

RES. 2046/19

**RESOLUCION ADOPTADA POR EL
TRIBUNAL DE CUENTAS**

EN SESION DE FECHA 21 DE AGOSTO DE 2019

(E. E. N° 2017-17-1-0004143, Ent. N° 3006/18)

VISTO: las actuaciones remitidas por el Banco Hipotecario del Uruguay relativas a la tramitación de los recursos administrativos de revocación y jerárquico interpuestos en el ámbito de la Licitación Abreviada Ampliada N° 16/2016 por Isbel S.A., contra la Resolución de fecha 1/6/17, dictada por el Área Administración;

RESULTANDO: 1) que luego de efectuada la publicación del llamado al acto de apertura de ofertas de fecha 20/12/16, se presentaron cuatro firmas: Conatel S.A., Telefax S.A., Bell Technologies S.A., e, Isbel S.A.;

2) que con fecha 20/12/16, se realizó informe por parte del Área Notarial, en el que se indicó que, efectuado el control del cumplimiento de las condiciones formales para la presentación de las ofertas, resultó que las cuatro empresas dieron cumplimiento a lo solicitado;

3) que el Departamento de Compras y Contrataciones con fecha 21/12/16, informó que, cumplido con los plazos estipulados por el artículo 65 del T.O.C.A.F., para salvar los defectos o carencias formales, debía pasar el expediente a la Comisión Asesora;

4) que de los obrados remitidos surge la existencia de informes técnicos relacionados con cada una de las ofertas presentadas, no luciendo quién los efectuó, siendo que en cada uno de ellos se expresa que *“se efectuaron varias observaciones a la propuesta que fueron planteadas de manera formal a la empresa y fueron contestadas en tiempo y forma”*;

5) que con fecha 7/2/17, la Comisión Asesora realizó informe, expresando que en el Pliego se indicaba la necesidad de incluir todos los antecedentes del oferente y la información técnica, manifestando que *si bien nada se dice respecto de los antecedentes en el informe elaborado por la empresa ITC S.A., se infiere que todas las empresas cumplieron con este ítem, en tanto surge que se analizaron las propuestas técnicas de todos los oferentes*, por lo que se remiten los obrados a la División Apoyo Logístico, para la apertura del sobre económico;

6) que se comunicó a los proponentes, vía correo electrónico, la fecha de la apertura del sobre económico, llevándose adelante la misma, el 20/2/17;

7) que el Departamento de Compras y Contrataciones realizó informe el 21/2/17, expresando que, cumplido con los plazos estipulados por el artículo 65 del T.O.C.A.F., para salvar los defectos o carencias formales, debía pasar el expediente a la Comisión Asesora;

8) que el 24/2/17, la Comisión Asesora de Adjudicaciones remitió las actuaciones al Departamento de Compras, a efectos de que se agregaran las observaciones presentadas por la empresa Conatel, *“las que deberán ser analizadas por la empresa ITC, encargada de la evaluación técnica de las ofertas”*;

9) que luce en las actuaciones remitidas, la existencia de un escrito presentado por la empresa Conatel S.A., (del que no surge fecha de recepción), en el que se efectúa observaciones sobre el análisis de las propuestas, concluyendo que las ofertas de las tres restantes oferentes no debieron pasar a la apertura del segundo sobre, y en el caso de Isbel, si no se considerara que tiene incumplimientos que invalidan su oferta, debería sumarse a su propuesta económica, por lo menos los montos de U\$S 36.460,62 (impuestos incluidos) en concepto de licencias de usuario SIP que faltan en su oferta y U\$S 47.701,15 (impuestos incluidos) en concepto del Scopia Elite MCU que no fue incluido en su oferta;

10) que posteriormente luce agregada al expediente nota de Bell Technologies S.A., en la que se expresan consideraciones sobre la oferta presentada;

11) que por correo electrónico de fecha 27/4/17, remitido desde una casilla de ANTEL, se le requirió a Isbel S.A. solicitud de aclaración sobre determinados aspectos técnicos, los que fueron contestados en recaudos cuya fecha de recepción no surge;

12) que con fecha 15/5/17, ITC S.A. realizó informe técnico, expresando las siguientes conclusiones:

12.1) inicialmente, de acuerdo a las fichas técnicas presentadas por Isbel, se infirió que se cotizaría una solución aceptable de acuerdo a los requisitos del Pliego de Condiciones, no obstante, dado el requerimiento de nueva información, se concluyó que la solución que presento Isbel no cumplió el Punto 2.3.6.

12.2) era pertinente la observación de Conatel que trata sobre la hora de técnico para servicio de operación, en tanto Isbel no detalla el costo por hora de la manera que se solicita en el Pliego, incumple el Punto 2.6.4 del mismo;

13) que la Comisión Asesora emitió su dictamen el 19/5/17, manifestando que:

13.1) de acuerdo a los informes de ITC S.A., no corresponde analizar la oferta de Isbel S.A., por lo que se realiza cuadro comparativo con las cotizaciones de las tres empresas que cumplieron con los requisitos técnicos establecidos en las bases del llamado, sugiriendo adjudicar a Conatel por menor precio comparativo;

14) que el Gerente de Administración, con fecha 1/6/17, invocando el ejercicio de atribuciones delegadas, dispuso adjudicar a Conatel S.A. por los montos de U\$S 236.400 (más IVA y \$ 1:271.506 (más IVA);

15) que con fecha 8/6/17, el Contador Delegado intervino el gasto, expresando que no existen apartamientos de las normas relativas a los procedimientos de compra;

16) que Isbel S.A. interpuso recursos administrativos de revocación y jerárquico el 22/6/17, reservándose la fundamentación para un momento posterior;

17) que el Directorio, por Resolución N° 0270/17 de fecha 31/8/17, confirmo el acto administrativo dictado, expresando las siguientes consideraciones:

17.1) se interpusieron los recursos el 22/6/17, y si bien no era necesaria la interposición del recurso jerárquico en tanto el acto de adjudicación dictado por el Área Administración se imputa al Directorio por la delegación invocada, se entenderá que los recursos administrativos fueron interpuestos hábilmente.

17.2) luego de que el Organismo le concediera acceso al expediente a Isbel S.A., esta solicitó además acceso a las propuestas técnicas presentadas por los oferentes así como a las consultas y sus respectivas respuestas realizadas por la consultora externa ITC.

17.3) el Banco dispuso dar acceso a las ofertas técnicas de los oferentes (con la sola excepción de los datos confidenciales), sin perjuicio de manifestar que respecto de las consultas y sus respectivas respuestas realizadas por ITC a los oferentes no era posible acceder a ello, en tanto dichos documentos no se encontraban en poder del BHU y no formaban parte del expediente administrativo.

17.4) posteriormente Isbel manifestó que no compartía la imposibilidad de dar vista de las consultas y sus respectivas respuestas realizadas por ITC y que no fundamentará sus recursos hasta tanto no sean entregadas.

17.5) se compartió el informe realizado por los Servicios Jurídicos y Notariales y en ese sentido se desestimaron los recursos interpuestos, entendiendo que la empresa recurrente ha tenido acceso a toda la información solicitada que se encontraba en poder de la Institución, no compartiendo su posición sobre las consultas y sus respectivas respuestas realizadas por la Consultora externa ITC.

17.6) en ese sentido, habiendo tenido un plazo suficiente para presentar los fundamentos de los recursos interpuestos, Isbel S.A. no lo ha hecho, lo que le

impide a la Institución conocer cuál sería la legitimidad del acto impugnado, todo lo que determina desestimar la vía recursiva promovida;

18) que ante el requerimiento efectuado por este Tribunal mediante Oficio N° 5600/17 de fecha 16/8/17, el Banco cursó las actuaciones llevadas a cabo, surgiendo de las mismas los siguientes obrados:

18.1) el recurrente solicitó acceso a la totalidad de las actuaciones en reiteradas ocasiones, con la finalidad de fundamentar los recursos administrativos interpuestos.

18.2) ante ello, se le confirió vista de los obrados, con excepción de las consultas y sus respectivas respuestas, realizadas por la Consultora externa ITC a los oferentes en relación a las ofertas técnicas presentadas, indicando que no se contaba con las mismas. Al respecto, en informe jurídico efectuado por el Dr. Andrés Achard con fecha 21/8/17, se esgrime que se trata de *“consultas planteadas por ITC en forma privada a los oferentes... están mencionadas en cada uno de los informes, donde se refiere a cuál fue la consulta y luego se manifiesta que de acuerdo a las respuestas todas se ajustaban a lo solicitado en el pliego...”*

18.3) asimismo, el Asesor manifestó que *“el BHU no cuenta (ni debería contar) con las consultas realizadas por ITC para elaborar informe que determinaba si los oferentes habían o no de pasar a la segunda etapa (sobre con la propuesta económica)...”*

19) que este Tribunal, con fecha 23/10/17, devolvió los obrados para mejor proveer, a efectos que el Organismo:

19.1) remitiera la totalidad de las actuaciones llevadas a cabo por ITC en el ámbito del procedimiento de contratación de referencia, debiendo surgir de las mismas, las consultas efectuadas por dicha Consultora a los oferentes y las respuestas obtenidas, debiendo indicar por qué razón dichas actuaciones no surgen del expediente licitatorio.

19.2) informara: **a)** cuál fue el alcance de la participación de ITC en el presente procedimiento de contratación, **b)** cuál es el sustento normativo en que se basa

la Administración para indicar que el BHU no cuenta (ni debería contar) con las consultas realizadas por ITC, y, **c)** si se le dio intervención de los recursos administrativos interpuestos a Conatel S.A.;

20) que la Administración remite informe, por el cual se esgrimen las consideraciones que se indican a continuación:

20.1) la consultora externa ITC fue contratada por el BHU para asistir técnicamente a la Comisión Asesora de Adjudicaciones, sobre el cumplimiento de los aspectos técnicos de las ofertas recibidas en el marco de la Licitación Abreviada Ampliada N° 16/2016.

20.2) existe ausencia de una norma legal o contractual que obligue a la consultora externa ITC a entregar al BHU todas las consultas que realizara a los oferentes en forma privada. En efecto, en tanto se trata de insumos utilizados por la consultora externa ITC para aconsejar técnicamente a la Comisión Asesora sobre el cumplimiento de los aspectos técnicos de las ofertas, no existía una obligación de entregarlos al BHU, por lo que permanecieron en su poder.

21.3) el objeto de las consultas y sus respuestas forman parte de los informes de ITC que se encuentran agregados al expediente, y fue en base a esas respuestas que ITC analizó los cuestionamientos realizados, teniéndolos por cumplidos o no.

21.4) en relación a la empresa Conatel S.A., no tuvo intervención alguna.

21.5) una vez desestimado el recurso de revocación prestando por Isbel S.A. mediante Resolución de Directorio N° 0270/17 del 31/8/17, la empresa recurrente no promovió acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo;

CONSIDERANDO: 1) que según surge de la información cursada por la Administración, se contrató a la empresa ITC S.A. para realizar el Pliego de Condiciones y luego asistir técnicamente a la Comisión Asesora de Adjudicaciones;

2) que no surge quiénes específicamente participaron en la redacción del Pliego de Condiciones Particulares ni cuál fue el alcance de dicho obrar, lo cual resulta imprescindible a efectos de determinar el cumplimiento en el presente procedimiento, de lo preceptuado por el artículo 46 numeral 4 del T.O.C.A.F.;

3) que por otra parte, la Comisión Asesora tenía dentro de sus facultades la de recabar otros asesoramientos para producir su informe, en cuyo caso debía cumplir con lo preceptuado por el artículo 66 inciso 4° del T.O.C.A.F., extremo que en el presente caso no se cumplió;

4) que si bien es posible contratar asesoría externa por parte de las diversas Administraciones Públicas Estatales en los procedimientos de contratación, todas las comunicaciones que se efectúen por parte de los asesores externos con los proveedores deben constar en el expediente que se conforma, de acuerdo a las disposiciones de procedimiento administrativo aplicables;

5) que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 4 de la Ley N° 18.381, se presume pública toda información producida, obtenida, en poder o bajo control de los sujetos obligados, siendo que en el artículo 8 de la misma ley se establece que las excepciones a la información pública comprenden aquellas definidas como secretas por la ley y las que se definan como de carácter reservado y confidencial;

6) que en consecuencia, no resultan compatibles las manifestaciones esgrimidas por el Organismo respecto de que las comunicaciones de ITC S.A. con los oferentes consisten en consultas privadas, dado que nos encontramos ante un procedimiento de contratación pública regido por el principio de transparencia (artículo 149 literal H) del T.O.C.A.F.), y por tanto las consultas formuladas por los asesores externos, al no revestir el carácter de información secreta, reservada o confidencial, son de carácter público y deben ser conocidas por la totalidad de los oferentes,

7) que tratándose la temática abordada del tratamiento de información pública, corresponde poner en conocimiento los extremos referidos (Considerandos 4 a 6) a la Unidad de Acceso a la Información Pública (UAIP) dado sus competencias atribuidas normativamente;

8) que de acuerdo a lo expresado, asiste razón al oferente Isbel S.A., en lo referido a que debió tener acceso a la totalidad de los obrados al momento de fundamentar los recursos administrativos interpuestos para encontrarse en condiciones de ejercer sus derechos a cabalidad;

9) que por otra parte, no luce la fecha de recepción por parte de la Administración, de varios escritos presentados por diversos oferentes, lo que vulnera lo preceptuado por el artículo 25 del Decreto N° 500/991 (aplicable al BHU);

10) que según se desprende de los informes del Departamento de Compras y Contrataciones de fechas 21/12/16 y 21/2/17, se consideró por parte de la Administración que luego de la apertura de los sobres técnico y económico respectivamente (Resultandos 4 y 8), operaba en forma automática un plazo de dos días hábiles para los oferentes con el objeto de salvar defectos, carencias formales o errores evidentes o de escasa importancia al amparo del artículo 65 inciso 7° del T.O.C.A.F. En lo sucesivo el Organismo deberá tener presente que dicha norma establece una facultad de la Administración, y para que proceda debe ser ejercida en forma expresa por la misma, extremo que en la especie no ocurrió;

11) que si bien se indica que la Resolución de adjudicación fue dictada en ejercicio de atribuciones delegadas, no se manifiesta cuál es la correspondiente Resolución delegatoria, lo que es exigido por la normativa de procedimiento común a efectos de determinar cuál es el órgano delegante y por tanto, al que se le imputa el dictado del acto administrativo;

12) que conforme lo dispuesto en el artículo 153 del Decreto N° 500/991 (aplicable al BHU), cuando los recursos administrativos se interpusieren contra un acto administrativo declarativo o constitutivo de una

situación jurídica subjetiva, se debe dar intervención en los procedimientos al interesado en que el acto impugnado se mantenga, quien podrá comparecer en la misma forma que el recurrente, teniendo los mismos derechos que éste;

13) que en la especie, de acuerdo a la norma citada precedentemente, se debió conferir intervención a Conatel S.A., por ser el que resultó adjudicatario, en aras de tutelar los principios de debido proceso y contradicción que rigen en el procedimiento administrativo;

14) que tratándose las presentes actuaciones de un gasto que ya fue intervenido preventivamente por el Contador Delegado, corresponde poner en conocimiento el presente pronunciamiento a la Administración actuante a efectos que tenga en cuenta en lo sucesivo los aspectos indicados en los Considerandos precedentes, así como al Contador Delegado;

ATENTO: a lo dispuesto por el artículo 211 literal B) de la Constitución de la República;

EL TRIBUNAL ACUERDA

- 1)** Expedirse en los términos de los Considerandos precedentes;
- 2)** Comunicar al Contador Delegado;
- 3)** Comunicar a la Unidad de Acceso a la Información Pública (UAIP), a efectos que tome conocimiento de los aspectos indicados en los Considerandos 4 a 6;
- 4)** Devolver las actuaciones.

ag