

RES. 2553/19

**RESOLUCION ADOPTADA POR EL
TRIBUNAL DE CUENTAS**

EN SESION DE FECHA 23 DE OCTUBRE DE 2019

(E. E. N° 2019-17-1-0002609, ENT. N° 3845/19)

VISTO: las actuaciones remitidas por la Administración Nacional de Usinas y Transmisiones Eléctricas, relacionadas con la reiteración del gasto derivado de la Licitación Pública P50757 para la ejecución de obra civil y montaje electromecánico de Estación de Transformación 30/15 KV, ejecución de tendido de cable subterráneo Pan de Azúcar – Piriápolis y ejecución de cables subterráneos en Tacuarembó;

RESULTANDO: 1) que por Resolución G.G N° 032/19, el Gerente General, en ejercicio de atribuciones delegadas, y siguiendo la sugerencia de la Comisión Asesora de Adjudicaciones, dispuso adjudicar, ad referéndum de la intervención del Tribunal de Cuentas, las obras objeto de licitación, por un monto total de \$ 148.700.538,76, conforme el siguiente detalle:

1.1) Ítem 1: a Consorcio CIEMSA-PRODIE, por un monto total de \$ 67.116.002,69 que se compone de \$ 51.493.457,18 (impuestos incluidos) por concepto de montaje más imprevistos y cargas sociales, y \$ 15.622.545,51 (IVA incluido) por concepto de gastos de intereses de financiación;

1.2) Ítem 2: a UNIÓN ELÉCTRICA S.A, por un monto total de \$ 33.166.757,06, que se compone de \$ 25.794.043,89 (montaje, imprevistos, cargas sociales, previsión de gastos de intereses de financiación e impuestos incluidos) correspondientes al subitem 2.1, y \$ 7.372.693,17 (montaje, imprevistos, cargas sociales, previsión de gastos de intereses de financiación e impuestos incluidos) correspondientes al subitem 2.2;

1.3) Ítem 3: a MONTELECNOR S.A, por un monto total de \$ 48.417.779,01, que se compone de \$ 37.406.984,29 (montaje, imprevistos, cargas sociales, previsión de gastos de intereses de financiación e impuestos incluidos) correspondientes al subitem 3.1, y \$ 11.010.794,01 (montaje, imprevistos, cargas sociales, previsión de gastos de intereses de financiación e impuestos incluidos) correspondientes al subitem 3.2;

2) que este Tribunal, por Resolución 1504/19 de fecha 26/6/2019, observó el gasto en razón de que:

2.1) en los literales e), h) e i) del artículo 10.1 del Pliego que rigió el llamado, se establece el rechazo automático de las ofertas provenientes de oferentes que registren antecedentes negativos en el Registro de Sanciones Contractuales a Proveedores de la Gerencia de Abastecimiento de UTE, así como sanciones en el Registro de Proveedores de UTE por incumplimiento a la Ley de Tercerizaciones, así como el rechazo automático de las ofertas en aquellos casos en que se detecte vinculación entre la oferente y la empresa o personas sancionadas por incumplimiento a la ley referida. Dichas disposiciones contravienen el principio de concurrencia contenido en el artículo 149 literal B) del TOCAF, en tanto vedan la participación en el procedimiento a todos aquellos que registren sanciones en el Registro de Proveedores del Organismo, sin distinción de entidad de la sanción, siendo que las únicas causales que permiten inhabilitar a un oferente a participar del procedimiento son la suspensión y la eliminación del mismo como proveedor del Organismo conforme los artículos 17 e) y 18 del Decreto 155/013;

2.2) la Comisión Asesora solicitó a todos los oferentes que complementaran información” relacionada con: antecedentes del personal que será afectado a la obra (responsables técnicos, superintendentes, capataces), acreditación de experiencia, listado de horas/hombre, entrega de certificados ISO 9001-2008 y OHSAS 18001-2007, y para los Ítem 2 y 3, a la empresa Unión Eléctrica S.A (quien resultó adjudicataria del Ítem 2) y al Consorcio CIEMSA-Prodie, para que acreditaran la experiencia en ingeniería de proyecto, todo lo cual

comprende información que debió ser parte integrante de la oferta, según el artículo 6.2 del Volumen I del Pliego, lo que implicó un apartamiento del artículo 66 del TOCAF, en tanto la información requerida excede la potestad de solicitar “aclaración”, afectándose en definitiva el principio de igualdad referenciado en el artículo 149 literal B) del TOCAF; y

2.3) se comprometió el gasto sin disponibilidad presupuestal en el rubro de imputación, contraviniéndose el artículo 15 del TOCAF;

3) que el Directorio, por Resolución R 19-2316 de fecha 26/9/2019, reiteró el gasto aduciendo que:

3.1) con respecto a la observación referida al literal e) del artículo 10.1 del Pliego de Condiciones (Resultando 2.1), los antecedentes negativos a que refiere la disposición se encuentran establecidos por la Resolución R 09-591 del 28/5/2009 que aprobó el Registro de Sanciones Contractuales a Proveedores y el Reglamento para la Aplicación de Sanciones Contractuales, disponiendo que se incluyan en los Pliegos cláusulas que prevean las eventuales consecuencias negativas de los incumplimientos de proveedores, reglamentos que fueron publicados en la web de UTE y en el Diario Oficial, estando al alcance del conocimiento de los proveedores. Dichos reglamentos tienen fundamento en el Decreto N° 342/999 del Poder Ejecutivo, y su aplicación respeta los principios del debido proceso. La cláusula del Pliego en cuestión, no fue aplicada en el caso, y si algún oferente hubiese considerado que la misma le afectaba, tiene derecho a presentar los recursos correspondientes, lo que no sucedió;

3.2) con respecto a la observación referida a los literales h) e i) del artículo 10.1 del Pliego de Condiciones (Resultando 2.1), se alegó que su inclusión obedeció a preservar a la Administración de eventuales incumplimientos contractuales, excluyendo del procedimiento a oferentes sancionados. De todas maneras se aclara que los literales e) y h) fueron eliminados de los pliegos, y se modificó la redacción del literal i) que quedó redactado de la siguiente manera: *“En aquellos casos en que se detecte vinculación entre la empresa oferente y la*

empresa o personas sancionadas en RUPE (socios, directores o administradores) por incumplimientos a la Ley de Tercerizaciones". Asimismo la Administración expresa que los literales observados no fueron de aplicación en la Licitación de referencia;

3.3) con respecto a la observación referida en el Resultando 2.2, la Comisión Asesora consideró pertinente solicitar la información allí referida, y que por una diferencia de interpretación la solicitó al amparo del artículo 66 del TOCAF, cuando debió hacerlo por la vía del artículo 65. Asimismo, la solicitud efectuada tuvo por objetivo complementar información ya presentada por los oferentes, aunque de manera insuficiente, por lo que se privilegió el principio de materialidad y flexibilidad frente al formalismo, y así contar con información suficiente para formarse un juicio fundado. Al mismo tiempo, no se afectó el principio de igualdad, pues se dio idéntico plazo y computado desde el mismo momento a todos los oferentes;

3.4) respecto a la observación referida a la falta de disponibilidad, la Administración señala que los trabajos a ejecutar se encuentran en el marco de un proyecto de aumento en la capacidad de infraestructura, inversión que permite adecuar la red al crecimiento de la demanda, y cuya postergación implicaría sobrecostos y paralización del desarrollo productivo en zonas concretas;

CONSIDERANDO: 1) que con respecto a la observación realizada en el Resultando 2.1 de la presente, en materia de contratación administrativa rige el principio de concurrencia (artículo 149 literal B) del TOCAF), que constituye un principio general de actuación administrativa en la materia, a la vez que un criterio interpretativo para la resolución de cuestiones concretas que puedan presentarse en los procedimientos de contratación;

2) que en lo que respecta a sanciones a proveedores, su regulación se encuentra en el artículo 18 del Decreto N° 155/013 de fecha 21/05/13 que establece que *"las sanciones administrativas registrables en el RUPE que podrán aplicar los organismos contratantes, frente*

a infracciones cometidas por un proveedor, son las siguientes: a) advertencia; b) suspensión por el período y alcance que en cada caso se determine; y c) eliminación del infractor como proveedor del organismo sancionador. Las sanciones mencionadas se aplicarán sin perjuicio de aquellas establecidas en los contratos celebrados, en los pliegos de condiciones y demás estipulaciones que rigen cada contratación, las cuales también deberán registrarse en el RUPE. En todos los casos, la sanción deberá guardar relación con el monto del contrato, la entidad de la infracción y el perjuicio resultante para los intereses del Estado. Ninguna sanción podrá ser aplicada sin previa vista del interesado, para que pueda articular su defensa”, así como también en el artículo 46 del TOCAF, que impide contratar con el Estado a aquellos proveedores que estén suspendidos o eliminados del RUPE (numeral 2);

3) que las disposiciones contenidas en los literales e), h) e i) del artículo 10.1 del Pliego que rigió el llamado, implican una vulneración del principio de concurrencia en tanto impide participar del procedimiento a todos aquellos que registren sanciones en el Registro de Proveedores del Organismo, cualquiera sea la sanción registrada, ya que la cláusula no distingue según su entidad, lo cual implica, a su vez, el apartamiento de los principios de proporcionalidad y *non bis in ídem*, cardinales en el Derecho Administrativo Sancionador, por cuanto se pone en pie de igualdad a aquellos que registran sanciones leves con aquellos que registran las máximas sanciones, y se vuelve a castigar a los infractores vedándoles su participación en procedimientos de contratación;

4) que las únicas causales por las que se puede establecer que un oferente se encuentra inhabilitado para participar en un procedimiento de contratación son la suspensión y la eliminación en el RUPE, por lo cual el registrar “*antecedentes negativos*” puede ser establecido en los Pliegos como un factor de evaluación, pero no como una causal que habilite el rechazo automático de la oferta;

5) que la circunstancia de que el artículo 10.1 del Pliego no haya sido aplicado en la licitación de referencia no enerva la causal de observación, pues dicho artículo desplegó todos sus efectos de forma previa a la apertura de ofertas, en tanto no pudo presentarse ningún oferente con “*antecedentes negativos*”;

6) que en lo que refiere a la observación referida en el Resultando 2.2, del estudio oportunamente realizado del procedimiento, surgió que no se solicitó la misma información a todos los oferentes, ya que a alguno de ellos se les solicitó complemento de información ya aportada, mientras que a otros se les solicitó agregar la información detallada en el Resultando 2.2, la cual estaba prevista en el Pliego como parte integrante de la oferta, y por tanto debió presentarse al momento de la apertura de la misma;

7) que a la Administración solo le está permitido otorgar un plazo para que el oferente salve errores evidentes, carencias formales o errores escasa importancia vía artículo 65 del TOCAF (que no fue utilizado en el procedimiento) o, vía artículo 66, solicitar aclaraciones de información ya aportada en la oportunidad correspondiente, pero ninguna de las referidas vías puede representar, bajo ningún concepto, una instancia de ampliación o aporte de información o documentación esencial que debió ser entregada por el oferente hasta la apertura de ofertas, y mucho menos puede implicar una instancia de modificación de oferta, cosa que excede los alcances estipulados por los artículos referidos, y vulnera los principios de igualdad de oferentes y de concurrencia referenciados en el artículo 149 del TOCAF;

8) que la información o documentación referida en el Resultando 2.2 debió ser entregada al momento de la apertura de ofertas, no admitiéndose su agregación posterior sin vulnerar el principio de igualdad, y su solicitud excede las potestades acordadas por los artículo 65 y 66 del TOCAF, las que no se salvan acudiendo a los principios de materialidad y flexibilidad frente al formalismo;

9) que en lo que refiere a la observación derivada de la falta de disponibilidad, los argumentos esgrimidos por la Administración no guardan relación con la causal de observación, por lo que la misma se mantendrá;

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

EL TRIBUNAL ACUERDA

- 1)** Mantener la observación formulada mediante Resolución N° 1504/19, adoptada en Sesión de fecha 26/6/2019;
- 2)** Dar cuenta a la Asamblea General; y
- 3)** Comunicar a la Administración actuante y al Contador Delegado.

CLC