

RES. 0021/2021

**RESOLUCION ADOPTADA POR EL
TRIBUNAL DE CUENTAS**

EN SESION DE FECHA 13 DE ENERO DE 2021

(E. E. N° 2020-17-1-0005577, Ents. N°s 4251/2020 y 4435/2020)

VISTO: las actuaciones remitidas por el Banco de la República Oriental del Uruguay relacionadas con la Licitación Pública N° 2019/51/02035 para la adquisición, instalación y mantenimiento para el recambio del parque de equipos UPS, fundamentalmente del interior del país;

RESULTANDO: 1) que por Resolución de fecha 11/7/2019, el Directorio convocó a la licitación pública de referencia, de acuerdo a los pliegos que forman parte de dicha Resolución, y dejando constancia de que los mismos fueron elaborados teniendo en cuenta las resultancias del llamado a expresiones de interés N° 2018/51/04062;

2) que cumplido el requisito legal de publicidad, con fecha 31/10/2019 se celebró el acto de apertura de ofertas al que se presentaron cuatro proponentes: 1) Telefax S.A; 2) Nofret S.A; 3) Raycom S.A; y 4) Reel S.R.L, quienes presentaron por separado oferta técnica y económica conforme lo exigido en las bases del llamado;

3) que con fecha 6/11/2019, la Asesoría Técnica y Contrataciones – Área Infraestructura produjo informe en el que dio cuenta de que Reel S.R.L presentó un sobre conteniendo antecedentes declarados como confidenciales y que, atento a que los mismos serían considerados en la ponderación de las ofertas y, por el carácter confidencial establecido por el oferente, la oferta devenía inválida, no efectuando objeciones sobre las restantes ofertas;

4) que con fecha 31/12/2019, el Departamento de Gestión Edilicia – Área Infraestructura analizó las ofertas técnicas, y concluyó que:

4.1) las ofertas de Telefax S.A. (que presentó dos variantes) y Nofret S.A. se ajustaron razonablemente a lo solicitado;

4.2) de acuerdo con lo informado por la Asesoría Técnica del Área (Resultando 3), la oferta de Reel S.R.L. ha resultado inválida;

4.3) la empresa Raycom S.A. presentó dos ofertas: la primera se apartó de lo establecido en los puntos 17.4, 18.4 y 19.4 del Pliego y la segunda no se ajustó al punto 12.1 de la Memoria Descriptiva, siendo razones suficientes para no validar las propuestas ni continuar con el estudio de estas;

4.4) del análisis de las ofertas válidas, según el cuadro de ponderación correspondiente (Punto 121 de la Memoria Descriptiva), resultó el siguiente puntaje: a) Telefax ABB – SG: 90,00 b) Nofret S.A.: 86,95; y c) Telefax ABB – Powerscale: 82,95;

5) que con fecha 23/1/2020 se realizó al acto de apertura de las ofertas económicas, las que fueron analizadas por el Departamento de Gestión Edilicia – Área Infraestructura en fecha 29/1/2020, quien concluyó que la oferta basada en equipamiento ABB/GE SG Series 1 presentada por Telefax S.A. presenta un sinnúmero de ventajas, sugiriendo su adjudicación por un monto total de \$ 71:388.984;

6) que con fecha 6/2/2020, la Comisión Asesora de Adjudicaciones, tras relacionar las actuaciones sustanciadas, aconsejó adjudicar la contratación a la empresa Telefax S.A., en su opción basada en UPS marca ABB modelos GE SG Series 1, por un monto de \$ 71:388.984 (IVA incluido);

7) que por Resolución de fecha 16/4/2020 (Acta N° 21.042), el Directorio dispuso la adjudicación de acuerdo con lo sugerido por la Comisión Asesora de Adjudicaciones y el Departamento de Gestión Edilicia;

a Telefax S.A., en su opción basada en UPS marca ABB modelos GE SG Series 1, por un monto de \$ 71:388.984 (IVA incluido), y con un plazo de contratación de los servicios de mantenimiento de 5 años;

8) que la empresa Reel S.R.L. interpuso recurso de revocación contra la Resolución de fecha 16/04/20 (notificándose el proyecto de dicha resolución a todos los oferentes en fecha 7/5/2020), manifestando que:

8.1) la exclusión de su oferta por el hecho de haber entregado parte de la información contenida en la misma con carácter confidencial, resultó indebida, en tanto dicha entrega de información confidencial es una posibilidad expresamente reconocida en el derecho positivo (artículos 8 y 10 de la Ley N° 18.381, 65 del T.O.C.A.F. y 2.2 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales para Contratos de Suministros y Servicios No Personales;

8.2) la vaguedad y orfandad de los argumentos esgrimidos por la Administración respecto de la exclusión de su oferta hizo imposible identificar de qué manera la confidencialidad de parte de la información incluida pudo determinar la invalidez liminar de la misma;

8.3) la Resolución objeto de la impugnación resulta exorbitante, configurándose la hipótesis de “exceso de poder”, entendiéndose que si la Administración hubiere considerado que la información presentada como confidencial no se ajustaba a derecho debió haberle conferido la oportunidad de optar entre retirar su oferta del procedimiento licitatorio, o mantenerla levantando la confidencialidad o por el contrario, si la información revestía efectivamente carácter confidencial pero se omitió la presentación del resumen no confidencial, debió haber otorgado el plazo de dos días hábiles previsto en el artículo 65, inciso 7 del T.O.C.A.F;

9) que con fecha 24/6/2020, la Asesoría Técnica y Contrataciones – Área Infraestructura informó sobre el recurso expresando que:

9.1) en el aspecto formal, la interposición del recurso fue temporánea y se repuso el timbre profesional correspondiente;

9.2) en cuanto al fondo, no le asiste razón al recurrente por cuanto la Administración actuó conforme a las normas que regulan este tipo de procedimientos, siendo que su oferta no cumple con el objeto del llamado, a tal punto que la documentación presentada no puede ser exhibida a los demás oferentes de la convocatoria, lo cual determina la imposibilidad de que el agravio formulado pueda prosperar;

9.3) la recurrente tampoco ajustó su accionar a lo establecido en el artículo 30 del Decreto N° 232/010;

9.4) la posibilidad de otorgar un plazo de dos días hábiles para subsanar dicha omisión (artículo 65, inciso 7 del T.O.C.A.F.) es una facultad de la Administración, y en tanto la situación no encuadró en ninguna de las previsiones formuladas por el impugnante (salvar defectos o carencias formales, errores evidentes o de escasa importancia), no correspondía el otorgamiento de dicho plazo;

9.5) en lo que respecta a la motivación del acto de adjudicación, los fundamentos constan en el cúmulo de actuaciones administrativas, incluso en las precedentes al dictado del acto, y en definitiva no se lesionó el interés del recurrente debido a que el acto cuestionado no fue contrario a una norma de derecho ni dictado con abuso, exceso o desviación de poder;

10) que con fecha 27/7/2020 se pronunció la Asesoría Letrada – Servicios Jurídicos, expresando que:

10.1) no existen objeciones formales a la vía recursiva;

10.2) en lo sustancial, compartió la posición ensayada por Reel S.R.L., dado que comprobada la viabilidad (y legitimidad) de que todo postulante pueda “declarar con carácter confidencial” cierto tipo de información, el Banco no puede invalidar una oferta ante ese evento que la normativa prevé y valida, considerando además que el Banco no disciplinó en las Bases (Memoria

Descriptiva) de este procedimiento la actitud a adoptar ante la presentación de información confidencial por parte de los oferentes, por lo que no podría sostenerse la exclusión operada en la especie, cuando la normativa en la que dicha exclusión descansa depone a favor de la admisibilidad de la oferta que esté acompañada de información confidencial;

10.3) debería haberse propiciado algún tipo de solución tendiente a relegar la decisión de descartar la oferta de Reel S.R.L., como ser la formulación de observaciones al momento de la apertura de las ofertas (artículo 65, incisos 2 y 4), el otorgamiento de un plazo máximo de dos días hábiles (artículo 65, incisos 7 y 8) y solicitud de aclaraciones a los oferentes por la Comisión Asesora de Adjudicaciones (artículo 65, inciso 4, ordinal “a”);

10.4) en lo que respecta a la motivación del acto de adjudicación, la falta de motivación de dicho acto es de por sí suficiente a efectos de revocarlo;

10.5) en definitiva, se sugirió acoger la pretensión interpuesta y revocar la resolución impugnada, disponiendo la admisión y evaluación de la oferta presentada por Reel S.R.L.;

11) que con fecha 5/8/2020, la Asesoría Técnica y Contrataciones – Área Infraestructura informó nuevamente las actuaciones, señalando cuanto acordó este Tribunal en Resoluciones N° 2235/19 de fecha 11/09/19 y N° 3122/19 de fecha 11/12/19 y sugiriendo su remisión a la Asesoría Letrada para su consideración;

12) que con fecha 22/9/2020, se llevó a cabo una Sala de Abogados, la cual, por unanimidad de sus integrantes, adhirió a la posición sustentada por Asesoría Letrada – Servicios Jurídicos (Resultando 10);

13) que con fecha 5/10/2020, el Departamento de Gestión Edilicia – Área Infraestructura solicitó a Reel S.R.L. que, en el plazo de dos días hábiles y conforme con lo establecido por el artículo 65 del T.O.C.A.F., presentara el resumen no confidencial de la información presentada en tal carácter, lo cual efectivizó en plazo hábil;

14) que con fecha 9/10/2020, el Coordinador de Instalación Electromecánicas realizó informe técnico en el que reestudió las ofertas, primero en su apartado técnico, y luego en su apartado económico, concluyendo que:

14.1) las dos ofertas presentadas por Telefax S.A., la presentada por Nofret S.A., y la oferta alternativa de Reel S.R.L opción B) se ajustaron razonablemente a lo solicitado;

14.2) la oferta alternativa de Reel S.R.L. opción A) se apartó de lo establecido en los puntos 18.4 y 19.4 del Pliego, mientras que las dos propuestas alternativas presentadas por Raycom S.A. presentaron apartamientos a lo establecido en el Pliego y en la Memoria Descriptiva, todo lo cual determino los respectivos descartes;

14.3) ponderadas las ofertas admisibles conforme los factores de evaluación, resultaron los siguientes puntajes: 1) Reel S.R.L. opción B) 91,15 puntos; 2) Telefax S.A. opción B) 90 puntos; 3) Nofret S.A. 86,96 puntos; y 4) Telefax S.A. opción A) 82,95 puntos;

14.4) culminado el estudio técnico, procedió a la ponderación económica de las ofertas admisibles, resultando que la oferta de Reel S.R.L opción B) resultó la más conveniente en cada uno de los grupos licitados, por lo que sugirió sea la adjudicataria, por un monto total de \$ 58:807.453 (IVA incluido);

15) que con fecha 15/10/2020, la Comisión Asesora de Adjudicaciones, sobre la base del informe técnico precitado, aconsejó – por unanimidad de sus integrantes – la adjudicación de la contratación a la firma Reel S.R.L. por la suma referida precedentemente;

16) que con fecha 4/11/2020, a requerimiento de la Administración, el asesor legal del Directorio efectuó informe, en el que analizó el procedimiento, y especialmente los informes letrados referidos en los Resultandos 9) a 12), y concluyó en lo medular que el oferente solo puede calificar como confidencial aquella información que necesariamente encuadre

en algunas de las causales taxativamente previstas en el artículo 10, numeral 1 de la Ley N° 18.381, al cual se remite el artículo 65 del T.O.C.A.F., y tratándose de una cuestión sustancial que hace a los principios de transparencia y publicidad no correspondía otorgar el plazo de dos días hábiles del artículo 65, inciso 7 del T.O.C.A.F., recomendando dejar sin efecto el presente llamado y convocarlo nuevamente, dadas las controversias suscitadas, como forma de resguardar a la Administración ante posibles reclamaciones en vía jurisdiccional;

17) que con fecha 28/11/2020, a solicitud de la Secretaría General del Banco, se reunió nuevamente la Sala de Abogados a fin de evaluar las debilidades y riesgos que acarrearía dejar sin efecto el procedimiento y realizar un nuevo llamado, concluyendo que dicha alternativa no resguardaba totalmente a la Administración ante posibles reclamaciones y resultaba inconveniente dadas las necesidades del Banco de contar con el suministro licitado. En consecuencia se mantuvo en su posición original (Resultando 12);

18) que por Resolución de fecha 19/11/20 (Acta N°21075) el Directorio dispuso dejar sin efecto su Resolución de fecha 10/4/2020, por la cual había dispuesto la adjudicación a la firma Telefax S.A., y dispuso adjudicar la Licitación a Reel S.R.L (oferta opción B), por un monto total de \$58:807.453 (IVA incluido), con un plazo de mantenimiento de 5 años, todo supeditado a la intervención preventiva del gasto por parte de este Tribunal;

19) que con fecha 8/12/2020, el Departamento de Control y Gestión de Presupuesto – Gestión Presupuestal – Área Contabilidad informó que el importe de \$ 46:117.093 se imputó al Proyecto 020 – Adquisición de equipos para funcionamiento de diversos servicios (cta. 300.020), contando el mismo con disponibilidad autorizada de \$ 21:045.432,63 a esa fecha y el importe de \$ 12:690.360 se imputó al Grupo 2 – Servicios No Personales,

contando el mismo con disponibilidad autorizada de \$ 4:585.942.746,00 a esa fecha. Agregó que se afectó únicamente \$ 47.117 con cargo al Grupo 2 y \$ 16:977.754 con cargo al Proyecto 20, importes a ejecutar en el Ejercicio 2020, por lo que el restante monto a contratar será incluido en los proyectos presupuestales de los ejercicios correspondientes;

CONSIDERANDO: 1) que el artículo 10 de la Ley 18.381 de fecha 17/10/08 establece que "*Se considera información confidencial: I) Aquella entregada en tal carácter a los sujetos obligados, siempre que: A) Refiera al patrimonio de la persona, B) Comprenda hechos o actos de carácter económico, contable, jurídico o administrativo, relativos a una persona física o jurídica, que pudiera ser útil para un competidor, C) Esté amparada por una cláusula contractual de confidencialidad*", norma a la que se remite el artículo 65 inciso 11 del TOCAF;

2) que si bien las tres cartas de referencia que la adjudicataria indicó que corresponden a contratos con cláusulas de confidencialidad, podían haberse entregado en carácter confidencial al amparo del literal C) del artículo 10 de la Ley 18.381, dicha documentación no fue agregada por la adjudicataria ni siquiera en ese carácter, contraviniendo lo establecido en el artículo 4.1 de la Memoria, que exigía tal documentación para acreditar determinados requisitos de admisibilidad y factores de ponderación;

3) que la restante información presentada por la adjudicataria como confidencial (otras cartas de referencia sobre antecedentes y listado de unidades instaladas con indicación de potencia total), no encuadra dentro de las causales de confidencialidad establecidas tanto por el citado artículo 10, como por el artículo 65 del TOCAF, (causales de excepción a los principios de publicidad y transparencia, y por tanto, de interpretación estricta), por cuanto no contienen información patrimonial de los clientes, ni refiere a hechos o actos útiles a la competencia, ni estaban amparadas en cláusulas de confidencialidad (a diferencia de las referidas en el Considerando 2), ni

contienen datos que requieran previo consentimiento informado. Además, y en tanto refieren a requisitos de admisibilidad y factores de evaluación, integran las “*condiciones generales de la oferta*” que el artículo 65 del TOCAF prohíbe sean confidenciales;

4) que resultaría de buena administración que en ulteriores procedimientos se estableciera en los Pliegos los procedimientos a seguir ante la presentación de información confidencial por parte de los oferentes, regulación que deberá ser compatible con la Ley 18.381, su Decreto Reglamentario, el TOCAF, y los principios de la contratación administrativa, muy especialmente los de concurrencia, igualdad de oferentes, razonabilidad, transparencia, materialidad frente al formalismo y buena fe;

5) que el artículo 12.2 de la Memoria previó que se restaría 5 puntos a cada oferente que presentara “*antecedentes negativos*” registrados en RUPE. Dicho artículo vulneró el artículo 48 literal C) del TOCAF en tanto el factor no está lo suficientemente objetivado, en razón de que prevé la asignación de un puntaje en función de la existencia de antecedentes registrados en RUPE, sin determinar clara y objetivamente qué se entiende por “*antecedentes negativos*”, y sin distinguir la entidad de la sanción, valorando de idéntica manera sanciones de carácter leve y sanciones de carácter grave, lo cual a su vez supone desconocer el principio de proporcionalidad, nuclear en materia de derecho administrativo sancionador;

6) que el acto de adjudicación original careció de motivación suficiente, en tanto que ni del mismo ni de los antecedentes que lo informan surgen explicitados los fundamentos para concluir que la información fue indebidamente presentada como confidencial, vulnerándose así lo establecido por el artículo 123 del Decreto N° 500/991, vicio que determina su ilegitimidad, y por tanto correspondía su revocación, como correctamente hizo la Administración;

7) que en el procedimiento recursivo no se otorgó vista al interesado en que el acto de adjudicación se mantuviera (en el caso Telefax S.A), lo que implicó una contravención al principio de contradicción previsto en los artículos 2, literal J) y artículo 153 del Decreto 500/991 aplicable por analogía;

8) que las actuaciones no fueron remitidas conforme lo disponen los artículos 52 a 55 del Decreto N° 500/91, aplicable por analogía, en tanto el expediente consta de piezas que no están unidas entre sí y de copias auténticas que no se encuentran debidamente cosidas;

9) que tanto el escrito de interposición de recurso, como el resumen de la información confidencial presentados por Reel S.R.L carecen de la debida constancia de recepción (fecha, número de fojas, documentos que se acompañan, copias y firma del funcionario receptor) requerida por el artículo 25 del Decreto N° 500/91;

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

EL TRIBUNAL ACUERDA

- 1) Observar el gasto por lo expresado en los Considerandos 2), 3), 5) y 7);
- 2) Téngase presente lo expresado en los Considerandos 4), 6), 8) y 9);
- 3) Devolver las actuaciones.

aov