

RES. 3182/19

**RESOLUCION ADOPTADA POR EL
TRIBUNAL DE CUENTAS**

EN SESION DE FECHA 18 DE DICIEMBRE DE 2019

(E. E. N° 2019-17-1-0002859, Ent. N° 4509/19)

VISTO: las actuaciones remitidas por la Intendencia de Montevideo relacionadas con la Compra Directa por Excepción N° 670/2017/2, para la adquisición de luminarias viales, suministro de un sistema de control inteligente, suministro de analizadores de redes y retiro e instalación de luminarias con destino al Departamento de Montevideo;

RESULTANDO: 1) que la Intendencia realizó la licitación pública número 590/16 con el mismo objeto, la cual acabó frustrada en razón de que ninguno de los oferentes había dado cumplimiento a los requerimientos del Pliego;

2) que la Intendencia decidió convocar a una nueva licitación pública con el mismo objeto, la que se identificó con el número 670/2017. El pliego que rigió ese procedimiento disponía que:

a) el objeto está compuesto por ocho ítems agrupados en dos formas de cotización, pudiendo los oferentes cotizar una u ambas formas según el siguiente detalle: cotización 1: 12.000 luminarias del ítem 1; cotización 2: luminarias de todos los tipos y para todos los ítems (deben cotizarse todos ellos);

b) los oferentes deberán presentar información técnica elaborada por ellos mismos a partir de insumos entregados por la Intendencia, ensayos y certificaciones para el conjunto de normas mencionadas en el Pliego para cada

modelo de luminaria, realizados por ellos mismos o por sus proveedores. Los ensayos y certificados para ser aceptados por la Intendencia, deben figurar con veredicto “positivo” en el Certificado de Veredicto emitido por la UNIT;

c) se prevé realizar primero un examen de admisibilidad y luego una evaluación de las ofertas, quedando esta segunda etapa dividida entre una valoración técnica (30 puntos) y una económica (70 puntos). La evaluación económica sólo se realizará previa verificación del cumplimiento de los requisitos técnicos previstos en los documentos de la licitación. Una vez obtenido los puntajes totales, la Comisión Evaluadora elevará un informe a la Comisión Supervisora de Contrataciones de la Intendencia, refiriendo el listado final de ponderación de las ofertas presentadas (suma de puntaje técnico y económico), tanto para la forma de cotización 1 como para la forma de cotización 2;

3) que al acto de apertura de dicha licitación, celebrado el 10/09/18 presentaron ofertas: Iluminación Disano S.A., Habilis S.A., Consorcio Peusa-Nórdica (en formación), Cablex S.A., Prodie S.A, CEI SRL, SACEEM S.A., Sonda Uruguay S.A. y Consorcio Microplus Uruguay;

4) que con la apertura del primer sobre se recabaron diversos informes técnicos de evaluación y luego se procedió a la apertura del segundo sobre con los oferentes precalificados;

5) que la Comisión Técnica Asesora concluyó que la oferta básica de Prodie obtuvo el mayor puntaje, lo cual fue compartido por la Comisión Supervisora de Contrataciones, poniendo de manifiesto las actuaciones al amparo de lo establecido en el artículo 67 del TOCAF;

6) que dentro del plazo previsto por la referida norma comparecieron por escrito: a) el Consorcio Peusa-Nórdica formulando observaciones a la oferta de Prodie y a la oferta de Habilis; b) Habilis formulando observaciones relativas a incumplimientos de la oferta de Prodie, entre los que incluye el haber presentado cuatro reportes de ensayo que cataloga como falsos, acompañando prueba documental al respecto. Cuestiona

además que se permitiera a la misma y a otros oferentes cumplir requisitos del pliego luego de la apertura de ofertas. Asimismo, afirma que Prodie presentó cálculos lumínicos que responden a productos diferentes de los ofrecidos. En el mismo escrito se denuncian incumplimientos del Consorcio Peusa-Nórdica;

7) que UNIT, por correo electrónico de fecha 29/11/18, informó que modificó los certificados de veredicto referidos a la oferta de Prodie S.A., cambiando de positivo a negativo, aduciendo que el informe de ensayo presentado por dicho oferente “no es reconocido como emitido por el laboratorio invocado” adjuntando comunicaciones electrónicas que lo acreditan;

8) que con fecha 19/12/18, se realizó un nuevo informe técnico, teniendo en cuenta las observaciones realizadas por los oferentes, que concluyó que ninguna de las ofertas dio cumplimiento a los requerimientos técnicos del Pliego y por lo tanto, todas son inadmisibles. La Comisión Supervisora de Contrataciones con fecha 21/12/18 compartió dicha conclusión y estimó que del informe anterior emerge que los certificados presentados por Prodie “son presuntamente falsos” y, en definitiva, sugirió declarar desierta (frustrada) la licitación;

9) que el Intendente, por Resolución N° 6072/2018 del 27/12/18, declaró desierta (frustrada) la Licitación 670/2017, indicando que se verificó que ninguna de las ofertas presentadas se ajustó a los requerimientos técnicos del Pliego y que, según los informes referidos, los certificados presentados por Prodie “son presuntamente falsos”;

10) que ante esta situación, la Gerencia de Compras, por Resolución N° 910/2018 del 31/12/18, dispuso recorrer el camino de la Compra Directa por Excepción, al amparo de lo previsto por el artículo 33), literal C), numeral 2) del TOCAF, invitándose a los oferentes de la licitación anterior y utilizando las mismas Bases del último procedimiento frustrado. El procedimiento de excepción se identificó con el número 670/2017/2;

11) que los interesados formularon diversas consultas y al acto de apertura del procedimiento de excepción, celebrado el 18/02/19, presentaron ofertas: Habilis S.A., Prodie S.A., CEI SRL, Sonda Uruguay S.A., Iluminación Disano S.A., PEUSA y SACEEM. En el acta, la empresa Habilis hizo mención a su nota de fecha 08/02/19 a que se hará referencia a continuación;

12) que Habilis S.A., en notas de fechas 08/02/19 y 22/02/19, solicitó que no se autorice a Prodie a participar de la Compra Directa por Excepción N° 670/2017/2, alegando que: a) Prodie presentó ensayos falsificados de las luminarias Kanglight y b) que Ningbo Kangyan Lighting Electrical Co.Ltd, proveedor de dicha empresa habría realizado una copia de los diseños de la luminaria de la empresa Ningbo Liaoyuan Lighting Group, que estaría protegida por una patente registrada, razón por la cual ésta última habría iniciado un juicio en el extranjero contra la primera firma mencionada. Se adjuntó a los escritos documentación probatoria de los hechos denunciados. Asimismo, Habilis sugirió a la Intendencia la realización de una investigación pormenorizada del asunto antes de seguir adelante con el procedimiento;

13) que la Unidad Técnica de Alumbrado Público, en informe de fecha 13/03/19, destacó que realizó un análisis técnico para las cotizaciones 1 y 2, en función de lo establecido en el Anexo 1 “Características Técnicas Luminarias v1, apartado 8.11.2. – Ensayos y Verificaciones” que implicó el examen de los requisitos excluyentes estableciendo los no cumplimientos, las pruebas de campo y las verificaciones en taller de las muestras. Con fecha 23/03/19, se realizó un segundo Informe técnico referente al ítem 4 de acuerdo a los parámetros establecidos en el Anexo 2 (SGLI) por parte de los integrantes de la Comisión Técnica Asesora pertenecientes a la Gerencia de Tecnología para ciudades inteligentes. Finalmente, con fecha 29/03/19, el Departamento de Recursos Financieros se expidió respecto de la capacidad económico - financiera de los oferentes. A partir de dichos informes,

se concluyó que Prodie S.A., CEI S.R.L., Sonda Uruguay S.A., SACEEM y Habilis S.A. cumplieron con los requisitos técnicos del Pliego, por lo que sus propuestas económicas podrán ser evaluadas;

14) que la Comisión Supervisora de Contrataciones, con fecha 01/04/19, asignó los puntajes técnicos finales para los oferentes habilitados para que sus respectivas propuestas económicas sean analizadas, es decir, aquellos habilitados para que sus sobres número 2 sean abiertos;

15) que Hábilis, por nota de fecha 05/04/19, presentó informe de comparación y opinión técnica de la empresa Jones & CIA de fecha 27/03/19, agentes de la propiedad intelectual, en la cual se establece que la luminaria modelo Taurus 36 y Taurus 80 ofertadas por Prodie es idéntica desde el punto de vista de la propiedad intelectual para un diseño industrial (ornamentalidad y apariencia), al producto NBDD – LED 209E de la empresa Ningbo Liaoyuan Lighting Group, “constituyéndose un plagio”. Asimismo, reclamó a la Intendencia un pronunciamiento respecto de la situación a Prodie S.A., conforme a lo planteado en escritos realizados anteriormente;

16) que con fecha 23/04/19 y como respuesta a una consulta de la Comisión Supervisora de Compras, la Comisión Técnica Asesora expresó que: **a)** Habilis, en el ítem 3 cotización 2 presentó un archivo Dialux 4.13 para la luminaria TECEO 2 80L XPG2 que tiene un índice de alumbramiento (TI) de 8 para el observador 2 y de 10 para el observador 1, con lo cual daría cumplimiento al TI de 10 exigido por el Pliego; **b)** el archivo de cálculo de iluminación, ítem 3 correspondiente a los Anexos del Pliego de Condiciones tiene los parámetros de diseño establecidos en el propio archivo. En ellos se indica que para el observador 1 la edad es de 23 años y para el observador 2 de 50 años; **c)** el archivo entregado por Hábilis (alternativas 1 y 2), toma a los dos observadores con la edad de 23 años, incumpliendo con lo requerido por el Pliego para el referido ítem; y **d)** del análisis del archivo presentado es posible determinar que el oferente editó el parámetro del

observador 2 para lograr los valores requeridos, siendo que si se cambia la edad del observador 2 por la solicitada en el Pliego, el reporte para el índice de alumbramiento pasa a tener un valor de 11. En definitiva, concluyó que el oferente modificó los parámetros de diseño para alterar los resultados luminotécnicos;

17) que la Unidad Asesoría Jurídica, en informe de fecha 02/05/19, indicó que hasta tanto no se realice el procedimiento administrativo necesario que permita concluir eventualmente con la imposición de una sanción a Prodie, dicha empresa se encontraría en condiciones tanto para presentar ofertas como para poder contratar con el Estado. Sin perjuicio de ello, advirtió que sería conveniente realizar un análisis de los antecedentes denunciados a efectos de su eventual remisión a la justicia penal;

18) que la Comisión Técnica Asesora, con fecha 07/05/19, no tuvo en cuenta los argumentos de Habilis y recomendó habilitar para la apertura del sobre N° 2 (propuesta económica) a los oferentes Prodie, CEI y Sonda, asignándoles el siguiente puntaje: Cotización 1: Prodie (oferta básica) 96 puntos, CEI (oferta básica) 80,4 puntos, Sonda (oferta básica) 89,6 puntos; Cotización 2: Prodie (oferta básica) 90,7 puntos, Prodie (oferta alternativa) 90,7 puntos, Sonda (oferta básica) 91,4 puntos, Sonda (oferta alternativa 2) 92,3 puntos;

19) que la Comisión Supervisora de Contrataciones, el 14/05/19, expresó que se comparten las conclusiones del informe de la Comisión Técnica Asesora y recomendó habilitar la apertura del sobre 2 de los oferentes indicados en el mismo, descartando las ofertas de Habilis para ambas cotizaciones. Se fundamentó la exclusión de Habilis en que, en función de su proceder respecto al ítem 3 cotización 2, la firma “carece de la confianza necesaria para contratar con la Intendencia de Montevideo”. Dicho dictamen fue impugnado por Habilis, mediante la interposición de recursos de reposición y apelación, cuyos fundamentos se difirieron;

20) que con fecha 15/05/19 se realizó la apertura del sobre N° 2 de aquellos oferentes habilitados por la Comisión Supervisora de Contrataciones, Prodie S.A, CEI S.R.L. y SONDA URUGUAY S.A.;

21) que con fecha 20/05/19 en el trámite jurídico referido a lo denunciado por Habilis S.A, se confirió vista de las actuaciones a Prodie S.A: por un plazo de 5 días, ante lo cual la firma evacuó la misma en tiempo y forma, expresando que: **a)** las denuncias en su contra tienen como única finalidad desacreditar al oferente que presentó la mejor oferta, tanto desde el punto de vista técnico como económico; **b)** las denuncias son formalmente improcedentes y en cuanto al fondo, en sustancia, se tratan de imputaciones absolutamente injuriantes, ya que no se incurrió en incumplimiento o falta ni se cometió conducta alguna que amerite la disposición de medidas sancionatorias y menos aún, el reproche penal; **c)** Prodie cuenta con capacidad plena para presentarse a competir en procedimientos de contratación del Estado, ya que no vulnera lo dispuesto en el artículo 46 del TOCAF; **d)** se comparte en todos sus términos lo expresado por la Asesoría Jurídica; **e)** la denunciante refiere a hechos de un procedimiento ya culminado, en donde la Administración analizó en profundidad a los diversos oferentes, no existiendo elemento alguno que ameritara la puesta en conocimiento de otro Organismo o la aplicación de sanciones; y **f)** las notas presentadas por Habilis constituyen una burda maniobra difamatoria y agravante que ameritan una denuncia penal en su contra;

22) que la Comisión Supervisora de Contrataciones, con fecha 07/06/19, emitió un informe mediante el cual recomendó adjudicar a Prodie y puso de manifiesto las actuaciones en aplicación de lo preceptuado por el artículo 67 del TOCAF;

23) que Habilis, con fecha 14/06/19, evacuó la vista conferida manifestando que: **a)** no incurrió en “adulteración” de los parámetros lumínicos de diseño, sino que se trató de un error involuntario a partir de una

falla en el software, lo cual se acredita mediante un informe de la empresa Schreder; **b)** si se corrige el error y se coloca el valor requerido por la IM, en todos los escenarios de los restantes ítems, tanto de la oferta principal como de las ofertas alternativas, el resultado se encuentra dentro de los parámetros requeridos en el Pliego, no existiendo incumplimiento alguno; **c)** Prodie. presentó cuatro reportes de ensayo LM 79 – 08 que eran falsos, correspondientes a ensayos realizados por el laboratorio DEKRA de China para otras empresas, y no para los productos que ofreció Prodie S.A., extremo confirmado por UNIT. Y sin embargo ello no ameritó que se considerara que esa oferente careciera de la confianza necesaria; **d)** si bien Habilis no presentó oportunamente la planilla de cumplimiento punto a punto, ésta no formaba parte de los requisitos requeridos por el Pliego, se presentó junto a la oferta una carta de Teliot en la cual se manifestaba que la propuesta cumplía todos los requisitos solicitados en el Anexo 2 de las Bases. En función de ello, solicitó que se reevalúe la continuación de Habilis en la Compra Directa y que se descalifique a Prodie;

24) que Sonda Uruguay, con fecha 14/06/19, presentó escrito aduciendo que la Intendencia, en aplicación del principio de buena administración, no debería adjudicar el procedimiento sino que debería resolver sobre la investigación llevada a cabo contra PRODIE y, en caso de confirmar los hechos denunciados, sancionarla con la mayor severidad, lo que implicaría excluirla del procedimiento. De esta forma, solicitó a la Administración actuar en consecuencia;

25) que PEUSA, con fecha 14/06/19, al evacuar la vista expresó que siendo las bases de la compra directa idénticas a las de la Licitación 670/2017, y siendo su oferta en ambas con las mismas condiciones técnicas, no es coherente que en la primera no haya ameritado observación como la que se efectuó en la compra directa, la que además refiere a un aspecto puramente formal, relativo y confuso;

26) que la Unidad Asesoría Jurídica, por informe del 28/06/19, expresó que HÁBILIS no especificó quién concretamente habría realizado la falsificación y que PRODIE se limitó a negar los hechos, por lo que sería conveniente realizar un procedimiento en vía administrativa para analizar la conducta denunciada y que corresponde presentar denuncia ante la Fiscalía General de la Nación;

27) que ante ello, el Director de la División Asesoría Jurídica, en Resolución N° 257/19/5400 de fecha 09/07/19, indicó que, sin perjuicio de estimar que la documentación aportada por la denunciante HABILIS carece de los requisitos necesarios para acreditar fehacientemente los hechos invocados y la existencia de conducta “presuntamente delictiva” de PRODIE, resolvió encomendar a la Unidad Sumarios la realización de denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación a efectos de que se pronuncie sobre los hechos referidos . Más adelante en informe de 09/10/19 se da cuenta que la denuncia contra PRODIE se presentó ante la Fiscalía. (Constancia N° 9594568 fechada 22.8.2019);

28) que PRODIE, con fecha 30/07/19, presentó escrito en el cual realizó las siguientes consideraciones: **a)** sin perjuicio de lo sucedido en los procedimientos anteriores, PRODIE se presentó al presente procedimiento de excepción cumpliendo con cada uno de los requisitos establecidos en sus Bases y la Intendencia pudo corroborar los ensayos presentados y la calidad de las luminarias mediante sus propios procedimientos; **b)** la oferta más conveniente para la Administración tanto en calidad como en precio es la de PRODIE, tratándose además de una firma que cuenta con capacidad y habilidad para contratar con el Estado ya que no consta que haya sido suspendido ni eliminado en el RUPE; **c)** la denuncia formulada por el competidor HABILIS S.A es completamente infundada y deviene de una batalla comercial que ha entablado por todos los medios posibles, incluyendo noticias de prensa que distorsionan la realidad, situación

que ha motivado que PRODIE haya iniciado acciones penales contra dicho competidor; **d)** la legalidad del procedimiento y la situación de la empresa como oferente han quedado demostrados en los obrados y resultan refrenados en la consulta a la Catedrática Grado 5 que acompaña al escrito, por la cual solicitó a la Intendencia que prosiga el procedimiento disponiendo la adjudicación.

29) que la Dra. Cristina Vázquez, en la consulta adjuntada por PRODIE, expresó que: **a)** la firma dio cumplimiento a las exigencias registrales del Pliego y del Decreto 155/013 en la medida que se encontraba inscripto al momento de la apertura de su oferta tanto en RUPE como en el Registro de la Intendencia de Montevideo, sin condición de suspensión o eliminación que pudiera obstar a su participación en el procedimiento, y aun sin sanciones inscriptas en los mismos; **b)** PRODIE no se encuentra en ninguna de las situaciones enumeradas en el artículo 46 del TOCAF, por lo que, carece de impedimento alguno para ofertar o contratar con el Estado; **c)** solo se puede limitar derechos y restringir acciones de las personas por vía legal y por razones de interés general, con lo cual no es admisible una limitación del derecho a ofertar o contratar de PRODIE, invocando una incapacidad para contratar con el Estado, por la vía de una decisión administrativa particular y concreta en respuesta a una denuncia que no ha concluido en cualquiera de las situaciones de impedimento descriptas por Ley; **d)** en definitiva, PRODIE se encuentra en condiciones de ofertar y contratar en el marco del presente procedimiento;

30) que la Unidad Técnica de Alumbrado Público, con fecha 03/08/19, señaló que a su criterio HABILIS S.A. alteró manualmente el archivo digital a efectos de dar cumplimiento a los requisitos técnicos del Pliego, descartando la posibilidad de una falla o defecto de fórmula. Ante ello, la Unidad Asesoría Jurídica el 6.8.19 sugirió “radicar la denuncia de los hechos configurados ante la Fiscalía General de la Nación, lo cual fue dispuesto por el Director de la División Asesoría Jurídica, en Resolución 325/19/5400 del

12/8/19; En informe posterior del 09/10/19 se da cuenta que la denuncia se presentó a la Fiscalía; (constancia N° 9594568);

31) que la Intendencia, con fecha 19/08/19, planteó consulta vinculante a este Tribunal previo a adoptar resolución en el presente trámite de Compra Directa por excepción. Se acompañó a su vez consulta que fuera solicitada al Dr. Delpiazzo, en relación a dos puntos: a) Procedencia de recibir y en su caso adjudicar a la empresa PRODIE S.A. y b) Pertinencia de la descalificación de la empresa HABILIS S.A.. La consulta vinculante estaba referida a que los arts.65 y 76 del TOCAF no permiten excluir a ningún oferente original de los procesos anteriormente frustrados, y que el rechazo de la oferta de Habilis sería correcto por haber alterado uno de los requisitos del Pliego. El dictamen del Dr. Delpiazzo concluye en la regularidad jurídica de lo actuado por la Intendencia;

32) que este Tribunal, en Sesión de fecha 04/09/19, acordó devolver las actuaciones en el entendido que no correspondía evacuar la consulta porque implicaba incurrir en prejuzgamiento;

33) que la Comisión Técnica Asesora, en informe del 30/10/19, procedió a responder técnicamente los descargos presentados, ratificando su dictamen. En referencia al tema vinculado al oferente PRODIE, se destaca la afirmación que la compra directa es independiente de lo presentado en otras licitaciones, y en cuanto al motivo principal de descalificación de HABILIS, se expresa que la Intendencia entregó un archivo para trabajar en él y si la oferente le hizo otro tratamiento es su responsabilidad y que habiendo alterado (o como dice la empresa por error involuntario) la edad del observador, la empresa se benefició;

34) que la Comisión Supervisora de Contrataciones con fecha 31/10/19, ante las observaciones de los oferentes, considerando el informe del Dr. Delpiazzo, la consulta vinculante realizada al Tribunal de Cuentas y el informe técnico, ratificó su dictamen de fecha 07/06/19;

35) que el Intendente, por Resolución N° 5294/19 del 08/11/19, dispuso adjudicar, al amparo de lo establecido en el artículo 33 literal C), numeral 2 del TOCAF, a Prodie S.A. las cotizaciones 1 y 2, según el siguiente detalle: Cotización 1: Oferta Básica: 12.000 luminarias del ítem 1 y Cotización 2: Oferta básica: ítem 1: 48.000 luminarias con tecnología Led para colocar en escenarios del Tipo 1; ítem 2: 6.000 luminarias con tecnología Led para colocar en escenarios del Tipo 2; ítem 3: 4.000 luminarias con tecnología Led para colocar en escenarios del Tipo 3; ítem 4: Sistema de Gestión de Luminarias inteligentes (SGLI) Wellness Lora; ítem 5: retiro e instalación de 10.000 luminarias del ítem 1; ítem 6: retiro e instalación de 4.000 luminarias del ítem 3; ítem 8: analizador de redes eléctricas: 4 equipos. Asimismo, se dispuso que la forma de pago será conforme al Anexo numeral III del Pliego Particular de condiciones. No consta el monto de la adjudicación;

36) que la Contadora Delegada, con fecha 12/11/19, informó que las imputaciones se realizarán en el próximo ejercicio, fecha en que se estima se iniciarán los pagos;

CONSIDERANDO: 1) que dada la alta complejidad técnica del Pliego de Condiciones, las cuestiones suscitadas al respecto y las distintas interpretaciones de forma y de fondo, este Tribunal se pronunciará únicamente acerca de la legalidad (cumplimiento normativo) de las actuaciones remitidas. En tal sentido le corresponde la función de contralor de toda gestión relativa a la Hacienda Pública (art.228 de la Constitución de la República);

2) que en relación al procedimiento de contratación la Intendencia optó por convocar a Licitación Pública (art.33 inciso primero del TOCAF), si bien pudo invocar la causal de excepción prevista en el numeral 26 del literal C) de dicha norma. Una vez declarada desierta (frustrada) la licitación convocada en segunda instancia, la contratación encuadró en lo establecido en el mismo artículo literal C) numeral 2);

3) que se ha de tener presente especialmente en el caso el principio general de la buena administración (recogido a texto expreso en el artículo 311 inciso segundo de la Constitución de la República), y el principio de igualdad de los oferentes consagrado en el artículo 149 literal B) del TOCAF;

4) Que el inciso segundo del citado artículo 33 literal C) numeral 2) del TOCAF, dispone que la contratación directa por excepción debe hacerse con bases y especificaciones idénticas a las del procedimiento fracasado y, en su caso, con invitación a los oferentes originales además de los que estime necesarios la Administración.

5) Que si bien la recepción de la oferta presentada por la empresa PRODIE S.A. está amparada por la norma transcrita en tanto oferente de la licitación frustrada, en la etapa de evaluación de la misma no pueden soslayarse los antecedentes de la oferente (artículo 65 in fine literal C) del TOCAF), en especial su obrar en el procedimiento frustrado que llevó a la propia Intendencia de Montevideo a radicar denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación por la conducta “presuntamente delictiva” de dicha empresa con fecha 22/08/19 (Resultando 27).

6) que el artículo 1º de las Bases de la contratación previó que cada oferente pudiera realizar una o dos cotizaciones, detallando que la número 1 debía referir exclusivamente al ítem 1 y la número 2 a todos los ítems (Resultando 2 literal a). La empresa Hábilis S.A. presentó una oferta incluyendo ambas cotizaciones;

7) que el incumplimiento de Hábilis S.A. a las especificaciones técnicas del ítem 3 del Pliego, detectado por asesores técnicos en un segundo dictamen de fecha 23/4/2019, pudo afectar a la cotización 2 por incluir ese ítem, pero no así a la cotización 1 que no la incluyó, la cual por tanto debió ser aceptada;

8) que no obstante ello, la Administración actuante dispuso declarar inadmisibile la propuesta de Hábilis S.A. en su totalidad, aduciendo que la firma “carece de la confianza necesaria para contratar con la Intendencia de Montevideo” (Resultando 19), en función de que los servicios técnicos entendieron que el incumplimiento derivaba de la modificación de los parámetros de diseño para alterar los resultados luminotécnicos (Resultando 16);

9) que en relación a lo expresado en el numeral anterior, el Director de la División Asesoría Jurídica con fecha 12.8.19 dispuso “encomendar a la Unidad de Sumarios la realización de denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación”, constando en las actuaciones que dicha denuncia fue presentada (Resultando 30);

10) que en definitiva no se trató por igual a las empresas oferentes, pues habiendo radicado la Administración denuncias penales cercanas en el tiempo contra las mismas, en un caso se descarta a un oferente por carecer de confianza para contratar y en el otro se le adjudica la contratación;

ATENTO: a lo precedentemente expuesto y a lo establecido en el artículo 211 literal B) de la Constitución de la República;

EL TRIBUNAL ACUERDA

- 1)** Observar el procedimiento y el gasto emergente del mismo;
- 2)** Devolver las actuaciones.

CONSTANCIA DE FUNDAMENTO DE VOTO DISCORDE DEL MINISTRO

ING. MIGUEL AUMENTO: “Tal como he procurado dejar manifestado en Sala en ocasión del tratamiento de este asunto, podría compartirse la opinión que deduzco del Dr. Carlos Delpiazzi (ante consulta que le fuera formulada por la Intendencia de Montevideo), en el sentido que la oferta de HABILIS S.A. en su conjunto no superó el examen de admisibilidad al no cumplir con al menos un requisito excluyente incluido en el Pliego, en consistencia con lo estrictamente estipulado en los Artículos 6 y 16 del mismo.

No obstante ello, entiendo más ajustado a la voluntad de la Administración en fase preparatoria, el hecho de separar el análisis de admisibilidad por Cotización, dado que el Pliego especificó en forma indubitable que la adjudicación se haría por Cotización (Artículo 18 en consistencia con el Artículo 2). Por otro lado, en la evaluación técnica (Anexo 6) se separó claramente el proceso de análisis para la Cotización Nro. 1 y la Cotización Nro. 2. A su vez, en el Anexo 7 (evaluación económico-financiera de las ofertas) se estableció que la metodología de evaluación se aplicaría de manera independiente a cada tipo de Cotización presentada.

Por tanto, en lo material y en apego al principio de concurrencia, no percibo impedimento en separar el examen de admisibilidad para cada Cotización (Anexo 1 y si corresponde, Anexo 2). De hecho, fue la forma seguida por la Comisión Técnica Asesora en fase esencial, según se desprende de sus informes.

Dicho todo lo anterior, entiendo que la oferta global respecto a la Cotización Nro. 2 de la firma HABILIS S.A. no pudo sortear el examen de admisibilidad, a juzgar por lo expresado en los informes de la Comisión Técnica Asesora, en tanto no cumplió al menos con un requisito excluyente estipulado en el Anexo 1 (Índice de deslumbramiento del Ítem 3). A su vez, según surge del Artículo 18 del Pliego, las ofertas parciales (por Conjunto) previstas para la Cotización Nro. 2 se adjudicarán por Conjuntos en el caso que no sea posible la adjudicación

global. Lo que no aplicó en este caso concreto. Y también se detalla desde el procedimiento definido en el Anexo 6, que solo se analizarán técnicamente ofertas por Conjuntos si no existieran ofertas globales que superen los mínimos exigidos en dicha evaluación, extremo que tampoco terminó ocurriendo.

Sin embargo, sí se debieron considerar admisibles la oferta básica y en su caso alternativas de la firma HABILIS S.A. para la Cotización Nro.1, en tanto no adolecen de incumplimiento alguno según surge de los informes de la Comisión antes citada, y por tanto se encuentran sujetas a la consideración técnica informada y a la apertura del Sobre Nro. 2 (propuesta económica).

Es así como entiendo que, en virtud de la verdad material, el resultado del procedimiento de adjudicación respecto a la Cotización Nro. 2 no merece observación. Por el contrario, sí se debe observar el referido a la Cotización Nro. 1, en tanto no se ajustó al principio de concurrencia.

En mi opinión, el Tribunal debió expedirse en el sentido que si se admite la separación del examen de admisibilidad para la Cotización Nro. 1 y para la Nro. 2 -tal como se ha pretendido explicar en el segundo párrafo de esta discordia y a diferencia de la postura que interpreto del Dr. Carlos Delpiazzo- el Acuerdo del Tribunal debería seguir la misma línea para dictaminar sobre los dos procedimientos, que en los hechos, resultan separables.

Por otra parte, también discrepo con lo expresado en los Considerandos 3), 5) y 10) de la Resolución el Tribunal de Cuentas.

En efecto, en el Considerando 3) se apela a que se ha de tener presente especialmente en el caso los principios de buena administración y el de igualdad de los oferentes. Entiendo que se trata de una expresión inespecífica, y al menos por ello, no la comparto.

Posteriormente, en el Considerando 5) se esgrime que “si bien la recepción de la oferta presentada por la empresa PRODIE S.A. está amparada por la norma transcrita en tanto oferente de la licitación frustrada, en la etapa de evaluación de la misma no pueden soslayarse los antecedentes de la oferente (artículo 65

in fine literal C) del TOCAF), en especial su obrar en el procedimiento frustrado que llevó a la propia Intendencia de Montevideo a radicar denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación por la conducta “presuntamente delictiva” de dicha empresa con fecha 22/08/19 (Resultando 27)”. Es decir, resulta claro que la recepción de la oferta de PRODIE S.A. está amparada normativamente, pero se indica que no puede soslayarse sus antecedentes -atendiendo a la radicación de la denuncia penal- y entonces la pregunta en este caso es bajo qué criterio se juzgan dichos antecedentes y que consecuencias se derivarían, en forma absoluta o ponderada, dado que el Pliego no lo especificó (que es lo que indica el aludido Artículo del TOCAF) y que las previsiones de los Artículos 46 y 76 del TOCAF no resultan aplicables al caso, según se informa. Los únicos antecedentes del oferente previstos en las Bases, refieren a indicadores económicos financieros a cumplir (Anexo 5) y no otros. Y la pregunta que sigue es si se admite que “...no sería arreglado a Derecho trasladar las circunstancias de un procedimiento a otro cuando no ha mediado acto administrativo sancionatorio alguno ni tampoco proceso jurisdiccional del cual haya derivado un pronunciamiento comprobatorio de una pretendida falsificación documental” (respuesta del Dr. Carlos Delpiazzo a la consulta que le fuera formulada por la Intendencia de Montevideo).

En cuanto al Considerando 10), se esgrime algo más claro una vulneración al principio de igualdad de los oferentes, y entonces la cuestión sería: dado que, según el Tribunal de Cuentas, la Administración actuante no debe soslayar los antecedentes de PRODIE S.A. en la licitación frustrada (Considerando 5), ¿Cómo entonces debió actuar la Administración como consecuencia de lo que concluyó la Comisión Técnica Asesora en esta Licitación privada (independientemente de la acción penal radicada posteriormente)?.

Desde mi punto de vista, ni se debió juzgar los supuestos antecedentes de PRODIE S.A. que en los hechos no están comprobados, ni se debió rechazar las propuestas de HABILIS S.A. en la cotización Nro. 1. La inadmisibilidad de

su Cotización global Nro. 2 se da por incumplimiento de requisito excluyente previsto en las Bases.

Finalmente, expongo los Considerandos que a mi juicio debió contener la Resolución del Tribunal de Cuentas:

- 1) que en relación al procedimiento de contratación la Intendencia optó por convocar a dos licitaciones públicas, si bien pudo invocar la causal de excepción prevista en el numeral 26 de dicha norma, y una vez declarada desierta (frustrada) la licitación convocada en segunda instancia, dispuso convocar a una Compra Directa por Excepción al amparo del Artículo 33), literal C), numeral 2) del TOCAF, norma que habilita a que, luego de un procedimiento frustrado, se realice un procedimiento de excepción con las mismas Bases y especificaciones técnicas de aquél;
- 2) que en el caso concreto, se configuró la hipótesis habilitante para el acudir al referido procedimiento de excepción y se utilizaron las mismas Bases y especificaciones técnicas de la licitación frustrada en última instancia, tal como exige la citada norma;
- 3) que el fundamento de la citada causal de excepción es permitir que, utilizando las mismas bases y especificaciones, los oferentes originales puedan adecuar sus ofertas a la normativa y a los requerimientos de la Administración contratante cuando no lo habían hecho en el procedimiento frustrado, y concomitantemente, abrir la participación a nuevos oferentes;
- 4) que por lo tanto, si bien se trata de procedimientos vinculados, los mismos son ontológicamente diferentes e independientes, lo que implica que el análisis del cumplimiento de las disposiciones y requerimientos de cada uno debe realizarse en forma separada, no siendo posible trasladar las consecuencias de los incumplimientos de un procedimiento al otro;
- 5) que el Artículo 46 del TOCAF establece a texto expreso las únicas cinco causales que impiden a un oferente contratar con el Estado, entre las cuales se

encuentran no estar registrado en el Registro Único de Proveedores del Estado (RUPE) y figurar suspendido o haber sido eliminado de dicho registro;

6) que el Artículo 76 del TOCAF dispone que el RUPE incorpora la información sobre sanciones a proveedores que resuelvan las Administraciones públicas estatales una vez que se encuentren firmes, esto es, una vez que contra ellas no cabe recurso o acción alguna y agrega que dichas sanciones deben tomarse en cuenta como antecedentes para futuras contrataciones. Asimismo, el Artículo 18 del Decreto Reglamentario del RUPE N° 155/013 estipula que ninguna sanción puede aplicarse sin vista previa del interesado, para que pueda articular su defensa;

7) que emerge de lo expresado anteriormente que, sin perjuicio de que existe una denuncia penal contra PRODIE S.A. y de que la Intendencia estimó que dicho oferente incurrió en una conducta reprochable en la licitación frustrada, aun no existe acto administrativo sancionatorio firme en su contra, con lo cual dicha empresa no podía ser excluida del procedimiento de excepción en razón de ello;

8) que el Artículo 2 de las Bases de la contratación previó que cada oferente pudiera realizar una o dos cotizaciones, detallando que la número 1 debía referir exclusivamente al ítem 1 y la número 2 a todos los ítems. HABILIS S.A. presentó una oferta incluyendo ambas cotizaciones;

9) que el incumplimiento de HABILIS S.A. a especificación técnica del ítem 3 detectado por la Comisión Técnica Asesora afectó a su Cotización Nro. 2 global por incluir ese ítem, pero no así a la Cotización Nro. 1 que no lo incluyó. No obstante, la Administración actuante dispuso rechazar las propuestas presentadas por dicha firma para la Cotización Nro. 1, aduciendo la pérdida de confianza en la empresa en función de que los servicios técnicos habían detectado una alteración de un archivo digital que hace a la Cotización Nro. 2;

10) que a criterio de este Tribunal, debe concluirse que hubiera correspondido admitir las propuestas sobre la Cotización Nro. 1 de HABILIS S.A. en el

correspondiente procedimiento, en aras de tutelar su legítimo derecho a ofertar y, por el contrario, la exclusión referida implicó apartamiento al principio de concurrencia, en el sentido que la Administración contara con la mayor cantidad posible de alternativas de elección.”

CONSTANCIA DE FUNDAMENTO DE VOTO DISCORDE DEL MINISTRO CR. ENRIQUE CABRERA: “Comparto los argumentos de fundamento de voto discordes expresados por el Ministro Miguel Aumento sobre el expediente remitido por la Intendencia de Montevideo, relacionado con la adquisición de luminarias viales.”

Im