Dictamen DNCP/DJ N° 13287/20

DATOS DEL PROCEDIMIENTO

Procedimiento Jurídico:	Cierre Directo
Fecha de Dictamen:	2/11/2020
ID:	380809
Procedimiento de Contratación:	Licitación Pública Nacional
Modalidad Complementaria:	No Aplica
Nombre de la Licitación:	Adquisición de certificados de servicios ambientales
Entidad Convocante:	Petróleos Paraguayos (PETROPAR)
Denunciante:	Casos N°614/20 – 617/20 - Con protección de identidad
Tema General:	Pliego de Bases y Condiciones
Tema Específico:	EE.TT. limitativas, restrictivas o direccionadas

RESULTADO

1. Ordenar el cierre de las denuncias individualizadas como Casos N°614/20 y 617/20.
2. Aclaraciones a los denunciantes.
3. Comunicar a quienes corresponda.

CUESTIÓN CONTROVERTIDA

El denunciante del caso N°614/20 manifiesta que el Pliego de Bases y Condiciones establece requisitos limitantes en lo que respecta a los requisitos de participación y experiencia requerida. Sostiene que el llamado está siendo direccionado a empresas que cuentan con mayor movimiento de recursos financieros y que tuvieron mayor capacidad de venta en el PERIODO 2010 – 2020, discriminando de esa forma a las personas físicas y jurídicas poseedores de Certificados de servicios ambientales, que no cuentan con el volumen de capacidad exigida por ser pequeños y medianos poseedores.

Indica además que resulta llamativo que en el ítem B del "LISTADO DE SERVICIOS" de "ESPECIFICACIONES TECNICAS Y SUMINISTROS REQUERIDOS" establecido en el PBC, la convocante solicite exclusivamente de que las áreas certificadas sean de 4 ecorregiones excluyendo a las otras y a la región occidental de la República del Paraguay.

En ese sentido, solicita a la DNCP puedan presentarse al llamado, sin distinción, cualquier poseedor bajo cualquier modalidad y sin previos requisitos económicos, considerando que dichas especificaciones técnicas benefician únicamente a los grupos de capitales con mayor capacidad en detrimento de la mayoría de los poseedores de certificados de servicios ambientales.

En ese mismo tenor, el denunciante del caso N°617/20 manifiesta que el Pliego de Bases y Condiciones establece requisitos limitantes en lo que respecta a la capacidad financiera, la experiencia requerida y las especificaciones técnicas; limitando de manera la participación de más oferentes y en visible violación a los principios rectores de las Contrataciones públicas, por el cual solicita la anulación de dicho llamado y la revisión del pliego de bases y condiciones. -

Si bien la argumentaciones expuestas por los denunciantes hacen referencia a criterios puntuales de calificación, los mismos repercuten directamente en la capacidad de cumplimiento del requisito de los oferentes que tengan interés en participar, por lo tanto, **estos potenciales oferentes -que se encuentran interesados en participar- son los que cuentan con un interés legítimo de impugnar requisitos por los cuales se sientan agraviados, por considerarlos limitantes; y la vez éstos se vuelven coadyuvantes del Estado y se encuentran sometidos al deber de colaboración para que la entidad logre el fin del interés público que persigue**.

Por tanto, se ordena el cierre de los Casos N°614 y N°617, al constatarse un interés particular en la Convocatoria, y en razón a que la vía de impugnación no es la denuncia sino la protesta, de conformidad a lo establecido en el art. 142 del Decreto Nº2992/19.

DENUNCIA:

Denuncia recibida a través del sistema de gestión de denuncias con protección al denunciante en fecha 28 de octubre de 2020 individualizada como caso N°614/20, la cual expresa:

"Se presenta denuncia en contra de la LICITACION PUBLICA NACIONAL N°: 09/2020 "ADQUISICION DE CERTIFICADOS DE SERVICIOS AMBIENTALES" ID N°: 380.809. Sobre el ítem numero 8 sobre "EXPERENCIA REQUERIDA" de los "REQUISITOS DE PARTICIPACION Y CRITERIOS DE EVALUACION", evidentemente esta licitación está dirigida para empresas que tiene un mayor movimiento de recursos financieros y que tuvieron mayor capacidad de venta en los años 2010-2020; haciendo una discriminación hacia las personas físicas y jurídicas que son poseedores de Certificados de servicios ambientales que no cuentan con el volumen de capacidad exigida por ser pequeños y medianos poseedores, en este sentido empresa como Agropeco S.A. y Paico S.A., serán las más beneficiadas que se dedican a la actividad de la producción sojera, que con rara coincidencia el director de medio ambiente de Petropar el Ing. Regi Mereles, productor sojero y mucho Presidente de la Asociación de Productores de Soja.

Es más llamativo aun, cuando en el ítem B del "LISTADO DE SERVICIOS" de "ESPECIFICACIONES TECNICAS Y SUMINISTROS REQUERIDOS" habla de la exclusividad de que las áreas certificadas sean de 4 ecorregiones excluyendo a las otras y a la región occidental de la república del Paraguay.

Evidenciando claramente "LLAMADO SELECTIVO", requisitos que no figuran ni en convenios internacionales, ni en la Constitución Nacional, ni en la Ley N° 3001/06, ni es su decreto reglamentario N°10.247/07 y 11.202/13 y en ninguna otra resolución emitida por la SEAM hoy día MADES.

Este llamado deberá ser amplio e irrestricto como lo es el medio ambiente, solicitamos que se deje sin efectos estos artículos de la Licitación, que no se ha verificado en ninguna otra licitación pública teniendo en cuenta que el artículo 11 de la Ley N°3001/06 en ningún momento especifica la modalidad de compra de los servicios ambientales, solo exige la compra del Certificado de Servicios Ambientales.

Por lo cual solicitamos que esta licitación se realice por los mismos conductos que las licitaciones públicas pasadas, en donde se puedan presentare cualquier poseedor bajo cualquier modalidad y sin previo requisitos económicos y financieros que benefician como siempre a los grupos d capitales con mayor capacidad en detrimento de la mayoría de los poseedores de certificados de servicios ambientales."

Asimismo, la denuncia ingresada a través del sistema de gestión de denuncias con protección al denunciante en fecha 29 de octubre de 2020 individualizada como caso N°617/20, la cual expresa:

Me dirijo a usted en referencia a DENUNCIAR el proceso de ADQUISICION DE CERTIFICADOS DE SERVICIOS AMBIENTALES, ID de Licitación 380809, Etapa En Convocatoria (Abierta), Convocante Petróleos paraguayos (PETROPAR).

En el PBC de dicho llamado menciona lo siguiente:

7. Capacidad Financiera

Con el objetivo de calificar la situación financiera del oferente, se consideran los siguientes índices:

a) Para contribuyente de IRACIS.

Deberán cumplir con el siguiente parámetro:

a. Ratio de Liquidez: activo corriente / pasivo corriente

Deberá ser igual o mayor que 1, en promedio, en los últimos 2 años (2018 y 2019).

b. Endeudamiento: pasivo total / activo total

No deberá ser mayor a 0,80 en promedio, en los últimos 2 años (2018 y 2019).

c. Rentabilidad: Porcentaje de utilidad después de impuestos o perdida con respecto al Capital

El promedio en los últimos 2 años (2018 y 2019), no deberá ser negativo.

b) Para contribuyentes de exclusivamente IRPC.

Deberán cumplir el siguiente parámetro:

Eficiencia: (Ingreso/Egreso).

Deberá ser igual o mayor que 1, el promedio, en los últimos 2 años (2018 y 2019).

c) Para contribuyentes de exclusivamente IRP

Deberán cumplir el siguiente parámetro:

Eficiencia: (Ingreso/Egreso).

Deberá ser igual o mayor que 1, el promedio, en los últimos 2 años (2018 y 2019).

d) Para contribuyentes de exclusivamente IVA General

Deberá cumplir el siguiente parámetro:

Eficiencia: (Ingreso/Egreso).

Deberá ser igual o mayor que 1, el promedio, en los últimos 2 años (2018 y 2019).

Observación: En Caso de Oferentes en Consorcio el Oferente Líder del Consorcio deberá cumplir con la capacidad financiera requerida.

7.1. Requisitos documentales para evaluar el presente criterio:

a) Balance General y Cuadro de Estado de Resultados según formato RG N.? 49/2014 emitida por la SET, debidamente firmados por el representante legal y contador de la empresa de los años 2018 y 2019 para contribuyentes de IRACIS.

b) IVA General de los últimos dos años 2018 y 2019, para contribuyentes solo del IVA General.

c) Formulario 106 de los últimos dos años 2018 y 2019 para contribuyentes solo del IRPC.

d) Formulario 104 de los últimos dos años 2018 y 2019 para contribuyentes solo de Renta Personal.

Observación: En caso de oferentes en consorcio deberá presentar las documentaciones del oferente líder del consorcio.

Luego;

8. Experiencia Requerida

Con el objetivo de calificar la experiencia del oferente, se consideran los siguientes índices: Demostrar la experiencia en VENTAS DE CERTIFICADOS DE SERVICIOS AMBIENTALES, con contratos, con facturaciones de venta y/o recepciones finales por un monto equivalente al 50 % como mínimo del monto total ofertado en la presente licitación, de los: ULTIMOS DIEZ AÑOS

Luego;

Especificaciones Técnicas

NOTA 4: Los certificados de servicios ambientales deberán ser de Áreas certificadas correspondientes exclusivamente a bosques y de una de las siguientes ecorregiones: Litoral Central, Ñeembucú, Selva Central y Alto Paraná

Con estas 3 exigencias la convocante está limitando de manera llamativa la participación a solamente 3 potenciales oferentes de un total de 77 Poseedores de Certificados de Servicios Ambientales en toda la República del Paraguay. Es sabido que la naturaleza del servicio a ser ofertado es totalmente diferente a cualquier otro bien o servicios que sea adquirido por el estado por lo cual resultan prácticamente ridículas algunas exigencias. El Ministerio del Ambiente y Desarrollo Sostenible en sus Leyes, Decretos y Resoluciones vinculantes a los Certificados de Servicios Ambientales habilita a todas las áreas certificadas a poder participar de un llamado de esta naturaleza, partiendo de la base que este Ministerio es el ente regulador y el ente que exige el complimiento de la adquisición es dicho ministerio, podríamos presumir que dichas exigencias fueron impuestas en este PBC solo con el fin de limitar la libre competencia de potenciales oferentes legítimos.

La vigente Constitución Nacional de 1992 de Paraguay establece lo siguiente:

CAPITULO III DE LA IGUALDAD. Artículo 46. De la igualdad de las personas. "Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado remover los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien. (...)". Y en el Artículo 47. De las garantías de la igualdad, está escrito que "El Estado garantizar la todos los habitantes de la Republica: ... 2) La igualdad ante las leyes".

Por otro lado, en el Capítulo IX, Sección I, De los Derechos Económicos, Articulo 107, De la libertad de concurrencia, se lee que "Toda persona tiene derecho a dedicarse a la actividad económica licita de su preferencia, dentro de un régimen de igualdad de oportunidades. Se garantiza la competencia en el mercado. No serán permitidas la creación de monopolios y el alza o la baja artificial de precios que traben la libre concurrencia. (...)".

LA MISMA CONSTITUCION NACIONAL LO ESTABLECE. Así mismo, en el Artículo 108, De la libre circulación de productos, se establece que "Los bienes de producción o fabricación nacional, y los de procedencia extranjera introducidos legalmente, circularan libremente dentro del territorio de la República".

Además, en el Capítulo VI, De la Política Económica del Estado, Sección I. Del Desarrollo Nacional, Articulo 176, De la política económica y de la promoción del desarrollo, se lee que "La política económica tendrá como fines, fundamentalmente, la promoción del desarrollo económico, social y cultural". Y finaliza con que "El Estado promover el desarrollo económico mediante la utilización racional de los recursos disponibles, con el objeto de impulsar un crecimiento ordenado y sostenido de la economía, de crear nuevas fuentes de trabajo y de riqueza, de acrecentar el patrimonio nacional y de asegurar el bienestar de la población (...)".

De modo que está claramente establecido en la Carta Magna que la libre competencia o libre concurrencia en igualdad ante la ley es primacía absoluta en el ordenamiento jurídico del país. Las leyes específicas se vuelven, obviamente, más concretas.

Por ejemplo, la Ley N°2.051/03. De Contrataciones Públicas establece en su artículo 4. Principios Generales, que "la actividad de contratación pública se regirá por los siguientes principios:

"a) Economía y Eficiencia: Garantizaran que los organismos, entidades y municipalidades se obliguen a planificar y programar sus requerimientos de contratación, de modo que las necesidades públicas se satisfagan con la oportunidad, la calidad y el costo que aseguren al Estado Paraguayo las mejores condiciones, sujetándose a disposiciones de racionalidad, austeridad y disciplina presupuestaria.

"b) Igualdad y Libre Competencia: Permitirán que todo potencial proveedor o contratista que tenga la solvencia técnica, económica y legal necesaria, y que cumpla con los requisitos establecidos en esta ley, en su reglamento, en las bases o pliegos de requisitos y en las demás disposiciones administrativas, está en posibilidad de participar sin restricción y en igualdad de oportunidades en los procedimientos de contratación pública.

CONSIDERANDO ESTOS PUNTOS Y ADEMAS QUE LAS AREAS "SELECCIONADAS" POR EL OFERENTE SIN CRITERIO TECNICO ALGUNO SON LAS AREAS MAS CARAS EN CUANTO A SU PRECIO UNITARIO ACORDE LA RESOLUCION la N°1093 de la entonces Secretaría del Ambiente del año 2013 atentando abiertamente contra el inciso A del artículo 4to de la Ley de Contrataciones Públicas. ADEMAS EL LICITANTE BRINDA RESPUESTAS INCONCLUSAS, SIN SENTIDO Y A ÚLTIMA HORA A LAS CONSULTAS REALIZADAS.

POR LA VIOLACIÓN A LA LEY DE IGUALDAD Y LIBRE COMPETENCIA Y POR ATENTAR CONTRA EL ARTÍCULO 4TO DE LA LEY 2051/03 SOLICITO LA ANULACIÓN DE DICHO LLAMADO Y REVISIÓN POR COMPLETO DEL PLIEGO. QUE SEA JUSTICIA.

ACUMULACIÓN DE CASOS:

No aplica

ANTECEDENTES/PEDIDOS DE INFORME:

No aplica.

NOTIFICACIONES:

No aplica.

CONTESTACIONES:

No aplica.

ANÁLISIS:

El denunciante del caso N°614/20 manifiesta que el Pliego de Bases y Condiciones establece requisitos limitantes en lo que respecta a los requisitos de participación y experiencia requerida. Sostiene que el llamado está siendo direccionado a empresas que cuentan con mayor movimiento de recursos financieros y que tuvieron mayor capacidad de venta en el PERIODO 2010 – 2020, discriminando de esa forma a las personas físicas y jurídicas poseedores de Certificados de servicios ambientales, que no cuentan con el volumen de capacidad exigida por ser pequeños y medianos poseedores.

Indica, además que resulta llamativo que en el ítem B del "LISTADO DE SERVICIOS" de "ESPECIFICACIONES TECNICAS Y SUMINISTROS REQUERIDOS" establecido en el PBC, la Convocante solicite exclusivamente que las áreas certificadas sean de 4 ecorregiones excluyendo a las otras y a la región occidental de la República del Paraguay.

En ese sentido solicita a la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, puedan presentarse al llamado, sin distinción, cualquier poseedor bajo cualquier modalidad y sin previos requisitos económicos, considerando que dichos requerimientos benefician únicamente a los grupos de capitales con mayor capacidad en detrimento de la mayoría de los poseedores de certificados de servicios ambientales.

En ese mismo tener, el denunciante del caso N°617/20 manifiesta que el Pliego de Bases y Condiciones Establece requisitos limitantes en lo que respecta a la capacidad financiera, la experiencia requerida y las especificaciones técnicas; limitando de manera la participación de más oferentes y en visible violación a los principios rectores de las Contrataciones públicas, por el cual solicita la anulación de dicho llamado y la revisión del pliego de bases y condiciones.

Que, de los datos visualizados en el Portal de Contrataciones Públicas en el llamado de referencia se observa que se han realizado varias consultas, de las cuales la consulta N°3 en el mismo tenor de las denuncias expresa: "*Consultamos sobre la posibilidad de anular el requisito de Experiencia requerida: a. Copias autenticadas de contratos y/o facturaciones y/o recepciones finales emitidas dentro del periodo comprendido entre los años 2010 y 2020. Consideramos que el mismo no resulta técnicamente indispensable y con ello se limitan las posibilidades de concurrencia a eventuales proveedores*."

La convocante en ese sentido, ha respondido que: "*Si bien la Ley 3001 DE VALORACION Y RETRIBUCION DE LOS CERTIFICADOS DE SERVICIOS AMBIENTALES está vigente desde el año 2.006 y las primeras transacciones de Certificados de Servicios Ambientales se produjeron desde el año 2014, el rango se estableció para que el potencial oferente pueda demostrar su experiencia dentro del periodo comprendido en los años (2010 al 2020). Podrá presentarse la cantidad que fuere necesaria para acreditar el volumen o monto solicitado, siempre que hayan sido emitidas dentro del periodo comprendido entre los años 2010 al año 2020. Dicho requisito también forma parte del PBC estándar aprobado por la DNCP*."

Además, la consulta N°4 indica -también en el mismo tenor de la primera denuncia-: "*¿Cuáles serían los criterios técnicos para limitar la participación a solo 4 ecorregiones? Cabe destacar que dicho requisito va en forma contraria a las disposiciones vigentes actualmente, dictaminadas por el ente rector de los Servicios Ambientales el Ministerio del Ambiente y Desarrollo Sostenible*."

A lo que, la Entidad Convocante responde: "*Se ha otorgado prioridad a las Ecorregiones pertenecientes a la Región Oriental, porque la ubicación física de la Empresa obligada se encuentra en Villa Elisa, Dpto. Central. El comprador optar por elegir el tipo de certificados a ser adquiridos. Entiéndase que el bosque tiene mayor sustentabilidad ambiental para el secuestro de CO2*."

Conforme se observa, las argumentaciones expuestas por los denunciantes hacen referencia a criterios puntuales de calificación, los cuales repercuten directamente en la capacidad de cumplimiento del requisito de los oferentes que tengan interés en participar, por lo tanto, **son estos potenciales oferentes - que se encuentran interesados en participar - , los que cuentan con un interés legítimo de impugnar requisitos por los cuales se sientan agraviados, por considerarlos limitantes; y la vez éstos se vuelven coadyuvantes del Estado y se encuentran sometidos al deber de colaboración para que la Entidad logre el fin del interés público que persigue**.

Resulta importante aclarar a los denunciantes que en caso de disconformidad respecto a alguna condición o requerimiento del PBC por considerarla restrictiva o limitante cuenta con el mecanismo de impugnación de la **PROTESTA** previsto en la normativa, al que deben recurrir las partes si es que consideran que se ha vulnerado los derechos de los oferentes en el proceso de contratación o que se han lesionado sus derechos como oferente en el proceso de contratación.

Cabe destacar que, la **protesta** es un mecanismo de impugnación regulado en los Art. 79 y 80 de la Ley 2051. Asimismo, es reglamentado por el **Decreto N°2992/19** ***"POR EL CUAL SE REGLAMENTA LA LEY N°2051/2003 'DE CONTRATACIONES PÚBLICAS' Y SU MODIFICATORIA LA LEY N°3439/2007"*****,** *ART. 129° De la forma en cuanto a la presentación de protesta y denuncias.*

Así también, se señala que se encuentra vigente la **Resolución DNCP N°572/20** ***"POR EL CUAL SE ABROGAN LA RESOLUCIÓN DNCP N°5702/19 Y SE REGLAMENTA LOS PROCEDIMIENTOS SUSTANCIADOS EN LA DIRECCION JURÍDICA DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS".***

Conforme a todo lo expuesto, indicamos que **el/los denunciante/s debe/n PROTESTAR CONTRA EL PLIEGO**, puesto que las bases de la convocatoria solo pueden ser modificadas de manera previa a la etapa citada. Atendiendo a la *"NATURALEZA CONTRACTUAL DE LOS PLIEGOS"* como conjunto normativo y regulador del relacionamiento entre la Administración y el Adjudicado, necesariamente el PBC debe adquirir *"FIRMEZA JURÍDICA"* con respecto a los participantes y, especialmente con respecto al adjudicado.

> ***"…Los pliegos de las licitaciones o concursos públicos contienen un conjunto de prescripciones que comprenden desde reglas de procedimiento, requisitos técnicos y financieros de las ofertas y criterios de selección hasta cláusulas de naturaleza contractual que regirán la futura relación con el adjudicatario…"[1];***
>
> ***"…Antes de la publicidad de los pliegos -requerida normativamente- no operan efectos jurídicos directos en la esfera de los particulares interesados, por lo que permanecen como actos internos de la Administración. Pero una vez que han cobrado publicidad, los pliegos asumen una condición normativa o reglamentaria hasta el momento de la presentación de las ofertas… A partir de allí y hasta la adjudicación, los pliegos no pierden su carácter normativo o reglamentario, aunque bajo un régimen peculiar que, en principio, excluye la posibilidad de modificar las reglas de juego sobre las cuales los oferentes formularon sus propuestas…"[2]***.

Se constata, de los datos del portal de contrataciones públicas que la Entidad Convocante ha prorrogado mediante Adenda N°1 al PBC, la fecha para la presentación y apertura de sobres, quedando fijada para el día 09 de noviembre de 2020.

Por todo lo expuesto, en base a lo denunciado y al hecho que la denuncia no es el medio de impugnación pertinente dispuesto en la normativa para los casos de interés particular en la reformulación de las bases concursales, corresponde a esta Dirección Jurídica concluir en virtud de lo dispuesto en el Art. 142 del Decreto 2992/19: "*Las investigaciones sólo serán abiertas cuando, a criterio de la DNCP, sea constatada la existencia de méritos o elementos suficientes que indiquen que los hechos que lleguen a su conocimiento sean susceptibles de causar daños o perjuicios al Estado; y cuando la vía pertinente no sea la Protesta*", el cierre de los Casos N°614 y N°617, con la salvedad que de surgir reclamos puntuales actuaremos en el ámbito de nuestra competencia.

De conformidad al protocolo de aplicación de medidas preventivas ante el riesgo de expansión del coronavirus (covid-19) en los Organismos y Entidades del Estado[3] el presente dictamen ha sido emitido por medios remotos de comunicación.

Abg. MANUELA CRISTALDO
Dirección Jurídica – DNCP

Abg. MARIA EUGENIA OTAZO APONTE
Directora Jurídica – DNCP

[1] CASSAGNE, Juan Carlos. "EL CONTRATO ADMINISTRATIVO". Tercera Edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires – Argentina, Año: 2009, pág. 75.-
[2] Ob. cit. pág. 75 y 76.-
[3] Decreto N°3442 de fecha 9/03/2020, Resolución Secretaría de la Función Pública Nº146/2020.