando UOC N.° 405 de fecha 20 de agosto de 2020**, a través del cual se hace remisión a esta dependencia el proyecto de Resolución *«Por la cual se cancela el llamado a Contratación Directa N.° 02/2020 – Adquisición de uniformes para la guardería MINIPÚ – ad referéndum – ID N.° 371.103»*, así como también, los antecedentes del llamado.-

Con respecto a dicho proyecto de Resolución, esta Asesoría Jurídica entiende que la remisión de dicho documento, es a los efectos de que esta Dirección lleve a cabo la verificación y el control en el cumplimiento de las formalidades que hacen al procedimiento previo a la contratación administrativa (precontractual), concretamente, en cuanto a la facultad del Ministerio Público, en ejercicio de sus funciones administrativas, a Cancelar un llamado a Contratación Directa para el suministro de un bien y, en ese sentido, analizar el acto administrativo consecuente con dicha Cancelación, es decir, verificar la legalidad en el cumplimiento formal de la citada resolución.-

Precisamente, en este punto, es importante destacar que el estudio efectuado por la Dirección de Asesoría Jurídica no debe ser entendido como una autorización para la emisión de ningún acto administrativo, sino la emisión de un parecer jurídico que permita a la máxima autoridad de la institución o, en su caso, a la dependencia que realiza la consulta, tomar la decisión correspondiente, es decir, **no es vinculante sino de carácter consultivo**.-

Además, el análisis de legalidad realizado por esta dependencia tiene el propósito de verificar e identificar que el acto administrativo a ser emitido se encuentre acorde y permitido por las normativas que rigen la materia a ser resuelta, de conformidad con los alcances establecidos por el Principio de Legalidad que rige a la Administración Pública.-

Ahora bien, una vez realizada las aclaraciones con respecto al ámbito de competencia de la Dirección Jurídica e indicado los términos de la consulta a esta dependencia, el cual consiste en el control de legalidad del acto administrativo a ser emitido por la máxima autoridad de la institución y a través del cual decidirá cancelar el presente llamado, se pasará al estudio requerido.-

Abg. Patricia Doria Argaña
Directora de Asesoría Jurídica
Ministerio Público

No obstante, y antes de entrar al análisis de fondo con respecto a las formalidades en el cumplimiento del acto administrativo a ser emitido por la máxima autoridad de la institución, esta Dirección ha considerado oportuno hacer mención de algunos antecedentes que hicieron al presente llamado, esto, a modo de comprender mejor el análisis a ser efectuado por esta dependencia.-

En esa línea de trabajo, se ha visto entre los antecedentes que el Ministerio Público, a través de la Unidad Operativa de Contrataciones, **en fecha 30 de octubre de 2019, mediante Nota UOC N.º 1436**, había comunicado a la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas el inicio del proceso del llamado de la *«Contratación Directa N.° 02/2020 – Adquisición de uniformes para la guardería MINIPÚ – ad referéndum – ID N.° 371.103»*

Luego de esa comunicación, se ha corroborado que la Unidad Operativa de Contratación ha efectuado, atendiendo al tipo de llamado, cinco (5) invitaciones que fueron dirigidas por dicha dependencia a los potenciales oferentes. Estas invitaciones se realizaron a efectos de que los mismos participen en el referido proceso licitatorio y mediante las cuales se solicitó la presentación de sus ofertas técnicas y económicas, acorde con lo dispuesto en la Ley N.° 2051/03 "*De Contrataciones Públicas*", Capítulo Quinto, CONTRATACION DIRECTA, que en su Artículo 34, inciso a), dispone lo siguiente: «*se invitará por escrito y a través del Sistema de Información de las Contrataciones Públicas (SICP) a los potenciales oferentes para que presenten ante la Unidad Operativa de Contratación (UOC) su oferta técnica y económica, en sobre cerrado o virtual*».-

Una vez finalizado ese proceso de invitación, se ha verificado que en fecha 15 de noviembre de 2019, se llevó a cabo el acto de recepción y apertura de ofertas, conforme a lo establecido en la Ley N° 2051/03, que en su **artículo 24 -PRESENTACIÓN Y APERTURA DE OFERTAS-** se refiere a la presentación de las ofertas técnicas y económicas, con el fin de que luego sean evaluadas por el Comité de Evaluación, en virtud de lo dispuesto en los **artículos 49. DOCUMENTOS COMPRENDIDOS EN LA OFERTA y** el **57 ACTO DE APERTURA del Decreto Reglamentario N.° 2992/2020.-**

En dicha oportunidad, según se desprende en el acta de recepción y apertura de sobres de fecha 15 de noviembre de 2019, se ha cotejado que el Ministerio Público había recepcionado sola una oferta de parte de la firma **INDUSTRIAS F&C S.R.L.** En efecto, se observa que a consecuencia de dicha situación se tomó la decisión de ampliar la fecha de apertura de ofertas, conforme a lo dispuesto en la Resolución DNCP N° 522/15 de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas *«... que dispone los nuevos criterios en relación a prórrogas de los plazos de apertura de ofertas cuando no se cuente con el número mínimo de ofertas o ausencia...»*.-

Con respecto a la Resolución DNCP N° 522/15 emitida por la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, si bien es cierto, a la fecha ya no se encuentra vigente, no obstante, dicha normativa se encontraba vigente y aplicable al caso concreto al momento en que se llevó a cabo el acto de recepción y apertura de sobres en el presente llamado.-

Por otro lado, y siguiendo con la verificación en el cumplimiento de los procedimientos previos a la contratación dentro de la Administración Pública, y en atención al tipo de llamado (Contratación

Abg. Patricia Doria Argaña
Dirección de Asesoría Jurídica
Ministerio Público

Directa) se debe resaltar lo exigido en la **Ley 2051/03 "De Contrataciones Públicas"**, en cuanto al procedimiento relativo para llevar a cabo el acto de Adjudicación y cuyo presupuesto se encuentra establecido en el **artículo 34 PROCEDIMIENTO, inc. "c"**, que dice: "*...para llevar a cabo la adjudicación correspondiente, se deberá contar con un mínimo de tres ofertas susceptibles de analizarse técnica y económicamente...*".-

Atendiendo a dicha exigencia y en razón de que en el primer acto de aperturas de sobres se había presentado una sola oferta y, en consecuencia, se tomó la decisión de ampliar el plazo de presentación, se ha visto que la Unidad Operativa de Contratación emitió la **Adenda N.° 01**, mediante la cual, precisamente, se ha informado de la modificación de la fecha de presentación y apertura de ofertas y, en ese sentido, se ha observado que se encuentra adjuntada, entre los antecedentes remitidos, la copia del reporte del llamado a través del cual se corrobora que la citada Adenda ha sido publicada en el SICP. Como también, se constata que la misma ha sido comunicada por escrito a los potenciales oferentes invitados.-

En cuanto a esta observación realizada por esta Asesoría Jurídica, es dable señalar que la misma se encuentra sustentada en los términos establecidos en la **Resolución DNCP N.° 2595** de fecha 10 de agosto de 2017 *"Por la cual se aprueba el Manual de Contrataciones Públicas para Unidades Operativas de Contratación (UOC)"*, cuyo manual describe en el **numeral 7.3 Adendas** al PBC lo siguiente: "*...es posible que por parte de la Convocante surja la necesidad de realizar modificaciones – antes de la apertura – al pliego ya difundido en el SICP..."...//... "...las enmiendas que realicen las Convocantes deberán realizarse mediante una adenda numerada y firmada que formara parte integra de la carta de invitación y/o pliego de bases y condiciones..."...//... "....**esta enmienda deberá ser notificada por escrito a todos los oferentes invitados, además de difundirla en el SICP a fin de dar a conocer las modificaciones planteadas a todos los interesados....**".-*

Posteriormente a la comunicación de la nueva fecha, se ha verificado que en fecha 28 de noviembre 2019, se realizó una segunda convocatoria para la entrega y apertura de ofertas. En dicho acto, el Ministerio Público ha recepcionado 04 sobres conteniendo ofertas, correspondientes a las firmas: **CASA LOBO S.A.C.I., CREANDO PY S.A., PARTEZ de Hugo Oviedo e INDUSTRIAS F&C S.R.L.-**

En este punto del dictamen, es de suma importancia resaltar una cuestión vinculada a la adquisición de uniformes para los niños que ingresan al MINIPU, guardería del Ministerio Público, cuyos niños son hijos de funcionarios de la citada institución y, en ese contexto, como parte de la ayuda social que brinda el Ministerio Público a sus funcionarios, para que los mismos se encuentren en condiciones confortables para la prestación del servicio público que brindan a la sociedad, la institución les otorga éste beneficio.-

Sin embargo, también es de conocimiento público que a partir del mes de marzo del 2020, se declaró Emergencia Sanitaria en razón del riesgo de expansión del CORONAVIRUS (COVID-19) en todo el Territorio Nacional, decretada por el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, en virtud de sus facultades legales, y para cuyo cometido se ha establecido la adopción de Medidas Sanitarias mediante la emisión del Decreto N° 3456/2020 y el Decreto N° 3478/2020, entre otros.-

Abg. Patricia Doria Argaña
Directora de Asesoría Jurídica
Ministerio Público

Justamente, en el marco de esas medidas sanitarias adoptadas por el Gobierno Nacional, el Ministerio de Educación y Cultura ha dispuesto la suspensión de las clases presenciales, cuyo extremo, hasta la fecha se sigue aplicando. Es por esta razón, que desde ese mes, ningún alumno, en edad escolar, se encuentra asistiendo en las instituciones educativas, incluyendo guarderías.-

Por estos motivos, es que se ha visto, entre los antecedentes remitidos, la existencia de la **Resolución F.G.E.N.° 1238 de fecha 20 de mayo de 2020** ***«Por la cual se autoriza la suspensión temporal del contrato N°01/2020 suscripto con la empresa Colegio San Roque González de Santa Cruz, en el marco de la Licitación Pública Nacional N.° 04/2020 – Servicio de contratación de guardería para el Ministerio Público»***, y del cual surge que a través del citado acto administrativo se ha dispuesto la suspensión temporal del contrato con la empresa que ha sido adjudicada para la provisión del servicio de guardería a esta institución y, en ese sentido, se ha suspendido todas las actividades desarrolladas en la guardería MINIPÚ.-

Como consecuencia lógica de la suspensión de los efectos contractuales con la empresa adjudicada para la prestación del servicio de guardería, es que se observa que en el **Acta de Evaluación**, de fecha 25 de mayo de 2020, se recomienda a la máxima autoridad de la institución la cancelación del presente llamado, de conformidad con lo establecido en el **artículo 31 de la Ley N.° 2051/03 "De Contrataciones Públicas"** y en virtud de dispuesto en la Resolución F.G.E. N.° 1238 de fecha 20 de mayo de 2020 *«Por la cual se autoriza la suspensión temporal del contrato N°01/2020 suscripto con la empresa Colegio San Roque González de Santa Cruz, en el marco de la Licitación Pública Nacional N.° 04/2020 – Servicio de contratación de guardería para el Ministerio Público»*

Con respecto a lo constatado en la referida acta, surge que se han expuestos los fundamentos y las razones, que a criterio de los suscribientes del citado instrumento, le han llevado a tomar la decisión de recomendar la cancelación del llamado en cuestión.-

Sobre el particular, cabe destacar que en cuanto a las justificaciones o fundamentaciones expuestas en el "Acta de Evaluación", es decir, a cuál de las casuísticas previstas dentro del **artículo 31 de la Ley 2051/03 "De Contrataciones Públicas"**, correspondería las causales para que el Ministerio Público proceda con la cancelación del presente llamado, esta Asesoría Jurídica, es de la creencia que dicha atribución es de conocimiento y competencia exclusiva de la Unidad Operativa de Contratación, quedando bajo su responsabilidad la determinación de los mismos y la decisión de continuar con los trámites tendientes para la cancelación del llamado en cuestión.-

Como podrá advertirse, según los términos señalados en los antecedentes documentales citados más arriba, se observa que los responsables del acto de evaluación, han presentado su recomendación para la cancelación del llamado, fundamentando su pedido, en virtud de los dispuesto en el **artículo 31 de la Ley 2051/03 «De Contrataciones Públicas»,** el cual expresa lo siguiente:

> *[...]Las Convocantes podrán cancelar una licitación por caso fortuito o fuerza mayor. De igual manera, podrán cancelar cuando existan circunstancias, debidamente justificadas, que provoquen la extinción de la necesidad de adquirir o arrendar los bienes, contratar la prestación de servicios o ejecutar las obras, o que*

Abg. Patricia Doria Argaña
Directora de Asesoría Jurídica
Ministerio Público

de continuarse con el procedimiento de contratación, se pudiera ocasionar daño o perjuicio a los organismos, las entidades y a las municipalidades, en todos los casos de cancelación de la licitación los oferentes no tendrán derecho a reembolso de gastos ni a indemnización alguna[...].-

De la lectura de la citada normativa legal, se puede afirmar, sin temor a equívocos, que la Convocante tiene facultades discrecionales regladas para cancelar un proceso licitatorio, no obstante, las mismas se encuentran delimitadas a tres situaciones previstas taxativamente en dicha reglamentación, las cuales se detallan a continuación:

1. *Caso fortuito o fuerza mayor;*

2. *Cuando existan circunstancias, debidamente justificadas, que provoquen la extinción de la necesidad de adquirir o arrendar los bienes, contratar la prestación de servicios o ejecutar las obras; y,*

3. *De continuarse con el procedimiento de contratación, se pudiera ocasionar daño o perjuicio a los organismos, las entidades y a las municipalidades.-*

Tal como se podrá observar con la transcripción de la disposición normativa indicada más arriba, las razones que llevan a tomar la decisión de cancelar un llamado licitatorio, necesariamente, debe adecuarse a una de las casuísticas antes mencionadas en la ley y, de darse uno de los eventos, la decisión de la Convocante deberá estar debidamente fundada, es decir, expresar la situación fáctica acontecida, la cual deberá responder a una de las causales previstas en la citada normativa.-

Asimismo, conforme a la mencionada normativa, la cancelación de un llamado, es una facultada discrecional reglada, esto es, una facultad expresamente prevista en la ley, en donde se dispone los presupuestos legales que deberán darse para que la misma sea viable.-

Finalmente, en cuanto a la adecuación de la situación que lleva a la Administración a cancelar el presente llamado de Contratación Directa, si bien es función y competencia de otras dependencias administrativas, no obstante, desde un punto de vista técnico – jurídico, esta Asesoría es del parecer que la causal alegada por la Unidad Operativa de Contrataciones se corresponde en derecho, en razón de que las circunstancias provocadas por el COVID-19 llevaron a las autoridades a asumir decisiones que impactan directamente en el servicio de guardería, lo que a su vez, provoca la extinción, a la fecha, de la necesidad de adquirir dichos bienes.-

Por otro lado, con relación a esa facultad discrecional de la Administración, es dable traer a colación lo estipulado en el **artículo 39 DERECHO DE LA CONVOCANTE A ACEPTAR CUALQUIER OFERTA Y A RECHAZAR CUALQUIERA O TODAS LAS OFERTAS de las Instrucciones a los Oferentes**, que expresa cuanto sigue:

Abg. Patricia Doria Argaña
Dirección de Asesoría Jurídica
Ministerio Público

«La Convocante se reserva el derecho de declarar desierto o cancelar el proceso de licitación, únicamente conforme con lo dispuesto en los artículos 30 y 31 de la Ley N° 2051/03 de Contrataciones Públicas, sin que por ello incurra en responsabilidad alguna frente a los Oferentes»

En ese mismo sentido, se tiene que los Oferentes, conforme a la suscripción de los formularios de Oferta, y a través de los cuales han presentado sus respetivas ofertas y han declarado bajo fe de juramento cuanto sigue: **"...g) Entiendo que la Convocante tiene el derecho de cancelar o declarar desierta la licitación, rechazar o descalificar todas las ofertas, conforme con lo dispuesto en la normativa que rige la materia de Contrataciones Públicas, sin que por ello incurra en responsabilidad alguna frente a los Oferentes".-**

En cuanto a dicho documento, se entiende que los suscriptores de los formularios han reconocido expresamente el derecho de la convocante de cancelar el presente llamado.-

En cuanto a la facultad discrecional que tiene la Convocante para proceder a la cancelación de un llamado, surge oportuno señalar, a los efectos de una mejor ilustración, lo expuesto por el jurista Salvador Villagra Maffiodo, que en su libro «Derecho Administrativo» que expresa lo siguiente: «*...La administración tiene indudablemente facultad discrecional para desistir de la licitación en cualquier estado, sin más razón que la de conveniencia...*»[1].-

Por su parte el doctrinario, Roberto Dromi, que sobre el caso particular refiere: «*...Debe reconocerse el derecho de la Administración Pública de dejar sin efecto una licitación, en cualquier estado de la tramitación previo a la adjudicación...*"[2].

Por último, se ha verificado también, entre los antecedentes del presente llamado, la existencia del informe sin fecha, emitido por del Director de la Unidad Operativa de Contratación, a través del cual ha prestado su conformidad con respecto a la recomendación de cancelación del llamado, como así también, informa el resultado del mismo a la máxima autoridad de la institución para que, conforme a la autonomía funcional y administrativa del Ministerio Público, otorgadas por el artículo 266 de la Constitución Nacional y los artículos 49, 50 y demás concordantes de la Ley 1562/00 "Orgánica del Ministerio Público", resuelva la cancelación del presente llamado, según corresponda.-

Ahora bien, en función de la competencia de esta Asesoría Jurídica, esta dependencia, una vez realizado el control de legalidad en cuanto a la identificación de la norma que faculta a la Convocante a emitir un acto administrativo que implique la cancelación de un llamado licitatorio, pasará a estudiar el cumplimiento de legalidad de las formas que hacen al proyecto de Resolución y, en ese contexto, se tiene, precisamente, en cuanto a la forma de la resolución, que la misma posee todas las partes que debe contener una resolución: **el visto, el considerando y la parte resolutiva.-**

Abg. Patricia Doria Argaña
Director de Asesoría Jurídica
Ministerio Público

1 Villagra Maffiodo, Salvador. Derecho Administrativo. Editorial el Foro. Página 236
2 Dromi, Roberto. Derecho Administrativo. 7° Edición actualizada. Página 377.

Además, lo importante es que la Resolución reúna los requisitos exigidos por los principios de *"inteligibilidad" y "completividad"*, de manera tal de que el lector comprenda la resolución con la simple lectura, sin tener que remitirse a otros documentos para entender los motivos que fundan la misma.-

Asimismo, no debe olvidarse que el *"Considerando"* de una resolución es la parte fundamental, pues ahí se debe plasmar los argumentos de hecho y de derecho que justifican el por qué se toma tal o cual decisión. Dicho con otros términos, una Resolución debe ser coherente y, en ese sentido, debe existir una lógica entre los fundamentos (Considerando), con lo resuelto.-

No obstante, se observa que el texto del proyecto de Resolución remitido para su análisis, requiere de ciertas modificaciones en su contenido y las cuales serán detalladas a continuación:

- Con respecto, al "Considerando" del proyecto faltaría especificar con mayor detenimiento y síntesis, cuáles son los fundamentos fácticos y jurídicos que respaldan la necesidad de cancelar el llamado de referencia.-

En cuanto a esta observación, es dable resaltar que el control formal de una resolución implica también verificar que la misma se encuentre debidamente fundada, esto, más allá del control sustancial que se efectúe acerca de la pertinencia de esos argumentos. Dicho con otros términos, toda resolución conlleva la toma de decisión, razón por la cual se debe expresar en la misma los motivos que llevan a asumir tal o cual decisión.-

No debe olvidarse que parte de la legitimidad del acto administrativo se refiere al cumplimiento de ciertos elementos esenciales que hacen a la existencia del acto mismo. Uno de esos aspectos esenciales, tiene que ver con la *motivación* del acto administrativo y ésta consiste en la declaración de las circunstancias de hecho y de derecho que han inducido a la emisión del acto. Está contenida dentro de lo que usualmente se denominan "considerando". La constituyen, por tanto, los presupuestos o razones del acto. Es la fundamentación fáctica y jurídica de él, con que la Administración sostiene la legitimidad y oportunidad de su decisión[1].-

En ese sentido, se ha visto que en el «Considerando» del proyecto de resolución se ha mencionado únicamente el artículo de la Ley de Contrataciones en donde se establecen las circunstancias fácticas y legales que habilitarán a la Convocante a disponer de la cancelación de un llamado, resaltando en negritas la causal que se entiende se considera se aplica al caso concreto. Sin embargo, desde una óptica jurídica, la sola mención de la disposición legal y en la forma expuesta no constituyen fundamento válido, pues necesariamente se debe exponer la situación fáctica que se adecue o responda a las circunstancias previstas en la normativa legal.-

Abg. Patricia Doria Argaña
Dirección de Asesoría Jurídica
Ministerio Público

[1] Dromi, Roberto. Derecho Administrativo. 7° Edición actualizada. Página 254.-

- Por otro lado, se recomienda hacer mención en el proyecto de Resolución acerca de la autonomía funcional y administrativa conferida a la máxima autoridad de la institución, ello, en virtud de lo dispuesto en el artículo 266 de la Constitución Nacional, así como también, las atribuciones legales contenidas en los artículos 49 y 50 de la Ley N.° 1562/00 "Orgánica del Ministerio Público".-

- Con respecto al segundo párrafo del "Considerando" del proyecto, se recomienda indicar la disposición legal y el artículo correspondiente a la norma que se hace referencia en dicho apartado.-

- En el cuarto párrafo del "Considerando", se solicita cambiar el término «providencia» por «dictamen».-

- Por último, se recomienda incluir un párrafo en el «Considerando» del citado proyecto, en el cual se haga mención la Resolución F.G.E.N.° 1238 de fecha 20 de mayo de 2020 «Por la cual se autoriza la suspensión temporal del contrato N°01/2020 suscripta con la empresa Colegio San Roque González de Santa Cruz, en el marco de la Licitación Pública Nacional N.° 04/2020 – Servicio de contratación de guardería para el Ministerio Público».-

Por tanto, habiendo efectuando el análisis legal de forma del caso en cuestión y conforme con las normativas señaladas precedentemente, esta Dirección Jurídica constata que están dados los presupuestos para la cancelación del presente llamado.-

Siendo así, una vez tenida en cuenta las observaciones realizadas, correspondería dar continuidad con los trámites administrativos correspondientes.-

Sin otro en particular, aprovecho la ocasión para saludarlo muy atentamente.-

Abg. Patricia Doria Argaña
Director de Asesoría Jurídica
Ministerio Público