Asunción, 28 de agosto de 2020

DAAF/CC Nº 69/2020

Señor
JUAN S. VALLENA V., Encargado de la Atención del Despacho (RI N° 58/2020)
Dirección de Apoyo y de Administración y Finanzas
Presente

Me dirijo a usted, con relación al Contrato **MH-SET Nº 48/2019** denominado *"Ampliación y Actualización de Plataforma de Business Intelligence y Adquisición de Solución de Bigdata para la Subsecretaría de Estado de Tributación del Ministerio de Hacienda"*, celebrado con la firma **EXCELSIS S.A.C.I.G.**, en el marco de la Licitación Pública Nacional (SBE) Nº 16/2019 – ID N° 360.698.

Al respecto, se trae a colación el Expediente Nº 20203012413, por medio del cual la empresa EXCELSIS S.A.C.I.G., en su nota de fecha 27 de julio de 2020; la misma peticiona: "*... solicitar la prórroga de 60 días en los plazos de entrega para la implementación de los casos 1 y 2 que corresponde a la Fase 2, debido a que la planificación se vio afectada en el marco de las reglamentaciones y disposiciones impuestas por el Ministerio de Salud y el Gobierno Nacional relacionadas al COVID-19, que está azotando nuestro país y el mundo*".

De manera a un análisis más pormenorizado de lo actuado con referencia a estos trámites, es pertinente realizar un breve recuento de las normativas que afectan al caso, de las documentaciones obrantes en autos y opiniones emitidas al respecto:

Es pertinente traer a colación lo preceptuado por el Art. 63 de la Ley 2051/03, que dice: "*Las Unidades Operativas de Contratación (UOC) podrán, dentro de su presupuesto aprobado y disponible, bajo su responsabilidad y por razones fundadas y explícitas, acordar el incremento en la cantidad de bienes solicitados mediante modificaciones a sus contratos vigentes, dentro de los doce meses posteriores a su firma, siempre que el monto total de las modificaciones no rebase, en conjunto, el veinte por ciento del monto o cantidad de los conceptos y volúmenes establecidos originalmente en los mismos y el precio unitario de los bienes sea igual al pactado originalmente, pudiéndose aplicar los ajustes de precios de conformidad con las fórmulas establecidas en los pliegos concursales respectivos. Tratándose de contratos en los que se incluyan bienes o servicios de diferentes características, el porcentaje se aplicará para cada partida o concepto de los bienes o servicios de que se trate. Cualquier modificación a los contratos deberá formalizarse por escrito por parte de las contratantes y los instrumentos legales respectivos serán suscritos por el funcionario o empleado público que lo haya hecho en el contrato original o quien lo sustituya o esté facultado para ello. Queda prohibido realizar modificaciones contractuales que se refieran a precios, anticipos, pagos progresivos, especificaciones y, en general, cualquier cambio que implique otorgar condiciones más ventajosas a un proveedor comparadas con las establecidas originalmente. No podrá utilizarse el procedimiento descrito en este artículo, cuando el monto total supere los umbrales fijados para el llamado a licitación pública*".

De lo trascripto se puede observar, que la normativa en materia de Compras Gubernamentales es clara al establecer que toda modificación que busque de manera genera o de otra índole, solo dispone que sea efectuada, durante su vigencia, por escrito por parte de las contratantes, representadas por las personas que tengan dicha potestad, que no conlleven condiciones más ventajosas para el proveedor.

El Decreto N° 2992/2019 que reglamenta la Ley N° 2051/2003 "De Contrataciones Públicas y su modificatoria la Ley N° 3439/2007", en su Artículo 96 establece cuanto sigue: "*Convenios modificatorios en adquisiciones, locaciones y servicios. Los convenios modificatorios en adquisiciones, locaciones y servicios se sujetarán a lo dispuesto en la reglamentación establecida por la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP).- La restricción de realizar convenios modificatorios dentro de los doce (12) meses posteriores a la firma del contrato, se refiere únicamente a los contratos de provisión de bienes cuando se requiera el incremento de la cantidad requerida, pudiéndose realizar las demás modificaciones permitidas en la Ley, siempre que el contrato se encuentre vigente*". Asimismo, el Artículo 97 de la citada normativa, estipula lo siguiente: *"Prórroga. Cuando por caso fortuito o fuerza mayor debidamente documentado, se haya producido la imposibilidad temporal de ejecutar las obras, los días no trabajados no se computarán dentro del plazo de ejecución y serán consideradas prórrogas.* (los subrayados son nuestros).

Sobre el particular, el Administrador del Contrato se ha expedido en los términos de la Nota DTIC N° 37/2020, que en su parte pertinente expresa lo siguiente: " ... esta dependencia técnica considera necesario la ampliación de los plazos solicitados, atendiendo a que por las consabidas circunstancias de la pandemia, los trabajos presenciales se minimizaron totalmente y las tareas en el marco del presente proyecto se están realizando preferentemente en forma remota. (...) Considerando los plazos de prórroga solicitados, sugerimos que el ítem 3 del proyecto, quede conforme a la siguiente propuesta:

FASE 2 – ADQUISICIÓN DE SOLUCIÓN BIGDATA					
Ítem	**Descripción**	**Plazos**	**Desde**	**Hasta**	**Conformidad**
3	Actualización y/o Soporte Técnico de Licencia de Base de Datos				
3.1	Servicios necesarios para la implementación del primer caso de uso	210	04/05/2020	30/11/2020	
3.2	Servicios necesarios para la implementación del segundo caso de uso	330	04/05/2020	30/03/2021	
3.3	Servicios necesarios para la implementación del tercer caso de uso	330	04/05/2020	30/03/2021	
3.4	Servicios necesarios para la implementación del cuarto caso de uso	360	04/05/2020	29/04/2021	

"Finalmente, considerando que el avance de la pandemia todavía resulta incierto en cuanto a su impacto y las decisiones que hacen referencia a la misma se van tomando conforme lo Decreta el Gobierno Nacional, creemos conveniente que la implementación de los Casos de Uso referenciados para esta etapa del proyecto, quede sujeto a mas ampliaciones de plazos, en caso de que sea requerido".

MINISTERIO DE HACIENDA Sub-Secretaría de Estado de Tributación Dirección de Administración y Finanzas Departamento de Compras

Con respecto a lo alegado por la Contratista, entendemos oportuno señalar lo siguiente:

- Que el Poder Ejecutivo en uso de sus atribuciones constitucionales, promulgó el Decreto N° 3442/2020, en la cual ha dispuesto la implementación de acciones preventivas ante el riesgo de la expansión del covid-19;
- Que el Decreto N° 3456/2020, declaración de estado de Emergencia Sanitaria en todo el territorio Nacional, y dispone el aislamiento preventivo general por razones sanitarias.
- Que la Secretaría de la Función Pública, aprobó el protocolo de aplicación de medidas preventivas ante el riesgo de expansión del covid-19, a través de la Resolución N° 146/2020.
- Que el Protocolo de Medidas Preventivas ante el riesgo del nuevo coronavirus en el ámbito laboral del Sector Público, dispone en el numeral 4 las acciones de prevención y control que deberán adoptar los Organismos y Entidades del Estado; entre ellas, la facultad de la Máxima Autoridad Institucional, de establecer que los servidores públicos con funciones imprescindible deberán asistir a su lugar de trabajo; autorizar la exoneración de asistencia al lugar de trabajo.

En atención a las normativas señaladas en el párrafo anterior, la administración como medida de prevención exoneró la asistencia del funcionariado en general, permitiendo solo la asistencia de funcionarios con tareas imprescindible. Estas medidas fueron tomadas a partir del día 13 de marzo de 2020.

Asimismo, nos remitimos a la cláusula séptima del contrato de marras, y en la misma se estipula que el Lugar de Entrega de los Bienes y/o Servicios es en: "*Edificio SET – Tercer Piso – Dpto. de Operaciones*"; para los productos correspondiente al Ítem 3 – Servicios Necesarios para la Implementación del Primer y Segundo Caso de Uso.

Como se podrá apreciar, el lugar para el desarrollo de los "Servicios necesarios para la implementación del primer y segundo caso de uso", no se encontraba disponible debido a cese de actividades al que nos hemos visto afectado, por disposición del Gobierno Nacional.

Por tanto, nos encontramos bajo los supuestos eventos de fuerza mayor. En este sentido el Pliego de Bases y Condiciones, en la Condiciones Generales del Contrato, Cláusula 31, taxativamente dice lo siguiente:

31. Fuerza Mayor

31.1 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.

31.2 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 (los subrayados son nuestros).

En nuestra opinión técnica, y ante lo señalado precedentemente existen los elementos de fuerza mayor, por lo cual la prórroga del ajuste del cronograma de implementación de los servicios necesarios para la implementación del primer, segundo caso de uso se hace necesario.

Si bien, es importante resaltar que el hecho de prorrogar el plazo de entrega de los productos correspondiente a la Fase 2 – Adquisición de Solución Bigdat, Ítem 3 – Servicios necesarios para la implementación de casos de uso; trae consigo otras implicancias legales, pues recordemos que toda ejecución de contrato, por la propia ley que rige la materia, debe estar garantizada, por una Póliza de Seguro o Garantía Bancaria, de manera a proteger al Estado ante eventuales incumplimientos, al ampliarse la vigencia inicialmente pactado, indefectiblemente, debe ser adecuada la cláusula contractual relacionada a las formas y términos para garantizar el cumplimiento del contrato, de manera a adecuar la validez de la vigencia de la póliza inicialmente constituida, obligando por medio de las herramientas contractuales, la presentación del endoso. Por ende, la adenda del Contrato Abierto que nos ocupa, extiende la vigencia de ejecución contractual inicialmente contratada.

A instancia de la Dirección Nacional de Contrataciones (DNCP) de dar cumplimiento a lo establecido en la Ley N° 6355/2019 "Que Modifica los Artículos 1°, 3°, 4°, 7°, 13° y 21°, "Que Reglamenta el Artículo 104 de la Constitución Nacional, de la Declaración Jurada de Bienes y Rentas, Activos y Pasivos de los Funcionarios Públicos", y amplia las disposiciones de la Ley N° 205/03, sus Modificaciones y Normas Respaldatorias", se deberá prever la incorporación de una cláusula contractual adicional al citado contrato, de modo a dar cumplimiento a la normativa aludida precedentemente.

En base a lo precedentemente mencionado, y a la luz de todas las documentaciones emitidas por las áreas especializadas, esta Unidad Administrativa señala que de manera a dar cumplimiento a la adenda, se hace necesaria la modificación de la Cláusula Séptima: PLAZO, LUGAR, Y CONDICIONES DE LA PROVISIÓN DE LOS BIENES, ajustando los plazos correspondientes únicamente a la Fase 2 – Adquisición de Solución de Bigdata, ítem 3; la Cláusula Novena: FORMA Y TÉRMINOS PARA GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO, ajustando el texto del mismo a los nuevos términos; y la incorporación de la Cláusula Décimo Cuarta: CONSTANCIA DE PRESENTACIÓN DE DECLARACIÓN JURADA, estableciendo la obligatoriedad de la presentación de la constancia de presentación de la Declaración Jurada de bienes y rentas, activos y pasivos, ante la Contraloría General de la República, en el plazo de quince (15) días calendario posteriores a la finalización de la ejecución del contrato; quedando las demás cláusulas contractuales, no mencionadas sin modificación alguna.

Respetuosamente.

MINISTERIO DE HACIENDA
Sub-Secretaría de Estado de Tributación
Dirección de Apoyo y de Administración y Finanzas
Departamento de Control de Contratos

JOSÉ A. PERALTA G.
Jefe Interino
Dpto. de Control de Contratos