Dictamen DNCP/DJ N° 11137/20

DATOS DEL PROCEDIMIENTO

Procedimiento Jurídico:	Cierre Directo
Fecha de Dictamen:	15/9/2020
ID:	381700
Procedimiento de Contratación:	Acuerdo Nacional
Modalidad Complementaria:	No Aplica
Nombre de la Licitación:	Convocatoria nacional para compra de biodiesel
Entidad Convocante:	Petróleos Paraguayos
Denunciante:	Caso N°537/20 – 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 la denuncia individualizada como Caso N°537/20.
2. Recomendar al denunciante que proteste contra el Pliego de Bases y Condiciones y sus adendas.
3. Comunicar a quienes corresponda.

CUESTIÓN CONTROVERTIDA

El denunciante manifiesta que el PBC contiene cláusulas abusivas y restrictivas, específicamente en lo referente a las Condiciones Generales - B. Suministros Requeridos - Punto N°20. "Garantías: instrumentación, plazos y ejecución", Punto 20.1. "Garantía de Mantenimiento de la oferta" y 20.2. "Porcentaje de Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato"; y los Puntos 16 y 17, modificados por la Adenda N°2.

Supone que los porcentajes de garantías y multas establecidas son irracionales, dejando en desventaja a las MIPYMES, transgrediendo el principio de igualdad de condiciones de los ofertantes y el principio de razonabilidad para la aplicación de las multas. Por lo cual solicita a la DNCP investigue los puntos señalados, modificando los requerimientos solicitados.

Si bien la argumentación expuesta por el denunciante hace 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**.

Se ordena el cierre del Caso N°537, 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. Así también, se señala al denunciante 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".

DENUNCIA:

Denuncia recibida a través del sistema de gestión de denuncias con protección al denunciante en fecha 19 de agosto de 2020.

Que, con respecto al llamado de la ***CONVOCATORIA NACIONAL N°01/2020 "COMPRA DE BIODIESEL PARA PETROPAR ID 381.700",*** cuyo Pliego de Bases y Condiciones, en su Tercera Versión, *se encuentra aprobada p*or Resolución DNCP N°2859 de fecha 13 de julio de 2020, venimos a presentar formal denuncia de la existencia de irregularidades, inconsistencias y contradicciones, en primer lugar, punto N°***20. "Garantías: instrumentación, plazos y ejecución" Punto 20.1. Garantía de Mantenimiento de la oferta* y 20.*2. "Porcentaje de Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato"; y los Puntos 16 y 17, de las CONDICIONES GENERALES, B. SUMINISTROS REQUERIDOS,*** puntos así mismo modificados por la Adenda N°2 de fecha 07/09/2020.

Que, los hechos a ser expuestos a continuación relacionados al documento administrativo señalado contradicen los habituales requerimientos para este tipo de llamado, constituyendo cláusulas abusivas que serán claramente parte del contrato en caso de adjudicación del proceso licitatorio de referencia.

Que, hacemos esta presentación en nuestro carácter general de interesados en el proceso licitatorio, de esta convocatoria nacional y en la cual varios de nuestros agremiados han sido invitados, y dado que en el carácter de productores del objeto del llamado tenemos un interés legítimo referido a los requerimientos formales, u otros resultados del proceso por la posible adjudicación.

HECHOS

Que, en fecha 24 de agosto de 2020, se ha publicado y llamado a través del Sistema de Información de Contrataciones Públicas (SICP), a la **CONVOCATORIA NACIONAL N°01/2020 "COMPRA DE BIODIESEL PARA PETROPAR" ID 381.700**, con fecha de presentación de las ofertas, al día 04 de Setiembre de 2020, luego prorrogada hasta el día 16 de septiembre de 2020, conforme a la Adenda N°2 de fecha 07 de Setiembre de 2020.

Teniendo en cuenta, que el Pliego de Bases y Condiciones con sus adendas modificatorias, son parte sustancial del llamado propuesto, en este caso por la convocante Petróleos Paraguayos (PETROPAR) y en consecuencia como interesados en participar del proceso licitatorio hemos analizado exhaustivamente el mismo, concluyendo que existen cláusulas abusivas en un posible contrato de adjudicación e incluso hasta con criterios que no califican dentro de una competencia en igualdad de condiciones.

El pliego de bases y condiciones y posteriores modificaciones brindan por un lado la posibilidad de presentar una **Garantía de cumplimiento de la oferta (punto #20)** en forma de declaración jurada, pero a la vez, en esta se debe indicar el monto en guaraníes, el cual es del 3% sobre monto total del llamado. *De igual forma, El* ***Porcentaje de Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato:*** *fue modificado al 5% del monto máximo del Contrato.*

Así también, en caso de no poder **proveer los insumos (punto #16)** o no pasar **la verificación de calidad (punto #17)**, se establecen 5 días de tiempo para realizar el pedido, así como una multa del 0,1% por cada día de retraso, pudiendo la acumulación de tres pedidos fallidos consecutivos ser causal de rescisión del contrato, ejecutándose la garantía de fiel cumplimiento de contrato el cual es del 5% de monto adjudicado como se menciona más arriba.

Tal y como se encuentra redactado el pliego de bases y condiciones, al igual que las modificaciones en sus adendas, constituyen cláusulas que en todo momento van a castigar la oferta de las pequeñas y medianas empresas (PYMES)

quienes son y han sido proveedores de PETROPAR, desde el año 2015 hasta el presente, de forma ininterrumpida cumpliendo todos los parámetros de calidad solicitados por la convocante. Quebrantando así, el principio de igualdad que debe existir en todo proceso licitatorio.

Los citados requerimientos han sido ampliados de los usuales llamados en años anteriores, y a raíz de esta ampliación, y ante un flagrante detrimento de los intereses de las industrias productoras interesadas en participar, quienes nos hallamos amparados en la legislación que atañe a la producción de Biocombustibles, como se fundamenta en el cuerpo del presente escrito.

DERECHO

La **CONSTITUCION NACIONAL en su Artículo 47** ***"DE LAS GARANTIAS DE LA IGUALDAD",*** establece en sus incisos 1, 2 y 4, las garantías que el Estado Paraguayo brinda en cuanto al acceso a la justicia, entiéndase lo justo y que para ello se debieran de allanar los obstáculos que impidan el acceso a la justicia, así también brinda la garantía de la igualdad ante las leyes y la igualdad de oportunidades en la participación de los beneficios de la naturaleza, de los bienes materiales y de la cultura.

La ***Ley N°4956/2016 "DEFENSA DE LA COMPETENCIA"***, en consonancia con la Constitución Nacional mencionada precedentemente, tiene como espíritu defender y promover la libre competencia en los mercados, es así que en su **Art. 2** menciona *"Se prohíbe el abuso de posición dominante, así como todas las prácticas, conductas o recomendaciones individuales o concertadas que tengan por efecto u objeto, restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia existente o futura en el mercado relevante.".* Asimismo., dentro de lo que estipula la presente Ley creemos conveniente analizar que no se incurra en las faltas establecidas en el ***Capítulo II, "De los Acuerdos Prohibidos", Art, 8 "Acuerdos restrictivos de la competencia"****, especialmente en lo que contempla el inciso f) "Licitaciones colusorias".*

Prosiguiendo con la misma Ley del párrafo anterior, consideramos que el presente pedido de suspensión del proceso licitatorio se fundamenta preferentemente en evitar que se consume cuestiones citadas en el ***CAPITULO III "DE LAS CONDUCTAS ABUSIVAS", Artículo 9, inciso a) El abuso podrá consistir, en: 1. La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales, o de servicios no equitativos".***

El artículo 20 de la Ley 2051 dispone en su inc. g) cuanto sigue: **"... BASES O PLIEGOS DE REQUISITOS DE LA LICITACION PUBLICA y contendrán como mínimo lo siguiente inc. g) criterios claros y detallados para la evaluación de ofertas..."**.

Los citados artículos encuentran su fundamento el **PRINCIPIO DE IGUALDAD DE OFERENTES**, que rige a todas las licitaciones públicas. La igualdad exige que los oferentes tengan igualdad de posibilidades en la adjudicación del objeto del futuro contrato. Exige que todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo ofertas sobre bases idénticas. (Derecho Administrativo. Roberto Dromi. Pág. 504).

El autor Roberto Dromi, establece claramente como se traduce un trato igualitario, que resumidamente se tiente lo siguiente: 1) consideración de su oferta en competencia con la de los demás concurrentes; 2) respeto, dentro de lo posible, de los plazos establecidos para el desarrollo del procedimiento; 3) cumplimiento por parte de la Administración y de los participantes de las normas positivas que rigen el procedimiento de elección del contratista; 4) ***INALTERABILIDAD EN LO ESENCIAL DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES***: 5) (Derecho Administrativo. Roberto Dromi. Pág. 504)

El conocido autor, continúa explicando en cuanto al pliego lo siguiente: "*Los pliegos de condiciones, en suma, deben establecer reglas generales e impersonales que mantengan fielmente el principio de igualdad, lo cual no excluye que se establezcan otras preferencias a favor de determinadas categorías de oferentes. Tampoco pueden fijarse cláusulas determinantes de circunstancias subjetivas, ni señalar marcas de fábricas o rótulos comerciales preferenciales; así, el RCAN determina la revocación inmediata del procedimiento si se incluyen cláusulas cuyo cumplimiento sólo sea factible por determinado interesado, de modo que* ***ESTA DIRIGIDO A FAVORECER CIRCUNSTANCIAS PARTICULARES***. (Derecho Administrativo. Roberto Dromi. Pág. 504).

Por otro lado, en virtud del **principio de la RAZONABILIDAD** todo acto de la Administración debe encontrar su justificación en preceptos legales y en hechos, conductas y circunstancias que lo causen. Tiene que haber una relación lógica y proporcionada entre el consecuente y los antecedentes, entre el objeto y el fin. ***Por ello deben analizarse razonablemente las circunstancias de hecho y el derecho aplicable debiendo disponer medidas proporcionalmente adecuadas al fin perseguido por el orden jurídico.***

Por último, y para culminar la ponencia jurídica de la presentación, es importante transcribir un extracto del libro del Prof. Salvador Villagra Maffiodo, que dice sintéticamente: "**PREPARACION y ADOPCION DEL PLIEGO DE CONDICIONES**. El pliego de condiciones debe ser suficientemente preciso, no sólo para la identificación del objeto del futuro contrato sino también para hacer que las ofertas, al ser formuladas sobre las mismas condiciones, puedan ser comparables. Pero al mismo tiempo no deben ser ***tan extremadamente específicas o individualizadas las condiciones de suerte que sólo pueda cumplirlas algún ofertante determinado, que sería la forma de darle de entrada una posición privilegiada a este***." (Derecho Administrativo. Villagra Maffiodo. Pág. 228/229).

PRODUCTO BIODIESEL Y SU LEGISLACION PERTINENTE

La **Ley N°2748/2005 "DE FOMENTO A LOS BIOCOMBUSTIBLES"**, en su Artículo 4 declara de interés nacional la producción industrial y su materia prima agropecuaria y el uso de biocombustibles en el territorio nacional. Entre ellos al Biodiesel, que producen las empresas componentes de nuestro gremio, dentro de los criterios de sustentabilidad y sostenibilidad.

Asimismo, en el **Artículo 14** de la mencionada Ley, se establece que **"Al Poder Ejecutivo le queda prohibido el cobro** de tasas de inspección **o en cualquier otro concepto**, **a los productores de biocombustibles**, ni en su fase industrial, ni en la producción de materia prima, **ni en la fase comercial u otra.**

En concordancia y como complemento a la Ley N°2748/2005, se ha promulgado la **Ley N°6389/2019** ***"QUE ESTABLECE EL REGIMEN DE PROMOCION PARA LA ELABORACION SOSTENIBLE Y UTILIZACI?N OBLIGATORIA DEL BIOCOMBUSTIBLE APTO PARA LA UTILIZACION EN MOTORES DIESEL",*** en cuyo Artículo 6 faculta al Ministerio de Industria y Comercio a coordinar acciones con los demás organismos competentes del Poder Ejecutivo, a impulsar y promocionar la producción la comercialización y el uso del mencionado producto (Biodiesel) que comercializábamos a PETROPAR pero que con unos criterios nuevos en el Pliego de Bases y condiciones que no hacen a la calidad del producto se nos excluiría de la lista de oferentes y/o adjudicados.

En la misma **Ley N°6389/2019, en el Artículo 8, párrafo 3,** menciona claramente ***"En cumplimiento a las políticas de fomento para la competitividad de las Micro Pequeñas y Medianas Empresas (MIPYMES), establecidas en la Ley N° 4457/12 "PARA LAS MICRO, PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS (MIPYMES)", las mismas tendrán atención preferencial."*** Es importante mencionar en este punto, que las cláusulas que abordamos como sustento de la presentación no solamente nos habrían de excluir de la Licitación, sino que perjudicaría enormemente al segmento más

importante de la economía nacional que son las Mipymes, mucho más ante la situación apremiante y caótica que ha se ha sumado con la pandemia a nivel mundial del COVID 19.

Es menester mencionar, que los miembros de la BIOCAVE que profesamos la producción de Biodiesel de origen vegetal, no somos productores de la principal materia prima la cual es aceite de soja. Dependemos del resultado de la zafra de estos cultivos renovables, que pueden variar de acuerdo factores climáticos y al ser un ***commodity*** dependemos de la cotización en mercados bursátiles internacionales y así del tipo de cambio de la moneda dólar americano. Sin olvidar, otros insumos como metanol y soda caustican que no son producidos en nuestro país por ende son importados, teniendo las amenazas antes mencionadas, y lo que sumamos la problemática de la navegabilidad de nuestros cursos hídricos, por citar los factores más relevantes.

CONCLUSION

En conclusión, la convocante PETROPAR, requiere porcentajes de garantías y multas irracionales dejando en desventaja a las PYMES; aplicación de multas, sin considerar posibles contingencias. Por ello, rogamos a la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas investigue y actúe en consecuencia de los puntos señalados en la presentación que hacemos, modificando los requerimientos de la convocante, por quebrantar algunos de ellos, el principio de igualdad de los ofertantes y del principio de razonabilidad para la aplicación de las multas.

MEDIDA DE EMERGENCIA

Siendo inminente la apertura de ofertas (16/09/2020), y a los efectos de evitar perjuicios irreparables, solicito al Sr. Director Nacional se sirva ordenar, **EN CARACTER DE URGENCIA**, la **SUSPENSION DEL PROCESO LICITATORIO** de la **CONVOCATORIA NACIONAL N°01/2020 "COMPRA DE BIODIESEL PARA PETROPAR ID 381.700",** hasta tanto sean aclarados los puntos denunciados y cualesquiera otros que puedan surgir del análisis técnico que en una investigación administrativa que entendemos debe ordenarse.

PETITORIO

En base a las consideraciones de hecho y de derecho planteadas precedentemente, solicitamos, respetuosamente, cuanto sigue:

1. **Tener** por presentada esta denuncia formalmente planteada respecto del llamado de la **CONVOCATORIA NACIONAL N°01/2020 "COMPRA DE BIODIESEL PARA PETROPAR ID 381.700"** en los términos del escrito precedente.

2. Previo cumplimiento de los trámites de rigor, **ORDENAR LA MODIFICACION DEL PLIEGO DE BASES Y CONDICIONES EN LO PERTINENTE.**

PROVEER DE CONFORMIDAD y SERA JUSTICIA.

ACUMULACIÓN DE CASOS:

No aplica.

ANTECEDENTES/PEDIDOS DE INFORME:

No aplica.

NOTIFICACIONES:

No aplica.

CONTESTACIONES:

No aplica.

ANÁLISIS:

El denunciante manifiesta que el Pliego de Bases y Condiciones contiene cláusulas abusivas, específicamente en lo referente a las Condiciones Generales - B. Suministros Requeridos - Punto N°20. "Garantías: instrumentación, plazos y ejecución", Punto 20.1. "Garantía de Mantenimiento de la oferta" y 20.2. "Porcentaje de Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato"; y los Puntos 16 y 17, modificados por la Adenda N°2.

Supone que los porcentajes de garantías y multas establecidos son irracionales, dejando en desventaja a las MIPYMES, transgrediendo de esa manera el principio de igualdad de condiciones de los ofertantes y el principio de razonabilidad para la aplicación de las multas. Por lo cual solicita a la DNCP investigue los puntos señalados, modificando todos los requerimientos solicitados.

Si bien la argumentación expuesta por el denunciante hace 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, 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.

En ese sentido, resulta importante aclarar al denunciante 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 denunciante debe PROTESTAR CONTRA EL PLIEGO Y SUS ADENDAS**, 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].

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 y **el denunciante cuenta aún con plazo legal para efectuar formal protesta contra el pliego de bases y condiciones**, 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 del Caso N°537, 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.