DICTAMEN

DIPJ N° 12 /17

Para : DIRECCIÓN DE PROCESOS JUDICIALES
De : DEPARTAMENTO DE GESTIÓN Y EJECUCIÓN DE GARANTÍAS
Fecha : 13/07/2017
Ref. : Rescisión contractual - BAUMANN S.A (L.P.N. N° 004/15 – LOTE 2)

I. ANTECEDENTES

1. L.P.N. N° 004/15 "CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDAS DE INTERÉS SOCIAL EN ASENTAMIENTOS RURALES DE CAAGUAZÚ Y CANINDEYÚ EN EL MARCO DEL PROGRAMA NACIONAL DE REDUCCIÓN DE LA POBREZA EXTREMA SEMBRANDO OPORTUNIDADES ID N° 297656." Contrato N° 49/15 del 17/09/2017.

2. Nota presentada por la Empresa Fiscalizadora Consorcio Ygatymi el 03/11/2016 (Exp. 22442/16), por la cual se informa que no tienen acceso al Libro de Obras, y que no han identificado al Residente de Obras asignado al proyecto.

3. Informe Técnico ITSO 46/16, del 08/11/2016, que detallada la situación del proyecto en cuestión de la siguiente manera:

Plazo de ejecución 150 días
Fecha de inicio 12/08/2016
Fecha de terminación 28/10/2016,
Fecha ajustada de terminación 25/01/2017
Resumen de multas aplicadas a las certificaciones del asentamiento Maracaná.
Multas aplicadas por presentación tardía: G. 10.944.330, fueron aplicado: G. 9.120275 en los certificados 2 al 6, quedando pendiente de multa Gs. 1.824.055, por presentación tardía del certificado 6 a ser aplicada al siguiente certificado.
Multa por atraso en la ejecución es de Gs. 35.824.282, cobrado en el certificado 6 correspondiente al periodo 14/09/2016 al 13/10/2016 del asentamiento Maracaná.
Conclusión: La empresa contratista Baumann, luego de 6(seis) meses de ejecución contados a partir de la fecha de inicio de trabajos efectivos el 02/05/2016, en el asentamiento Maracaná tiene un avance total del 30.23%(Asentamiento maracaná) 0% Asentamiento Marquetti, quedando 10.39% en el lote.
El avance hasta la fecha según el cronograma Físico Financiero ajustado debería ser del 15.63% en el lote.
El Asentamiento Marquetti a partir del acta de inicio labrado el 12/08/2016 y considerado su prórroga de 17 días por lluvia y consecuencias, lleva más de 70 días de atraso en el inicio de obras
Las viviendas que llegaron a altura de asiento de tirantes quedaron paradas a la espera de los materiales para la ejecución del rubro de colocación de techos.
A la fecha no se iniciaron, las construcciones de las viviendas para discapacitados, ni se colocaron los carteles de obras en ningún asentamiento.

Laura Ortiz Bento
Abogada
Mat. N° 5 464

La Consultora Guaraní adjudicada para la fiscalización de las obras en los Asentamientos de Maracaná y Marquetti, iniciándose las obras en el Asentamiento Maracaná el 02/05/2016, no así en el asentamiento Marquetti, habida cuenta que la consultora no asignaba fiscales . El periodo de mayo a agosto, SENAVITAT, insistió y logro que la consultora asuma la fiscalización de las obras en ambos asentamientos.

Pendientes: *Convenio modificatorio sobre reducción de tanques, reajustes del monto del contrato.*

Además, como parte de los antecedentes del Informe Técnico ITSO 46/16, del 08/11/2016 se menciona el Acta de reunión del 26/09/2016, que expresa lo siguiente:

Reunión mantenida en la UNE SEMBRANDO OPORTUNIDADES, entre la Directora del Programa Arq. Maria Mercedes Florentin, la Coordinadora Técnica; Ing. Lelys Reyes, la coordinadora de Fiscales Arq. Viviana Zarza, la Asesora Jurídica Claudia Gonzalez, y los Ingenieros Mercedes Figueredo y Emilio Alcaraz fiscales asignados de la empresa Consorcio Ygatymi por una parte y por la otra el Ing. Oscar Preda y el Abogado Eduardo de Gásperi por parte de la constructora a fin de tratar la situación general de las obras.
Se solicito en cuanto al asentamiento Maracaná un plan de trabajo y una inyección económica a los trabajos, a modo de acelerar el proceso constructivo y dar término a las obras para el mes de diciembre, evidenciándose el escaso avance en la certificaciones y el estado de abandono de algunas vivienda, situación observada por la Ministra y la Directora del Programa el 24/09/2016.
La empresa constructora desconoce el abandono de las obras y reconoce que las obras avanzan con lentitud, comprometiéndose a la contratación de mayor número de trabajadores para acelerar las obras.
La Coordinación Técnica recalca que la fecha del acta de inicio es el 12 de agosto con la presencia en el sitio de los representantes de la empresa Constructora y el Consorcio Ygatimi en su rol de fiscalizadores, el plazo de ejecución de obras corre desde la fecha indicada y no habiéndose iniciado los trabajos corresponderá la aplicación de multas.
Se solicita a la Constructora un plan de trabajo para visualizar el enfoque que se le dará al trabajo, el Consorcio Ygatymi por su parte solicita un cronograma físico financiero para ver como la empresa Constructora sorteara las multas a fin de oxigenarse y no dar pie al paro de obras.

Asimismo, al aludido Informe Técnico fueron agregados los siguientes documentos:

- *Nota presentada por Consorcio Ygatymi (Exp. N° 19287-16) informe mensual correspondiente al periodo del 12 de agosto al 11 de setiembre, informe de fiscalización de obra N° 1 Asentamiento Marquetti, avance de obra 0%.*
- *Nota del 14/09/2016 (Exp N° 21854-16), Consorcio Ygatymi presenta informe mensual correspondiente al 12 de setiembre al 22 de octubre del corriente informe de fiscalización de obra N° 2, Avance de obras 0% (Asentamiento Marquetti)*
- *Nota del 26/10/2017 del 26/10/2017 (Exp. N° 21813-16) presentada por el Consorcio Ygatimi, informe mensual correspondiente al 14 de setiembre al 22 de octubre del corriente informe de fiscalización de obra N° 6 avance de obras 30,57(avance parcial)3,26% (Asentamiento Maracaná).*
- *Nota remitida al Contratista por la Coordinación Técnica del Programa donde se comunica que se inician las obras en fecha 12/08/2017, tal como consta en el acta de inicio.*

Laura I. Ortiz Bento
Abogada
Mat. N° 5 464

- *Dictamen DIDI N° 1552-16 del 31/10/2016 que concluye: Reconocer el nuevo plazo de Ejecución de obras de referencia a la empresa Baumann S.A a partir del acta de inicio de obras del 12/08/2016, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso analizado.*
- *Verificar que las pólizas de seguro de la obra de referencia mantengan su vigencia de favor de SENAVITAT, desacuerdo con las recomendaciones dadas.*
- *Nota NE AJUNSO N° 0168-16 del 26/09/2017, intimación a la Constructora para presentación de rendición de cuentas del anticipo financiero.*
- *Nota presentada por la Constructora respuesta a la Nota NE AJUNSO 0168-16, del 26/09/2017 (Exp. N° 20470-16). Se anexa fotocopia del libro de obras de fecha 12/08/16, Programa de inversión del Anticipo, fotocopias de facturas de compras de materiales.-*
- *Memorándum AJSO N° 0142-16 por el cual se solicita un control a los efectos de comprobar si el anticipo otorgada a la CONSTRUCTORA BAUMANN S.A. fue utilizado conforme a los fines previstos para su concesión.*
- *Memorando M CTSO 236-16, del 15/11/2016 mediante el cual se remite detalle de facturas cuyo contenido no concuerda con el listado de compra de materiales y alquiler de equipos que consta en el plan de inversión del Anticipo ni en la Especificaciones Técnicas del Pliego de Bases y condiciones.*
- *Memorando AJSO N° 0168-16 del 23 de noviembre de 2016 de la Asesoría Jurídica de la UNE Sembrando Oportunidades por el cual se eleva informe pormenorizado de la situación de la obra. El acta de inicio de las obras asentadas en el libro de obras 12/08/2016 Asentamiento Marquetti y Maracaná Dpto. Canindeyú*

4. Nota DGJN N° 600/16 del 12/12/16 mediante el cual se comunica a la empresa Constructora el incumplimiento contractual en el cual incurrió.

5. Nota de descargo del 26/12/2016 (Exp N° 5510/17) presentada por la Empresa Constructora Baumann y en la que:

- Solicitan la Nulidad del proceso de rescisión por falta de resolución de la Máxima Autoridad institucional.

- Subrayan la improcedencia del proceso de rescisión en atención a que no se han agotado los plazos de ejecución

- Destacan que son desacertados los datos contenidos en el Informe técnico ITSO 46/16.

6. Nota DGAJN N° 118/17 del 31/03/2017, mediante la cual se remite a la Empresa Constructora informes de obras actualizados y se le intima por el plazo de 10 días para que presente su descargo.

7. Nota de descargo del 19/04/2017 (Exp. 5510/2017) presentada por la empresa constructora donde manifiestan lo siguiente:

Debido a las disminuciones de obra, el avance real en la localidad de Maracaná es de 74,18 %.

El avance real de la localidad de Marquetti es de 23,67 %.

Laura Ortiz Bento
Abogada
Mat. N° 5 464

En la localidad de Marquetti se tienen iniciadas 102 viviendas (56% de la asignación corregida por disminución de beneficiarios)
La Orden ejecución N° 03/17 extiende el plazo de obras hasta el 29/03/2017
El avance general de obras al cierre del certificado N° 10 del 13/02/2017, teniendo en cuenta la disminución de obras es de 41,49 %.
Dificultades para la contratación de personal debido a que la zona es de plantaciones mariguana y los pobladores prefieren dedicarse a esa actividad.
Disgusto de los pobladores por que debido a la falta de designación de fiscales, las obras no iniciaron en el tiempo previsto para ello.
Desconocen igualmente la potestad del Asesor Jurídico para el inicio del procedimiento de rescisión, alegando que es potestad de la máxima Autoridad, quien representa a la Institución.

Agregan la siguiente documentación:

Copias de recortes periodísticos
Nota NE UNOS del 27 de enero de 2017, mediante al cual se excluyen siete beneficiarios del Asentamiento Marquetti
Nota NEUNSO 92/17 del 24/02/2017 mediante la cual se comunica que serán devueltos los certificados de obras N° 10 debido a que se han realizado modificaciones a ítems contractuales que no fueron autorizados.
Tomas fotográficas de las viviendas en construcción y del depósito donde se visualiza el acopio de materiales (cemento, cal, aberturas metálicas, marcos etc.)

8. Memorando DGJN N° 74/2017 del 19/05/2017 por el cual solicita informe referente al descargo presentado por la empresa constructora Baumann.

9. Memorando AJSO N° 075/17 del 19 de mayo de 2017, mediante el cual se informa la situación de las garantías.

10. Memorando CTSO 119/17 del 23 de mayo de 2017 donde se informa sobre el descargo presentado por la empresa contratista, en los siguientes términos:

Con respecto al avance de 74,18 de la Localidad de Maracana se remitió la Nota NRECB 034-17) donde se explica que el descuento de tanque depende de la aplicación de un convenio modificatorio, igual situación se da en el asentamiento Marquetti
Con respecto al inicio de las 102 viviendas, al decimo certificado se tenían 92 viviendas iniciadas, no se presentaron los certificados11, 12 y 13 de periodos anteriores
Con respecto al avance de 50 % manifestado por la contratista, se informa que el avance es de 45,80%
Con respecto a la orden de ejecución N° 03/17 que extiende el plazo hasta el 29/03/2017, y la no consideración del aumento del plazo en los meses de febrero, marzo, abril y mayo, se informa que la empresa no presento los pedidos correspondientes (pedidos de prorroga)

Laura I. Ortiz Bento
Abogada
Mat. N° 5 464

Con respecto a el avance al cierre del certificado 10 que según la empresa es del 41.49%, se aclaró que los ítems relacionados al descuento de tanque dependen de la aprobación de un convenio modificatorio.

11. Memorando M UNOS 83/17 del 26 de mayo de 2017 mediante el cual se reitera el pedido de rescisión del contrato, en atención a que las pólizas se hallan próximas a vencer y fueron renovadas por un monto menor al previsto contractualmente.

12. Memorando AJSO N° 0116/17 del 05/06/2017, mediante el cual se informa sobre la regularización de las garantías, las cuales fueron presentadas conforme a las prescripciones contractuales.

13. Resolución N° 1279 del 27/06/2017, por la cual se autoriza la suscripción del convenio modificatorio del contrato, respecto a la disminución de tanques.

14. Informe técnico ITSO-05/17 del 11/07/2017, conteniendo lo que se transcribe a continuación

Resumen de avances de los certificados presentados hasta la fecha en Maracaná y en Marquetti .
Resumen de avances de los certificados presentados
Resumen sobre multas aplicadas a las certificaciones del lote
El avance hasta la fecha 29/03/2017según el cronograma físico financiero ajustado debería ser del 100% en el lote sin embargo presenta un avance acumulado ejecutado proporcional de 39.25% quedando el avance comparativo del lote en 32.55% negativo al 10° certificado del 13/02/2017
En los últimos informes quincenales y mensuales los fiscales evidenciaron una disminución en la cantidad de mano de obra y luego el paro total de la obra en ambos asentamientos alegando hasta la fecha 13/ 02/2017 que la situación se debía principalmente al abandono del personal por falta de pago a los mismos por parte de la empresa constructora y en segunda instancia a la baja provisión de material necesario para la continuidad de la obra específicamente cemento.
La empresa contratista no presento las certificaciones, solicitudes de prórroga ni libros de obra desde el 14/02/2017.
Los puntos argumentados como justificativo de los atrasos en el asentamiento Marquetti no justifican el paro que se da en ambos asentamientos desde el 3 de febrero del 2017 considerando que el asentamiento maracaná no debería verse afectado por los motivos expuestos por la empresa constructora

II. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN PLANTEADA

Se somete a análisis la procedencia de la rescisión del Contrato N° 49/15 del 17/09/15 suscripto entre la SENAVITAT y la Empresa Constructora Bauman, el cual deberá realizarse conforme a las disposiciones contenidas en el Contrato, en las Condiciones Generales y Especiales del Contrato y la Ley N° 2051/03 "De Contrataciones Públicas", que en lo pertinente al presente caso, se transcriben los siguientes:

- Contrato N° 49/15

Laura I. Ortiz Bento
Abogada
Mat. N° 5 464

8. PLAZO, LUGAR Y CONDICIONES DE LA OBRA (Art. 37 d) de la Ley N° 2051/2003).

El plazo, lugar y condiciones de la obra se encuentran establecidos en el Pliego de bases y condiciones, la oferta adjudicada, las Condiciones Generales y Especiales del Contrato

9. PROGRAMA DE EJECUCIÓN DE LOS TRABAJOS (Art. 37 e) de la Ley N° 2051/2003).

El Programa de ejecución de los trabajos es el establecido en la Oferta conforme con las Condiciones Generales y Especiales del Contrato.

14. CAUSALES Y PROCEDIMIENTO PARA SUSPENDER TEMPORALMENTE, DAR POR TERMINADO ANTICIPADAMENTE O RESCINDIR EL CONTRATO (Art. 37 k) de la Ley N° 2051/2003).

Las causales y el procedimiento para suspender temporalmente, dar por terminado en forma anticipada o rescindir el contrato, son las establecidas en la Ley N° 2051/03 "De Contrataciones Públicas" y en las Condiciones Generales del Contrato.

- Condiciones Generales del Contrato:

21. Plazos de ejecución

21.1. El plazo de ejecución de las obras fijado por el Contrato se aplicará a la terminación de las obras previstas que son de responsabilidad del Contratista, incluyendo, salvo disposición contraria, el retiro de las instalaciones del sitio de la obra y el restablecimiento de los terrenos y lugares. Este plazo tendrá en cuenta todas las condiciones resultantes, en su caso, de las obras realizadas por subcontratistas y/o por cualquier otra empresa en el lugar de las obras. Dicho plazo se comenzará a contar a partir de la fecha de recepción por parte del Contratista de la Orden de Inicio para comenzar las obras, que deberá emitirse una vez que estén dadas las siguientes condiciones:

(a) la aprobación de autoridades públicas competentes cuya obtención y entrega sea obligación de la Contratante, según se detallan en las CEC;

(b) la entrega por la Contratante del anticipo cuando éste fuere previsto en las CEC y fuere solicitado por el Contratista dentro del plazo establecido en la cláusula 15.4.1 de estas CGC; y (c) la entrega de la Zona de Obras por la Contratante al Contratista, conforme a lo dispuesto en las CEC. La Convocante tiene la obligación de liberar el área de obras antes de emitir la orden de inicio de los trabajos. El incumplimiento de este requisito impide el cómputo del plazo de ejecución y/o suspende en los casos de entrega parcial de la zona de obra. Salvo disposición contraria en las CEC, el plazo de ejecución comprenderá el periodo de movilización definido en la Sub cláusula 33.1 de estas CGC.

H. RESCISIÓN DEL CONTRATO.

53. Rescisión del contrato por causa imputable al Contratista.

Laura I. Ortiz Bento
Abogada
Mat. N° 5 464

En lo que a la firma del Convenio Modicatorio se refiere, cabe advertir que la demora en la expedición de los cambios necesarios para la correcta ejecución del contrato, alegada por el contratista como causal del retraso existente, no es atribuible a la empresa contratista, sin embargo, los cambios no afectan en mayor medida la totalidad de las obras contratadas, por lo que no puede ser considerada como justificación suficiente

Por otra parte, la falta de presentación de certificados de obras, es un aspecto no menos relevante pues, todo contrato de obra pública trae incorporado el mecanismo coercitivo de las multas, el cual al ser aplicado produce un efecto de sustitución. Sin embargo, ante la falta de presentación de los certificados de obras y pedidos de prórrogas que justifiquen un retraso no puede determinarse el porcentaje de las mismas y si corresponde o no su aplicación.

Finalmente, sobre la vigencia de las garantías, cabe destacar que a fin de mantener protegidos los recursos financieros entregados al Contratista y ante el inminente vencimiento de las garantías, se ha requerido la ampliación de las pólizas, habiéndose presentado las mismas por un monto menor al que corresponde. Tal situación generó la intimación para el ajuste correspondiente, dificultando a la Senavitat la adecuada ejecución del contrato.

En consecuencia, corresponde realizar el análisis desde el punto de vista del objeto contractual, cual es el de la construcción de las obras, hasta su conclusión a fin de satisfacer la necesidad de viviendas dignas para sectores menos favorecidos.

Igualmente, corresponde subrayar que, si bien un nuevo proceso licitatorio implicaría la inversión de mayor tiempo, estimándose un promedio de aproximadamente 6 meses hasta su conclusión, en el presente caso resultaría más seguro para los intereses institucionales, ya que ante la conducta del contratista en la ejecución del contrato, no se tiene la certeza de que la misma las culminará.

Por otra parte, considerando la vigencia de las garantías contratadas en salvaguarda del patrimonio público invertido en el contrato en cuestión, corresponde la ejecución de las mismas a fin de obtener en mayor o menor grado la reparación del daño ocasionado a la SENAVITAT por el incumplimiento contractual en el cual incurrió la empresa Baumann S.A.

III. CONCLUSIONES

En base a lo expuesto se recomienda a la máxima autoridad de la SENAVITAT dictar acto administrativo para:

1. RESCINDIR el Contrato N° 49/15 suscripto el 17/09/2017, entre la SENAVITAT y la **Empresa Constructora BAUMANN S.A.**, adjudicada en el marco de la **L.P.N. N° 004/15 "CONSTRUCCIÓN DE VI-**

Laura I. Ortiz Bento
Abogada
Mat. N° 5 464

VIENDAS DE INTERÉS SOCIAL EN ASENTAMIENTOS RURALES DE CAAGUAZÚ Y CANINDEYÚ EN EL MARCO DEL PROGRAMA NACIONAL DE REDUCCIÓN DE LA POBREZA EXTREMA SEMBRANDO OPORTUNIDADES ID N° 297656." por responsabilidad e incumplimiento imputable a la contratista.

2. Disponer que la Dirección General Jurídica y Notarial notifique a la empresa contratista del acto administrativo de rescisión y el ejercicio de las acciones legales correspondientes para el recupero de lo desembolsado a la misma por Institución.

3. Disponer que la UNE Sembrando Oportunidades elabore la cuenta final en el sitio de obras, conjuntamente con la empresa Constructora, de conformidad a la clausula N° 50.2 de las Condiciones Generales del Contrato N° 49/15.

4. Disponer que la Unidad Operativa de Contrataciones, comunique de la Resolución recaída a la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP)

Atentamente.

Laura I. Ortiz Bento
Abogada
Mat. Nº 5 464

De acuerdo con los términos y la conclusión del presente dictamen, remítase a la SEGE.

Dra. Gilda Espínola Orrego
Directora General Adjunta
Dirección General Jurídica y Notarial
SENAVITAT