TETÃ MBA'E'APOPY HA ÑEMU
MOTENONDEHA
MINISTERIO DE INDUSTRIA Y COMERCIO

GOBIERNO NACIONAL
Construyendo Juntos Un Nuevo Rumbo

DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS LEGALES

DICTAMEN JURÍDICO N°..105.

Asunción, 10 de marzo de 2.016

A consideración de la Dirección General de Administración y Finanzas.

En relación a la Nota DICON N° 91 de fecha 7 de marzo de 2.016 proveniente de la Dirección de Contrataciones del MIC, por la cual se solicita un dictamen jurídico con respecto al **proceso de rescisión** del Contrato Abierto N° 49/2.015 suscripto por el **Ministerio de Industria y Comercio** y la Empresa **KL SERVICIOS VARIOS de Benita Yegros** en el marco de la **Contratación Directa N° 20/2.015 "Servicio Gastronómico y de Catering" – Plurianual – ID N° 298.179**, teniendo en cuenta que habiendo sido debidamente notificada, la Empresa Contratada no presentó su descargo en el plazo establecido en el Artículo 59 de la Ley N° 2.051/03, decimos:

ANTECEDENTES

Por **Resolución DGAF N° 132/2.015** de fecha 25 de noviembre del 2.015, la Dirección General de Administración y Finanzas, había resuelto adjudicar la Contratación Directa N° 20/2.015 "Servicio Gastronómico y de Catering" – Plurianual – ID N° 298.179, convocada por el Ministerio de Industria y Comercio a la Empresa **KL SERVICIOS VARIOS de Benita Yegros.** Procediéndose a la formalización del Contrato Abierto N° 49/2.015 entre el MIC y la mencionada Empresa en fecha 26 de noviembre de 2.015, cuyo monto mínimo asciende a la suma de Gs. 70.000.000 y el monto máximo es de Gs. 140.000.000, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2.016.

En fecha 11 de diciembre de 2.015, la Dirección Jurídica de la **Dirección Nacional de Contrataciones Públicas,** emitió el Dictamen DNCP/DJ N° 4.178/15 sobre la **denuncia** recibida por el Sistema de Gestión de Denuncias del Portal de Contrataciones Públicas en fecha 02 de diciembre de 2.015, que guarda relación con el proceso de contratación supra mencionado.

La denuncia, señalaba que la adjudicación del presente llamado era irregular, pues la Empresa KL SERVICIOS VARIOS de Benita Yegros, no cuenta con la infraestructura adecuada y los vehículos necesarios para realizar los servicios exigidos en la presente licitación, considerando que según lo descripto en el **Anexo I de la Carta de Invitación del Proceso**, los oferentes debían presentar una declaración jurada de que el personal de la empresa cuenta con las habilidades y la infraestructura para prestar en tiempo y forma los servicios solicitados, así como una declaración jurada de que la Empresa cuenta con vehículos acondicionados para el traslado adecuado de los ítems solicitados.

ABOG. MIGUEL ANTONIO ZÁRATE
Director de Asuntos Administrativos
Dirección General de Asuntos Legales

Abog. JUAN VICENTE TALAVERA INSFRÁN
Director General
Dirección General de Asuntos Legales

Abog. ELMAR DEGGELLER HORN
Director Adjunto
Dirección General de Asuntos Legales

DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS LEGALES

La Dirección Jurídica de la DNCP manifestó, entre otras cosas lo siguiente: *"El PBC es claro al establecer la presentación de una declaración jurada de que cumplen con la infraestructura adecuada y los vehículos necesarios para ejecutar el servicio. Esto lleva a concluir que dicho requisito debe ser demostrable en la etapa de ejecución contractual y no para la evaluación y selección de uno u otro oferente.*

No obstante, y a modo de constatar si la empresa Contratista cumple con la con la infraestructura adecuada y los vehículos necesarios para ejecutar el contrato, esta Dirección Jurídica considera pertinente la remisión de los antecedentes a la Dirección de Verificación Contractual de la DNCP...."

Al tomar intervención sobre la citada denuncia, la Dirección de Verificación de la DNCP en virtud a las facultades que le conceden los Artículos 3° -inciso c) y 10 de la Ley N° 3.439/07, procedió de efectuar la verificación de la ejecución del Contrato N° 49/2.015 suscripto por el **Ministerio de Industria y Comercio** y la Empresa **KL SERVICIOS VARIOS de Benita Yegros** en el marco de la **Contratación Directa N° 20/2.015 "Servicio Gastronómico y de Catering" – Plurianual – ID N° 298.179,** constituyéndose en el lugar donde se encuentran las instalaciones de la Empresa contratada (sito en Cnel. José Cazal (8va) c/ Curupayty de la ciudad de Fernando de la Mora), emitiendo en un primer término el Informe N° 60 de fecha 29 de diciembre de 2.015, cuyas conclusiones han sido las siguientes:

... 4.3. La Carta de Invitación en el Anexo E, V. Otros Documentos de la Oferta, solicita a los oferentes a presentar: 1. Declaración Jurada de que el personal de la empresa cuente con las habilidades y la infraestructura para prestar en tiempo y forma los servicios solicitados. 2. Declaración Jurada de que la Empresa cuenta con vehículos acondicionados para el traslado adecuado de los ítems solicitados. Con la verificación "In situ" realizada se constató que la empresa no posee la infraestructura para la elaboración de alimentos, y según expresiones de la propietaria, la provisión de alimento es tercerizados, además los vehículos que cuentan no son acondicionados para el traslado de comestibles elaborados.

4.4. En virtud a las documentaciones remitida por la contratante, a lo observado en la verificación "in situ" y a lo manifestado por la propietaria, la denuncia resultaría coincidente en lo que se refiere a la falta de infraestructura y vehículos acondicionados, pues se ha observado que el proveedor no cuenta con la infraestructura, elementos de higiene y seguridad alimentaria, además, la provisión de comestibles está siendo tercerizados, sin conocerse el origen de estos productos pues no se presenta documento que avale la subcontratación manifestada por la propietaria en donde se puede determinar que el establecimiento del cual adquieren los comestibles cumple con las normas higiénico - sanitarias. En cuanto a los vehículos utilizados, los mismos no estarían acondicionados para el traslado adecuado de los ítems solicitados...

...4.7. Si el servicio de gastronomía está siendo tercerizado, y según se deduce de los ítems solicitados, un aproximado del 70% son alimentos y bebidas listos para ser consumidos, entonces se estaría excediendo el 60% establecido por ley para ser subcontratados (Art. 79, inciso 2, Decreto 21.909).

ABOG. MIGUEL ANTONIO ZÁRATE
Director de Asuntos Administrativos
Dirección General de Asuntos Legales

Abog. JUAN [illegible] INSFRÁN
Director General
Dirección General de Asuntos Legales

Abog. ELMAR DEGGELLER HORN
Director Adjunto
Dirección General de Asuntos Legales

4.8. La garantía de fiel cumplimiento del contrato presentada en forma de Declaración Jurada, remitida entre las documentaciones recibidas de la contratante, tiene fecha de validez hasta el 31 del mes de Diciembre de 2.015, cuando el contrato tiene vigencia hasta el 31 de Diciembre del 2.016. La misma debe extenderse hasta la fecha de vigencia del contrato.

En efecto, la Dirección de Verificación de la DNCP había solicitado las aclaraciones respectivas al Ministerio de Industria y Comercio y a la Empresa KL SERVICIOS VARIOS de Benita Yegros en el plazo de (5) días hábiles.

Luego de la presentación de las respectivas aclaraciones por parte de la Convocante y la Empresa Contratada, en fecha 01 de febrero de 2.016 la Dirección de Verificación de la DNCP emitió el documento denominado Evaluación de Descargo EVA N° 02/16, en la que expresa que se mantiene firme en todas sus conclusiones sobre dicho proceso, recordando a la Contratante tomar todas las medidas administrativas que correspondan en lo referente a la ejecución de los contratos públicos, teniendo en cuenta que la Administración Pública (la Contratante) ejerce la dirección y el control o seguimiento de la ejecución de sus contratos, incluyendo el debido cumplimiento de todos los requisitos establecidos por la misma (la Contratante) en el PBC y en el Contrato.

En virtud a las conclusiones arribadas hasta ese momento, por Resolución DNCP N° 395 de fecha 08 de febrero de 2.016, la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, **ordenó la apertura del procedimiento de investigación de oficio sobre supuestas irregularidades en el Contrato suscrito entre el MIC y la Empresa KL SERVICIOS VARIOS de Benita Yegros** en el marco de la Contratación Directa N° 20/2.015 "Servicio Gastronómico y de Catering" – Plurianual – ID N° 298.179. Lo que motivó a su vez, que la Dirección Administrativa haya informado a la Dirección de Contrataciones del MIC, memorándum mediante, que a través de la Nota D.A. N° 005/2.016 se comunicó a la Empresa KL SERVICIOS VARIOS de Benita Yegros, que su solicitud de autorización para subcontratar a otras empresas para la provisión de productos alimenticios **fue denegada**, teniendo en cuenta que el punto 12 de la Carta de Invitación del Proceso denominada "Autorización del fabricante, representante o Distribuidor", la convocante dejó en claro que la misma NO APLICA para el presente proceso. Aclarándose que a partir del 12 de febrero de 2.016, **no se realizará ningún pedido a la citada Empresa para la provisión del Servicio, hasta tanto se concluya el Procedimiento de Investigación de Oficio de la DNCP.**

A raíz de dicha circunstancia, y al ser consultado por la Dirección de Contrataciones del MIC, la Dirección General de Asuntos Legales emitió el Dictamen Jurídico N° 73 de fecha 17 de febrero de 2.016, por el que se recomienda: **Iniciar el procedimiento de rescisión** del **Contrato Abierto N° 49/2.015**, **comunicar** de manera escrita a la Empresa KL SERVICIOS VARIOS de Benita Yegros el incumplimiento en el que ha incurrido en el marco de dicha contratación, para que en el plazo de diez días hábiles presente su descargo, aportando las pruebas que estime pertinente**, considerar oportuna** la decisión asumida por la Dirección Administrativa de la Institución a través del Memorándum D.A. N° 034 de fecha 12

ABOG. MIGUEL ANTONIO ZÁRATE
Director de Asuntos Administrativos
Dirección General de Asuntos Legales

Abog. JUAN [illegible] INSFRÁN
Director General
Dirección General de Asuntos Legales

Abog. ELMAR DEGGELLER HORA
Director Adjunto
Dirección General de Asuntos Legales

de febrero de 2.016; **y comunicar** del inicio de rescisión contractual a la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas.

Como se puede observar en autos, por Nota DICON N° 56, el día 18 de febrero de 2.016, el propio Director General de Administración y Finanzas del MIC, solicitó a la Empresa KL SERVICIOS VARIOS de Benita Yegros, que en el plazo de 10 días hábiles exponga lo que a su derecho convenga, en lo que respecta al proceso de rescisión.

Sin embargo, **la Empresa KL no contestó la mencionada Nota.** Por lo que la Dirección de Contrataciones del MIC solicita a esta dependencia un parecer conclusivo, sobre el proceso de rescisión iniciado en virtud al Dictamen Jurídico N° 73 de fecha 17 de febrero de 2.016.

ANÁLISIS Y FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DEL CASO

El vínculo contractual entre el Ministerio de Industria y Comercio y la Empresa KL SERVICIOS VARIOS de Benita Yegros se originó a partir de la modalidad de contratación denominada "Contratación Directa", regulada por la Ley N° 2.051/2.003 de Contrataciones Púbicas, teniendo como fin el Servicio Gastronómico y de Catering del MIC.

En cuanto a la normativa reguladora del proceso, es decir, la Ley N° 2.051/2.003 de Contrataciones Públicas, bien vale reiterar que en su Art. 1° OBJETO Y AMBITO DE APLICACIÓN la citada disposición legal expresa: *"La presente Ley establece el sistema de Contrataciones del Sector Público y tiene por objeto regular las acciones de planteamiento, programación, presupuesto, contratación, ejecución, erogación y control de las* ***adquisiciones y locaciones de todo tipo de bienes, la contratación de servicios en general, los de consultoría y de las obras publicas y los servicios relacionados con las mismas".*** Definiendo al **oferente** en su Art. 3° como: ***Toda persona física o jurídica que presenta una oferta en los términos de esta ley*** y al **proveedor** como: *La persona física o jurídica que suscriba algún contrato o acepte alguna orden para la provisión o locación de bienes, o para la prestación de servicios de cualquier naturaleza.*

Al respecto, cabe señalar que la Empresa KL SERVICIOS VARIOS de Benita Yegros presentó su oferta en la mencionada contratación directa, a través de la remisión de las documentaciones solicitadas por la Convocante, entre las cuales se encontraba el Formulario de Oferta o Formulario N° 1, en cuyo apartado i) dicha Empresa expresa claramente que presenta su oferta y declara bajo juramento que: "***En las condiciones requeridas en los documento de este procedimiento de contratación directa, ofrecemos proveer los Bienes/Servicios…".***

Según la Investigación efectuada por la Dirección de Verificación de la DNCP en el marco del referido proceso de contratación[1], la Carta de Invitación de la Contratación Directa

[1] Informe N° 60 de fecha 29 de diciembre de 2.015.

Abog. MIGUEL ANTONIO ZÁRATE
Director de Asuntos Administrativos
Dirección General de Asuntos Legales

Abog. JUAN VICENTE TALAVERA INSFRÁN
Director General
Dirección General de Asuntos Legales

Abog. ELMAR BEGGELLER HORI
Director Adjunto
Dirección General de Asuntos Legale

N° 20/2.015, en su Anexo E, Apartado V "Otros Documentos de la Oferta", solicitaba a los oferentes a presentar:

1. Declaración Jurada de que el personal de la empresa cuente con las habilidades y la infraestructura para prestar en tiempo y forma los servicios solicitados.

2. Declaración Jurada de que la Empresa cuenta con vehículos acondicionados para el traslado adecuado de los ítems solicitados.

Documentos que fueron remitidos por la citada Empresa bajo fe de juramento, al momento de la presentación de su oferta en la mencionada Contratación Directa (Ver Fs. 185 y 187 - Tomo I de autos).

Sin embargo, con la verificación "In situ" realizada por parte de la Dirección de Verificación de la DNCP, se constató que la **Empresa Contratada no posee la infraestructura para la elaboración de alimentos, y según expresiones de la misma propietaria, la provisión de alimento es tercerizados, acotando que los vehículos que cuentan no son acondicionados para el traslado de comestibles elaborados.**

Dicha dependencia administrativa ha concluido que si el servicio de gastronomía está siendo tercerizado (como bien lo ha manifestado la propietaria de la Empresa), y según se deduce de los ítems solicitados, un aproximado del 70% son alimentos y bebidas listos para ser consumidos, entonces se estaría excediendo el 60% establecido por Ley para ser subcontratados (Art. 79, inciso 2, Decreto 21.909). Asimismo, la Dirección de Verificación de la DNCP constató que la garantía de fiel cumplimiento del contrato presentada en forma de Declaración Jurada por la Empresa KL, remitida entre las documentaciones recibidas por la contratante, tiene fecha de validez hasta el 31 del mes de diciembre de 2.015, cuando el contrato tiene vigencia hasta el 31 de diciembre del 2.016, sugiriéndose la extensión de la misma hasta la fecha de vigencia del contrato.

La Empresa Contratada aceptó desde un primer momento ceñirse única y exclusivamente a las reglas del presente contrato y demás documentaciones del proceso (Contratación Directa), por lo que a criterio de esta Dirección General debió abocarse a cumplir los términos del mismo tal como lo establece el acuerdo contractual.

El Código Civil, en su condición de normativa supletoria en el ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones Públicas, señala en su Art.715: "***Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, y deben ser cumplidas de buena fe. Ellas obligan a lo que esté expresado, y a todas las consecuencias virtualmente comprendidas.***

Por ende, al existir un incumplimiento por parte de la Empresa Contratada con relación al Contrato Abierto N° 49/2.015 suscripto por las partes, la Institución debe

ABOG. MIGUEL ANTONIO ZÁRATE
Director de Asuntos Administrativos
Dirección General de Asuntos Legales

Abog. JUAN VICENTE TALAVERA INSFRÁN
Director General
Dirección General de Asuntos Legales

Abog. ELMAR DEGGELLER HORN
Director Adjunto
Dirección General de Asuntos Legales

indefectiblemente **proceder a la rescisión contractual**, conforme a las disposiciones legales y contractuales que lo facultaban a hacerlo.

En dicho sentido, el Contrato Abierto N° 49/2.015, en su Cláusula 11 señala: *"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° 2.051/03, y en las Condiciones Generales y Especiales del Contrato (CGC y CEC)".*

Por su parte, el Art. 59 de la Ley N° 2.051/2.003 detalla claramente las causales de rescisión de los Contrato, mencionando en su inciso "a" que el documento contractual suscripto por las partes será rescindido por el **incumplimiento del proveedor o contratista.**

Asimismo, el Art 55 del referido cuerpo legal dice: *"Los contratantes gozan de los siguientes derechos: ...d) Declarar la resolución o rescisión del contrato, y determinar los efectos procedentes en cada caso".*

En efecto, tras el análisis del presente expediente, se comprueba que desde la Institución se ha dado cumplimiento a todos los requisitos administrativos exigidos por el Art. 59 de la ley N° 2.051/2.003, para el procedimiento de rescisión.

CONCLUSIÓN

POR TANTO, tras determinarse el incumplimiento por parte de la Empresa **KL SERVICIOS VARIOS de Benita Yegros** a los términos del **Contrato Abierto N° 49/2.015** suscripto con el **Ministerio de Industria y Comercio** de acuerdo a las argumentaciones esgrimidas en el exordio del presente dictamen, de conformidad a lo establecido en el inc. d) del Art. 55° – "Derechos de las Contratantes" de la Ley N° 2.051/2.003 de Contrataciones Públicas y habiéndose dado cumplimiento al procedimiento detallado en el Art. 59 del mismo cuerpo legal, la Dirección General de Asuntos Legal, recomienda:

- La emisión de la resolución por la cual se rescinda administrativa del **Contrato Abierto N° 49/2.015** que hace referencia al proceso de **Contratación Directa N° 20/2.015 "Servicio Gastronómico y de Catering" – Plurianual – ID N° 298.179**, en virtud a la causal prevista en el Inciso a) del Art. 59 de la Ley N° 2051/2003 de Contrataciones Públicas.

- Una vez formalizado dicho acto administrativo, se sugiere comunicar acerca de los términos del mismo a la Empresa KL SERVICIOS VARIOS de Benita Yegros, así como también a la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas.

Es dictamen de la Dirección General de Asuntos Legales.

ABOG. MIGUEL ANTONIO ZÁRATE
Director de Asuntos Administrativos
Dirección General de Asuntos Legales

Abog. JUAN VICENTE [illegible]
Director General
Dirección General de Asuntos Legales

Abog. ELMAR DEGGELLER HORN
Director Adjunto
Dirección General de Asuntos Legale