

RES. 0749/2021

**RESOLUCION ADOPTADA POR EL
TRIBUNAL DE CUENTAS**

EN SESION DE FECHA 21 DE ABRIL DE 2021

(E. E. N° 2021-17-1-0001301, Ent. N° 0901/2021)

VISTO: las nuevas actuaciones remitidas por el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) – Unidad Centralizada de Adquisiciones (UCA), relacionadas con la Compra Directa por Excepción N° 2/2020, para la adquisición de “Guantes y Tapabocas”, para atender los requerimientos de los distintos Organismos públicos, al amparo del artículo 33 literal C) numeral 9 del TOCAF, en el marco del estado de emergencia nacional sanitaria dispuesto por el Poder Ejecutivo, mediante Decreto N° 93/020 de 13/03/2020, como consecuencia de la pandemia originada por el virus COVID-19 (Items 5 a 9);

RESULTANDO: 1) que por Resolución de UCA N° 38/020 de fecha 13/03/2020 considerando la nota presentada por Sakira S.A. “en la que manifiesta su imposibilidad de continuar con el suministro de diversos ítems adjudicados en el Llamado N° 25/2016” (adjudicados por Resoluciones N° 109/018 y 40/019) y que su renuncia “obedece a demoras de abastecimiento de sus proveedores provenientes de China”, se dispuso “Re-adjudicar y dejar sin efecto, en el marco del llamado N° 25/2016 “Suministro de materiales para uso médico quirúrgico” los ítems identificados en el Anexo I al V adjuntos, los cuales forman parte integrante de la Resolución;

2) que por Resolución de UCA N° 45/2020 de fecha 18/03/2020 considerando la nota presentada por Unión Disprofarma S.A. “en la que manifiesta su imposibilidad de continuar con el suministro de los ítems Nos. 326 “Guante de látex descartable no estéril: XS unidad” 327 “Guante de

látex descartable no estéril: CHICO unidad”, 328 “Guante de látex descartable no estéril: MEDIO unidad” y 329 “Guante de látex descartable no estéril: GRANDE” adjudicados en el marco del Llamado N° 25/2016” (adjudicados por Resoluciones N° 109/018 y 40/019) y que su renuncia “obedece a que sus proveedores de origen asiático no le están suministrando en las mismas condiciones, para mantener los precios ni las fechas de entrega acordados”, se dispuso “Dejar sin efecto, en el marco del llamado N° 25/2016 “Suministro de materiales para uso médico quirúrgico” los ítems N°s 326 “Guante de látex descartable no estéril: XS unidad” 327 “Guante de látex descartable no estéril: CHICO unidad”, 328 “Guante de látex descartable no estéril: MEDIO unidad” y 329 “Guante de látex descartable no estéril: GRANDE unidad”... según el detalle que surge de los Anexos I al III adjuntos, los cuales forman parte integrante de la Resolución;

3) que por Resolución de UCA N° 52/2020 de fecha 3/04/2020, considerando que:

3.1) estando “en condiciones de proceder a la adjudicación del Llamado, al amparo de lo establecido en el artículo 19 del Decreto N° 147/009, de fecha 23 de marzo de 2009, que faculta la realización de un procedimiento con carácter excepcional en casos de urgencia y riesgo para la salud humana” y tomando en cuenta lo dispuesto por la Resolución de MSP (Resultando 6) que implica: para ítems N° 5 a 7 requerir el Registro de los productos, ítems 8 el Registro de los productos de tratarse de productos estériles y para el ítem 9 no se requiere Registro, en función de tratarse de emergencia sanitaria se incluirá en “el Ranking de ofertas la totalidad de ofertas calificadas, independientemente de los precios cotizados, de manera de tener la mayor disponibilidad posible para atender los requisitos de los Organismos usuarios”;

3.2) por lo que se dispuso: “Autorizar la Compra Directa N° 2/2020 “Guantes y Tapabocas” según se detalla en los Anexos I a IV

adjuntos, los cuales son parte integrante de la presente resolución, con cargo al Concepto del Gasto 8 “Gastos Salud s/ Convenio” por un monto máximo de U\$S 3.214.554,11 impuestos incluidos, a las firmas Unión DISPROFARMA S.A., SAKIRA S.A., MEDICALKIT S.A., ZUPRE LTDA., que se discrimina de la siguiente manera: ANCAP U\$S 2.113,82, ASSE U\$S 1.436.488,04, B.P.S. U\$S 35.585,81, B.S.E. U\$S 79.038,24, I.N.A.U U\$S 21.666,11, INISA U\$S 21.709,60, INTENDENCIA DEPARTAMENTAL DE COLONIA U\$S 7.388,93, INTENDENCIA DEPARTAMENTAL DE LAVALLEJA U\$S 2.254,87, INTENDENCIA DE MALDONADO U\$S 20.250,17, INTENDENCIA DEPARTAMENTAL DE PAYSANDU U\$S 1.674,15, INTENDENCIA DEPARTAMENTAL DE SAN JOSÉ U\$S 13.938,50, MDN-D.G.S.E. U\$S 961,48, MDN-D.N.S.FF.AA. U\$S 613.235,75, MI-D.G.S. U\$S 65.593,00, MI-D.N.AA.SS U\$S 348.180,68, MI- I.N.R. U\$S 44.780,71, M.S.P.- D.G.S. U\$S 1.610,11, PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA – SINAE U\$S 22.548,35, UDELAR- HOSPITAL DE CLINICAS U\$S 475.535,82;

4) que por Comunicado de UCA de fecha 6 de marzo de 2020, se señalaron las formalidades que debían cumplir las notas de renuncia de los adjudicatarios tales como: número y denominación del llamado, número y descripción del o los ítems a los que se renuncia, motivo de la renuncia (documentación que justifique en caso de fuerza mayor) y las cantidades entregadas al momento de la renuncia;

5) que con posterioridad, con fecha 29 de abril de 2020 se dejó sin efecto el comunicado anteriormente referido (Considerando I), y por Comunicado de fecha 24 de agosto de 2020 la UCA informó a los adjudicatarios que “a partir de la fecha del presente, las solicitudes de rescisiones de contrato no son vinculantes ni significan la aceptación automática de las mismas por parte de esta Unidad de Compras. En este sentido, el contrato de suministro continuará vigente hasta tanto esta Unidad de Compras dicte resolución al respecto...” excluyendo “los casos de solicitudes

de rescisiones de contratos que se presenten con una antelación de 30 días previos al comienzo de cada nueva prórroga, o en caso de que los adjudicatarios hayan entregado la totalidad de las cantidades adjudicadas, lo que deberá ser probado...”;

6) que por Resolución de UCA N° 81/2020 de fecha 15/05/2020, considerando que “en su oportunidad la Administración ante las renunciaciones presentadas por las empresas Unión Disprofarma S.A. y Shakira S.A. al suministro de los ítems Nos. 326, 327, 328, 329, 332, 333 y 334 “guante de látex descartable no estéril” y “guante de látex quirúrgico estéril” no evaluó la posibilidad de ampliar las cantidades adjudicadas en el llamado N° 25/2016, así como tampoco consideró efectuar una revisión de la ecuación económica financiera del contrato de suministro” y habiendo procedido la Administración actuante a realizar una negociación con Unión Disprofarma S.A. y Shakira S.A. se obtuvo una rebaja del precio para los Ítems 5 y 6 que representa un ahorro de U\$S 1.001.278,93, y que se entiende conveniente por razones de buena administración dejar sin efecto la adjudicación del Ítem 7 (habiéndose obtenido conformidad del adjudicatario)” se dispuso:

6.1) “Dejar sin efecto la Resolución N° 52/020, de 3 de abril de 2020, por la que se autorizó la compra directa N° 2/2020 para la adquisición de los Ítems Nos. 5 “guante de látex descartable no estéril”, 6 “guante de látex quirúrgico y 7 “guante de nitrilo”, a las empresas Unión Disprofarma S.A. Y Shakira S.A., de acuerdo al anexo I, integrante de la presente Resolución,

6.2) Ampliar las cantidades pendientes de consumo para los Ítems Nos. 326, 327, 328, 329 “guante de látex descartable no estéril” en un 18,56%, Ítems Nos. 332, 333 y 334 “guantes de látex quirúrgico estéril” en un 18,88%, de acuerdo a los anexos II, III, IV, y V cuya financiación se detalla en los respectivos anexos, parte integrante de la presente Resolución. Deberán

ejecutarse en primer lugar las compras financiadas con cargo a créditos propios del organismo y luego aquellas con cargo al fondo covid-19.

6.3) Dejar sin efecto las Resoluciones Nos. 38/020, de 13 de marzo de 2020 y 45/020, de 18 de marzo de 2020, recaídas en los expedientes Nos. 2016/4576/48 y 2016/4576/41” mediante las que se aceptaron las renunciaciones de Unión Disprofarma S.A. y Shakira S.A.;

7) que por Resolución de UCA N° 82/2020 de fecha 21/05/2020, considerando que “en su oportunidad, la Administración, ante la renuncia presentada por la empresa Sakira S.A. al suministro de los ítems Nos. 33 y 34 “tapabocas con elástico” y “tapabocas con tiras” referentes al llamado N° 5/2017 “Suministro de ropa de uso hospitalario”, prescindió realizar evaluación económica financiera del contrato de suministro y habiéndose procedido a realizar una negociación con Sakira S.A. se obtuvo “una rebaja en el precio de adquisición para el el ítem N° 8 “tapabocas con elástico o tiras” representando un ahorro de U\$S 59.027,11, y que asimismo, el nuevo precio ofertado por Medicalkit S.A. para el ítem N° 9 “tapabocas de alta eficiencia” resulta conveniente, representando un ahorro de U\$S 4.366, por lo que dispuso:

7.1) “Dejar sin efecto la Resolución N° 52/020 de 3 de abril de 2020, por la que se autorizó la compra directa N° 2/2020 para la adquisición del ítem N° 8 “tapabocas con elástico o tiras” a la empresa Sakira S.A. y declarar extinguidas las obligaciones emergentes del contrato celebrado con Zupre Ltda. y Medicalkit S.A., de acuerdo a los anexos I, II y IV, integrantes de la presente Resolución;

7.2) Readjudicar a Sakira S.A. las cantidades pendientes de consumo para los ítems Nos. 33 y 34 “tapabocas con elástico” y “tapabocas con tiras” respectivamente, cuya financiación se atenderá con cargo a créditos propios de los organismos, de acuerdo a los anexos V y VI;

7.3) Modificar la Resolución N° 52/2020, de 3 de abril de 2020, por la que se autorizó la compra directa N° 2/2020 para la adquisición del ítem N° 9 “tapabocas de alta eficiencia” a la empresa Medicalkit S.A., de acuerdo al detalle que luce en anexos III y IV;

7.4) Condicionar la adjudicación del ítem N° 9 “tapaboca de alta eficiencia”, a favor de las empresas Sakira S.A. y Medicalkit S.A., ad referendum de la certificación del Ministerio de Economía y Finanzas, de la configuración de los extremos que habilitan la causal, como los precios y condiciones que corresponden al mercado;

7.5) Dejar sin efecto la Resolución N° 27/020, de 27 de febrero de 2020 recaída en el expediente N° 2017/1510/16” referente a la renuncia de Sakira S.A.;

8) que por Resolución de UCA N° 90/2020 de fecha 2/06/2020, conforme lo informado por el Ministerio de Economía y Finanzas en cuanto “las compras que realicen los Gobiernos Departamentales y los Organismos del artículo 221 de la Constitución de la República” no serán financiadas por el fondo COVID-19, se dispuso modificar “la Resolución N° 81/20 de 15 de mayo 2020, en cuanto a la financiación de las compras efectuadas para los Gobiernos Departamentales y los Organismos del artículo 211 de la Constitución de la República, que serán atendidas con cargo a créditos propios de los organismos...”, constando la publicación de la Resolución en la página web de MEF – UCA y ACCE;

9) por Resolución N° 261/2020 de la UCA de fecha 23/12/2020, considerando que habiéndose solicitado a los Organismos demandantes las constancias de disponibilidad de créditos y que varios de ellos no dieron respuesta en plazo y otros informaron que no “consumirían lo demandado oportunamente” se modificó las Resoluciones de UCA “N° 81/2020, 82/2020 y 90/2020 de fechas 15 de mayo, 21 de mayo y 2 de junio respectivamente, dictadas en el marco de la compra directa por excepción

N°2/2020 “Adquisición de guantes y tapabocas”, de acuerdo al detalle que luce en los Anexos que se adjuntan y forman parte de la Resolución;

10) que este Tribunal por Resolución N° 362/2021 de fecha 18/02/2021 acordó observar el gasto por lo expresado en los considerando 2 y 3 en virtud de:

10.1) que habiéndose iniciado el procedimiento de Compra Directa por excepción al amparo del artículo 33, literal C), numeral 9) del TOCAF, que habilita a la Administración a contratar directamente cuando medien probadas razones de urgencia no previsibles o no sea posible la licitación, concurso de precios o remate público, o su realización resienta seriamente el servicio, en definitiva, el mismo se encausó a través de adjudicaciones y ampliaciones de Licitaciones Públicas anteriores (Resultandos 10 y 12);

10.2) que las negociaciones efectuadas con determinados oferentes y, por ende, la exclusión de otros, contraviene los principios de derecho que rigen la contratación administrativa previstos en el artículo 149 del TOCAF; y

10.3) que, asimismo, la revocación del acto de aceptación de la renuncia (Resultandos 10 y 12) no revierte la nueva situación jurídica ni logra devolver a la vida un contrato extinto;

11) que en la oportunidad consta informe jurídico de fecha 10/03/2021 y Resolución de UCA N° 66/2021 de fecha 18/03/2021 por la que se Reitera “el gasto dispuesto por Resolución N° 81/020, de 15 de mayo de 2020, que dispuso ampliar las cantidades de la licitación pública N° 25/2016 para los Items Nos. 326, 327, 328, 329, “guante de latex descartable no estéril” en un 18.56% ítems Nos. 332, 333 y 334 “guante de latex quirúrgico en razón de que:

11.1) “mediante Resolución N° 81/020, de 15 de mayo de 2020, esta Unidad de Compras dejó sin efecto la compra directa N° 2/2020

para el objeto compra de guantes, en virtud de que la misma se convocó en flagrante violación a las normas de contratación administrativa, en especial, se rescindieron contratos vigentes con las empresas Unión Disprofarma S.A. Y Sakira S.A. para el objeto de compra “guantes”, cuando la Administración poseía un vínculo contractual vigente derivado de la licitación pública N° 25/2016 “Suministro de material médico” por lo que “en consecuencia, la rescisión de contratos vigentes, sin norma jurídica habilitante resulta ilegítima, violatoria de las reglas de derecho, en los términos previstos en el artículo 23 literal a) de la ley N° 15.524, de 9 de enero de 1984”;

11.2) que UCA, advertida de que se habían rescindido ilegítimamente contratos vigentes, procedió de oficio a dejar sin efecto la adjudicación dispuesta por Resolución N° 52/020, de 3 de abril de 2020 mediante Resolución N° 81/020, de 15 de mayo de 2020, para el objeto de compra guantes; por lo que no se resolvió la compra directa N° 2/2020;

11.3) que no efectuaron negociaciones con determinados oferentes excluyendo a otros, “sino que procedió a efectuar una revisión de la ecuación económica financiera de los contratos de suministros de guantes de la licitación pública N° 25/2016, ya que en situaciones excepcionales -como la que aconteció en obrados en virtud de la pandemia- la revisión de la ecuación económica financiera de los contratos vigentes se imponía como primer alternativa, fundándose en la necesidad de mantener el suministro de los productos. En este sentido, promover nuevas tratativas, en situaciones especiales y siempre que se funden en los principios generales de derecho, resultan entonces, no solo aceptables sino debidas”;

11.4) que “esta es la postura que ha mantenido el propio Tribunal de Cuentas de la República cuando ha señalado que corresponde a la voluntad de las partes y fundamentalmente a la iniciativa del co-contratante invocar la existencia de hechos que puedan afectar la ecuación económica financiera tenida en cuenta al momento de celebrar el contrato, entablando

negociaciones tendientes a preservarlo por razones de interés público que apunten a un nuevo equilibrio económico entre ellas”;

11.5) que “este órgano desconcentrado, advertido de su propio proceder ilegítimo y manifiestamente inconveniente a los intereses de la hacienda pública, procedió a revocar los actos administrativos que habilitaron la rescisión de contratos vigentes y retomó los mismos a través de la recomposición de la ecuación económica financiera de estos en la licitación pública N°25/2016”;

11.6) que “no se comparte la posición del Tribunal de Cuentas en cuanto expresa que la revocación del acto de aceptación de la renuncia no revierte la nueva situación jurídica ni logra devolver a la vida un contrato extinto, puesto que como lo sostiene el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en jurisprudencia constata y pacífica, la Administración tiene, no ya la facultad sino el poder-deber de revocar, aun de oficio, los actos ilegítimos, a efectos de adecuarlos a derecho” y que “los actos administrativos que resolvieron las rescisiones de contratos vigentes fueron ilegítimos, por cuanto esta Unidad de Compras no tenía norma jurídica habilitante que la autorizara a proceder en este sentido, ya que la única posibilidad de dejar sin efecto las obligaciones emergentes de los contratos se encuentra prevista exclusivamente en sede de incumplimiento, cláusula 13.2 y 13.3 de los pliegos de condiciones particulares documento A y en sede de rescisión, prevista en la cláusula 14 de las bases de la licitación pública N° 25/2016, hipótesis que no acontecieron en el caso, del mismo modo; ni siquiera esta Administración se encontró en la hipótesis prevista por el artículo 70 del TOCAF, de forma que pudiera rescindir en forma unilateral los contratos de incumplimientos graves de los adjudicatarios, porque en paridad no existió incumplimiento alguno de las empresas”;

11.7) que “en consecuencia, la Administración no sólo tiene la facultad de revocar los actos administrativos irregulares, sino que tiene el

deber de hacerlo, es de esencia de un Estado de Derecho que la Administración ajuste su conducta a lo preceptuado por el ordenamiento jurídico, razón por la cual toda actuación administrativa tendiente a restablecer la legalidad violada debe reputarse ilegítima e inspirada en razones de interés público, pues estará en juego la vigencia misma del sistema y el prestigio de las instituciones”;

11.8) que “en definitiva, y por su orden esta Unidad de Compras, mediante el acto observado procedió a revocar la rescisión de contratos vigentes, retomar la ejecución de esos contratos rescindidos, modificar la ecuación económica financiera y ampliar las cantidades derivadas de los mismos” por lo que “... se entiende pertinente insistir en el gasto derivado de la ampliación dispuesta, teniendo en cuenta que la presente ampliación está destinada a atender los requerimientos de distintos centros hospitalarios en el marco de emergencia sanitaria en el que se encuadra”;

CONSIDERANDO: 1) que la Administración actuante en oportunidad en que Sakira S.A. y Unión Disprofarma S.A. manifiestan su voluntad de rescindir el contrato dada la imposibilidad de cumplimiento, acepta la renuncia y en algunos casos readjudica los ítems (Resolución 38/2020 - Resultando 1) y en otros deja sin efecto los ítems por ser el único adjudicatario (Resolución 45/2020 - Resultando 2), no advirtiéndose la ilegitimidad de la rescisión a la que alude en cuanto la misma se realizó conforme al Pliego de Condiciones Particulares - “Cláusulas Genéricas” Documento A. (Cláusulas 13.2 - Sanciones y 14 - Causales de Rescisión), y por tanto, la “debida” revocación del acto carece de fundamento;

2) que este Tribunal ha sostenido en oportunidades anteriores que el principio general respecto a la modificación de los contratos administrativos lo constituye la inmutabilidad de los mismos, en mérito a lo previsto en diversas normas de nuestro derecho positivo privado (Artículo 1291 CC); sin embargo, se ha señalado que ese principio admite excepciones, con

las características enunciadas por la doctrina publicista, entre las que se ubica la teoría de la imprevisión, el “hecho del príncipe” y las sujeciones imprevistas, no obstante carecer nuestro derecho administrativo de norma expresa que regulen dichas excepciones;

3) que se ha indicado asimismo, que corresponde a la voluntad de las partes y fundamentalmente a la iniciativa del co-contratante invocar la existencia de hechos, que afectan la ecuación económico-financiera tenida en cuenta al celebrar el contrato, entablado negociaciones tendientes a preservarlo por razones de interés público que apunten a un nuevo equilibrio económico entre ellas, y siendo estas privativas de las partes, acreditada la cual el Cuerpo analizará la legitimidad de las modificaciones;

4) que, en puridad, lo señalado en los considerandos que anteceden no resulta aplicable al proceso que nos convoca, en cuanto la Administración actuante, frente a la imposibilidad de cumplimiento del adjudicatario, se inclinó por la teoría de la fuerza mayor liberando al deudor de la obligación;

5) que, asimismo, con posterioridad y ya en etapa de contratación directa por excepción entendió que lo que hubiere correspondido hubiera sido transitar por el camino de la teoría de la imprevisión, pretendiendo retrotraer el proceso a la etapa anterior a la renuncia de los adjudicatarios;

6) que la estabilidad de los negocios jurídicos determina que la Administración actuante, iniciado el procedimiento de Compra Directa por excepción al amparo del artículo 33, literal C), numeral 9) del TOCAF, que habilita a la Administración a contratar directamente cuando medien probadas razones de urgencia no previsibles o no sea posible la licitación, concurso de precios o remate público, o su realización resienta seriamente el servicio, no debió retrotraerse a contrataciones anteriores (adjudicaciones y ampliaciones de Licitaciones Públicas) ni iniciar

negociaciones con determinados oferentes, por lo que lo actuado por UCA contravino lo dispuesto en el artículo 149 del TOCAF;

7) que atento a lo señalado en los Considerandos que anteceden, la Administración no aporta elementos que ameriten su reconsideración y el subsiguiente levantamiento de la observación oportunamente realizada, manteniéndose inalteradas las razones de legalidad por las cuales se observó el gasto de referencia;

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)** Mantener la observación formulada por este Tribunal por Resolución N° 362/2021 de fecha 18/02/2021;
- 2)** Dar cuenta a la Asamblea General.
- 3)** Comunicar a los Contadores Delegados y/o Auditores según corresponda y al Contador Central de la Contaduría General de la Nación;
- 4)** Devolver las actuaciones.

ar