



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia

Informe N° 5/013

Montevideo, 4 de febrero de 2013

**ASUNTO N° 19/013:
Consulta UCA relativa a llamado para Ropa de uso hospitalario**

1. ANTECEDENTES

Por Resolución 178/012 de UCA se dispuso en su punto 5º, remitir copia a la CPDC, de las actuaciones tramitadas ante la primera en el expediente identificado con el número 4987/2011, “a efectos de evaluar la pertinencia de los agravios manifestados por la firma Datelux SA respecto del Pliego de Condiciones Particulares del llamado N° 29/2011 -Ropa de uso Hospitalario”, todo ello en función al punto 3º del informe técnico asesor de UCA de fecha 13/4/2012 (fs.61 a 64) *“Solicitar a la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, del Ministerio de Economía y Finanzas, emita un dictamen sobre el actuar de la Unidad de Compras en el Llamado N° 29/2011 “Ropa de uso Hospitalario”, especialmente sobre el acto recurrido que es el Pliego de Condiciones Particulares y sus Anexos.”*

Atento a la solicitud de informe jurídico de la CPDC, sobre la consulta antes referida, corresponde manifestar que:

2. Precisión Previa

La presente consulta se encuentra comprendida dentro del ámbito de atribuciones legales de la CPDC, conforme lo dispuesto en el literal H del artículo 26 la ley 18.159 y el literal H del artículo 16 del Dto. Reglamentario N° 404/007.

3. ANÁLISIS

3.1.- El análisis se realiza partiendo del encuadre jurídico del caso concreto, determinando la normativa aplicable en materia de contrataciones públicas, realizando una breve reseña sobre la específica que rige en la materia, ilustrada con criterios seguidos en reciente jurisprudencia del TCA, para luego arribar a la normativa de competencia -ley 18.159 (en adelante LPDC).

3.2.- Del estudio de los antecedentes administrativos se desprende que DATELUX S.A., en relación al Pliego del llamado N° 29/2011, plantea una serie de cuestionamientos, que pueden agruparse en : a) formales: como por ejemplo la falta de comunicación sobre realización de ensayos en LATU, entre otros; y b) de fondo: conformación del Pliego dado que según los dichos de la recurrente "...quedaron constatadas las limitaciones que restringieron la libre competencia, afectaron la igualdad de los oferentes e impidieron a varias empresas presentar una oferta competitiva y ajustada al Pliego de Condiciones."

Si bien a primera vista, del estudio de los antecedentes administrativos remitidos se puede apreciar que en principio, se habrían cumplido los requisitos formales legalmente estatuidos; sobre la base de entender que no corresponde a este organismo emitir opinión en las cuestiones de forma por extrapolar el límite de competencia de la CPDC, se pasará directamente al análisis de las cuestiones de fondo -literal b- con el fin de apreciar si, en este caso particular las condiciones fijadas por la administración en el pliego contravinieron la LPDC.

3.3.- Sabido es que la administración realiza sus compras cumpliendo procedimientos estrictamente reglados, entre los que se encuentran las licitaciones públicas¹, - seguido en el presente caso-. Doctrina y Jurisprudencia² Nacional han

¹ La Doctrina ha ido señalando los principios básicos que rigen en materia Licitatoria, siguiendo las enseñanzas de Delpiazzi Carlos – Manual de Contratación Administrativa – Citado por sentencia TCA N° 403/998, dictada el 1° de Junio de 1998 en CADE, se pueden identificar los siguientes: “1) **principio de legalidad**; el concepto tradicional del llamado “poder de dirección y control del contrato”, y si bien persiste, debe entenderse como un poder limitado en cuanto, esa diferencia entre los contratantes”...no pueden implicar una modificación sustantiva del objeto contractual sino que el primer límite que tienen es precisamente éste: el respeto por el objeto del contrato....” Ese poder de modificación unilateral del contrato, entonces “...no puede ser ilimitado” Un primer límite es el que deriva del PRINCIPIO DE LEGALIDAD, ya que la Administración está sometida a la Ley que, en este caso, “...es el pliego de condiciones”; b) a este primer PRINCIPIO DE LEGALIDAD se adita el de **IMPOSIBILIDAD de alterar la esencia del objeto del contrato** (pliego de condiciones); y c) el tercer principio es el de la **INCOLUMNIDAD DE LA ECUACIÓN ECONÓMICO-FINANCIERA** del contrato (“Manual de Contratación Administrativa”, t.I, pags. 136 y sgs)”

² Sentencia TCA N° 940/011 del 10/11/2011- CADE- “Debe convenirse que, como enseña CASSAGNE, la selección del contratante privado encuentra en la Licitación Pública el cauce general de la contratación

ido elaborando el concepto de Licitación, pudiéndola definir como “*un procedimiento administrativo que consiste en una invitación a contratar de acuerdo a bases previamente determinadas con la finalidad de obtener la oferta más beneficiosa para la Administración.*”³

Para llevar adelante toda contratación, la Administración cuenta con un gran poder discrecional que ejercerá dentro de los límites precisos fijados por normas y principios de Derecho. Las normas reguladoras de ésta actividad estatal, serán aquellas específicas en la materia (TOCAF, entre otras) y toda otra vigente en el ordenamiento jurídico Nacional, como lo es la ley de orden público LPDC, cuyo alcance subjetivo está claramente establecido en su artículo 3º: “*Todas las personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, nacionales y extranjeras, que desarrollen actividades económicas con o sin fines de lucro, en territorio uruguayo, están obligadas a regirse por los principios de la libre competencia.*” centrando su objeto en el fomento “*el bienestar de los actuales y futuros consumidores y usuarios, a través de la promoción y defensa de la competencia, el estímulo a la eficiencia económica y la libertad e igualdad de condiciones de acceso de empresas y productos a los mercados*”, (art. 1 LPDC) previendo como únicas excepciones las limitaciones “*establecidas por ley, por razón de interés general*” (art. 2º)

3.4.- La simple compulsión realizada en esta instancia permite sostener que no se encuentran oposiciones, ni mayores controversias entre los cuerpos regulatorios analizados, por el contrario ambos campos normativos –regulación específica y LPDC- estimulan la competencia.

3.5.- Ahora bien, corresponde precisar que las contrataciones Estatales presentan una serie de singularidades que las diferencian de aquellas realizadas entre particulares en razón del objetivo perseguido. Mientras que los particulares procuran la satisfacción de un interés propio, el Estado buscará la satisfacción de un interés general y público, para lo cual y siempre dentro de los límites legales, discrecionalmente⁴ fijará las características que entienda más adecuadas para tal logro.

administrativa que se configura, básicamente, como un procedimiento por el cual, mediante una convocatoria o llamado a los eventuales interesados para que formulen sus propuestas con arreglo a un pliego de condiciones, la Administración proceda a elegir la que le resulte más conveniente. Siendo indudable, que se trata de un género que comprende varias especies, las cuales tienen en común la limitación de la discrecionalidad sobre la base de los principios de publicidad, concurrencia e igualdad” (“El Contrato Administrativo” pag. 86)

³ Dr. Flores-Dapkevicius – Contratos Administrativos y Licitación Pública: De acuerdo al TOCAF, Dto. 150/012- CADE- Doctrina N° 802, pag. 11.

⁴ En cuanto al poder discrecional de la Administración, el Dr. Cajarville señala: “...En principio, esa es una decisión discrecional del órgano competente. Quiere decir que ese órgano definirá las características del

Esas “características” deberán ser el fundamento de toda licitación y pasarán a conformar el propio objeto de la proyectada contratación; así “*El objeto de la licitación es en verdad el objeto del futuro contrato que celebrará con la Administración el oferente que resulte seleccionado en el procedimiento*”⁵

Tal particularidad no impide en modo alguno, que las contrataciones Estatales se realicen mediante procedimientos competitivos⁶ que garanticen la igualdad de los interesados a participar; nótese que incluso se encuentra prevista como sanción, la nulidad del llamado, para casos en que no se brinde tratamiento igualitario a los oferentes (artículo 46 del TOCAF).

3.6.- El procedimiento seguido para realizar las contrataciones administrativas – incluso en su instancia previa o preparatoria de elaboración de Pliego⁷, se rige por las normas específicas antes citadas y una serie de principios tales como el de *razonabilidad, igualdad, buena fe*, entre otros⁸; los que pueden fácilmente encontrarse en varias disposiciones del TOCAF, como ocurre por ejemplo con las que refieren a los “*los requisitos de admisibilidad de las propuestas*” y “*las condiciones especiales y económico-administrativas del contrato y su ejecución*” (TOCAF, art. 44); determinando que “*deberá contener: la descripción del objeto de la licitación, las condiciones especiales o técnicas, ...y toda otra especificación que contribuya a asegurar la claridad necesaria para los posibles oferentes.*” (TOCAF, art. 45)⁹

objeto que entienda requeridas para que ese bien o servicio de que se trate sea adecuado para satisfacer el interés público que persigue la Administración con el contrato en cuestión.”- Juan P. Cajarville – Sobre Derecho Administrativo ..- ob.cit. 317

⁵ Juan P. Cajarville – Sobre Derecho Administrativo ..- ob.cit. 315

⁶ Juan P. Cajarville – “*Los procedimientos competitivos son posibles porque todos los participantes no son iguales, y en cuanto no lo son, es legítimo que reciban tratamientos desiguales. Por supuesto, en cada caso, deberá establecerse cuáles son los factores de desigualdad y en que sentido deben ser considerados; todo conforme a lo que dispongan las reglas de derecho aplicables, entre ellas el mentado principio de razonabilidad*” - Sobre Derecho Administrativo- Tomo II, FCU, ed. 2007, pag. 305

⁷ Al decir de Dromi los pliegos son como “*la ley del contrato*”, por cuanto establece cláusulas que son fuentes principales de derecho y obligaciones de los intervinientes en la licitación, obligatorias para todos, inclusive la propia Administración (Dromi, -*Licitación Pública*- 1999 pag. 273). Así lo ha entendido la jurisprudencia del TCA: “*Los pliegos de las Licitaciones Públicas contienen un conjunto de prescripciones que comprenden desde reglas de procedimiento, requisitos técnicos y financieros de las ofertas, criterios de selección hasta cláusulas de naturaleza contractual que regirán la futura relación con el adjudicatario. Y, más allá de la existencia de posiciones doctrinarias que postulan ya, la naturaleza contractual y/o el carácter normativo o reglamentario de esos pliegos, en puridad resulta que ambas naturalezas no hacen más que revelar la peculiar condición jurídica variable y progresiva, propias de los pliegos de condiciones.*” Sentencia TCA N° 940/011 dictada el día 10/11/2011

⁸ El tema ha sido tratado en profundidad tanto en doctrina como en jurisprudencia. Ver Sentencia TCA, N° 940/010 del 11/11/2010 CADE.

⁹ Juan P. Cajarville – Sobre Derecho Administrativo ..- ob.cit. 316

Estas condiciones que a primera vista pueden verse como “limitación” a los sujetos interesados en participar en el llamado, resultarán válidas en tanto no vulneren el principio de igualdad, vale decir sean “necesarias e idóneas para la satisfacción del interés público a que tiende el contrato a celebrarse.”; resultando en consecuencia ilegítimas aquellas condiciones que únicamente puedan ser cumplidas por una determinada persona apartándose del fin perseguido originariamente ^{10, 11} (artículo 46 del TOCAF). En conclusión “...la Administración debe limitarse a predeterminar en los pliegos aquellas variables en la medida necesaria para que el objeto sea apto para satisfacer la necesidad pública que motiva la celebración del contrato.”¹²

Así citando a Dromi –Licitación pública, cit. Pag. 249“...el llamado que circunscribe excesiva o innecesariamente al objeto, aleja de la licitación a quienes podrían concurrir a ella con propuestas susceptibles de satisfacer los intereses de la Administración. En este caso, tampoco sería respetado el principio de igualdad.”¹³. En consonancia con lo antes señalado el art. 54 inc. 4 del TOCAF, dispone que “La legítima determinación del objeto en los pliegos de bases y condiciones sólo puede entonces contener aquellas características relevantes que aseguren su aptitud para satisfacer la necesidad pública en juego. La ley considera que “las condiciones técnicas establecidas en los pliegos tienen un carácter esencialmente indicativo para la consecución del objeto del llamado”, quedando claramente estatuido que deberá existir una “necesaria vinculación entre la predeterminación de variables del objeto del contrato por los pliegos y su razonable aptitud para la consecución del objeto del llamado”.¹⁴

3.7.- El régimen especial- TOCAF- también prevé que el pliego “deberá contener” la enunciación de “los principales factores que se tendrán en cuenta además del precio para evaluar las ofertas” (art. 54); atribuyendo a las Comisiones Asesoras de Adjudicaciones¹⁵ “el

¹⁰ Sentencia TCA, N° 940/010 del 11/11/2010 CADE.

¹¹ Juan P. Cajarville – Sobre Derecho Administrativo ...- ob.cit. 306

¹² Juan P. Cajarville – Sobre Derecho Administrativo ...- ob.cit. 319

¹³ Juan P. Cajarville – Sobre Derecho Administrativo ...- ob.cit.317

¹⁴ Juan P. Cajarville – Sobre Derecho Administrativo ...- ob.cit. 320

¹⁵ “Se descarta sin lugar a ninguna duda, que el dictamen de la C.A.A. tenga carácter vinculante. Expresa DELPIAZZO al respecto: “Desde el punto de vista formal, de los arts. 57 y 59 del Texto Ordenado, surge que este pronunciamiento de las Comisiones Asesoras de Adjudicaciones debe ser fundado y necesario, es decir que debe contener la explicitación de las razones en base a las cuales se aconseja la adjudicación a favor de una oferta en detrimento de otra y a la vez debe existir, o sea, no se puede prescindir de ese dictamen. En cambio NO es VINCULANTE, es decir, no obliga al órgano de adjudicación a proceder conforme a lo dictaminado”(Manual de Contratación Administrativa, Tomo I, pag. 107). A su vez, el art. 57, inc. 1º, del TOCAF, en su última oración, establece: “Dicho pronunciamiento tendrá carácter de dictamen o informe para el ordenador del gasto y no creará derecho alguno a favor del oferente seleccionado”. En tanto que el art. 58 del referido TOCAF, agrega: “Si la adjudicación no recayese en el oferente u oferentes aconsejados por la

cometido de dictaminar o informar sobre la oferta más conveniente a los intereses del Estado y las necesidades del servicio” (TOCAF, art. 57)¹⁶ .

El acierto de la descripción del objeto en el pliego, para bien lograr el interés público pretendido, evitará “predeterminar ilegítimamente el adjudicatario, dando lugar a favoritismos y abriendo camino a la posibilidad de corrupción.”¹⁷

Por tanto, toda vez que la administración actúe conforme a derecho y justifique las condiciones que requiere contener el objeto del futuro contrato, en aras de la satisfacción del interés general, no limitará la competencia y en consecuencia resultará legítima la designación de el o los oferentes que se ajusten a los requisitos exigidos ¹⁸

3.8.- La jurisprudencia del TCA es clara y conteste en sostener que los cuestionamientos técnicos realizados por los interesados sobre las condiciones del pliego deben estar fundados a través de medios probatorios idóneos.¹⁹

3.9.- Por su parte la LPDC, cuyo ámbito subjetivo y objeto fuera anteriormente mencionado, procura que la competencia en el mercado se desarrolle de manera “transparente(s) y cristalina(s), sin abusos de especie alguna, y cuyo centro de atención permanente sea el consumidor y sus necesidades”²⁰. Lo cual resulta en sintonía con la regulación de los procedimientos de contratación administrativa.

3.10.- Ahora bien, podrían llegar a darse condiciones en los Pliegos que restrinjan la competencia, cayendo en algunas de las prácticas prohibidas por la ley LPDC en su

Comisión, deberá dejarse expresa constancia de los fundamentos por los cuales se adopta resolución divergente” (Sentencia 222/2000).-” Sentencia TCA, N° 940/010 del 11/11/2010 CADE.

¹⁶ Juan P. Cajarville – Sobre Derecho Administrativo ..- ob.cit. 322

¹⁷ Juan P. Cajarville – Sobre Derecho Administrativo ..- ob.cit. 325

¹⁸ Juan P. Cajarville- “Los oferentes deben ofrecer bienes o servicios adecuados a las variables predeterminadas en el pliego de bases y condiciones. La adecuación de las ofertas a los requerimientos del pliego se impone por el principio de respeto a los pliegos de condiciones “exigencias esenciales” o “requisitos sustanciales”, contengan “apartamientos sustanciales” a esas exigencias del pliego, o no se ajusten “razonablemente a la descripción del objeto, teniendo en cuenta la complejidad técnica” y teniendo presente que “las condiciones técnicas establecidas en el pliego tiene un carácter esencialmente indicativo para la consecución del objeto del llamado” – Sobre Derecho Administrativo ..- ob.cit.317

¹⁹ “La Corporación tiene dicho, en términos trasladables in casu, que: “La actora, al cuestionar elementos esenciales en la oferta de la empresa adjudicataria, debió probar adecuadamente, esto es, por medio idóneo, los incumplimientos invocados y con ello intentar variar el dictamen de la Comisión Asesora de Adjudicaciones (CAA)... La Sala ha expresado en situaciones similares, que si es necesario rebatir apreciaciones técnicas fundadas, de los funcionarios de la Administración , es indispensable producir prueba pericial que ilustre en esos aspectos, como única forma de informar o demostrar a la Corporación los errores de la decisión administrativa.....” En Sentencia TCA N° 940/011 del 10/11/2011 - CADE

²⁰ Clarisa Rodríguez – Los principios generales que rigen la nueva ley de Promoción y Defensa de la Competencia – en Estudios Sobre Defensa de la Competencia y Relaciones de Consumo. FCU, ed. 2008, pag. 25

artículo 4° (listado no taxativo), sobre las cuales también se aprecia coherencia con las disposiciones del TOCAF.

Así por ejemplo, en el caso que nos ocupa, las posibles violaciones a la ley que podría haber incurrido la Administración, encontramos la enunciada en el literal G: *“obstaculizar injustificadamente el acceso al mercado de potenciales entrantes al mismo.”*

Para analizar tal conducta primeramente se debería delimitar el “mercado relevante” en sus dos dimensiones: de producto y geográfico (art. 5 LPDC) ²¹; en este caso : ropa hospitalaria dentro del ámbito nacional, público y privado.

Determinado el mismo, si las condiciones establecidas en los pliegos impidieran o menoscabaran injustificadamente el acceso del recurrente, se podría llegar a configurar una inconducta por parte de la Administración si esta estuviera gozando de una posición dominante.

Debe ponderarse que el mercado relevante para el caso que nos ocupa podría ir más allá del ámbito público. Si los bienes que el recurrente pretende suministrar a la administración, pudieran ser vendidos en el sector privado, difícilmente podría acaecer una conducta reprochable desde el ámbito de la ley LPDC, sin perjuicio de la eventual nulidad que se podría pretender en el ámbito público, por las razones antes expuestas. Esta particular situación nos lleva a entender que algunas prácticas o conductas que pudieran resultar observadas según las disposiciones del TOCAF, no necesariamente deberían considerarse anticompetitivas a la luz de la 18159.

En cuanto al producto, serán parte del mismo mercado todos aquellos que presenten las referencias exigidas en los pliegos y sus sustitutos en tanto logren cumplir el fin perseguido en la contratación. Todos estos bienes, incluidos los sustitutos, conformaran el mercado desde el punto de vista del producto.

En el caso concreto si se pudiera comprobar la existencia de productos similares que aun compuestos de otros materiales, gramaje, tejido, confort, etc. pudieran cumplir con las exigencias dispuestas en los llamados, serían productos sustitutos y por lo tanto formarían parte del mercado. La exclusión injustificada, o negativa a participar como oferentes, realizada sobre éstos sustitutos resultará ilegítima, a la luz de la ley de competencia, en tanto “restrinja u obstaculice injustificadamente el acceso al mercado”

²¹ Resolución de la CPDC N ° 2/009 de fecha 12 de mayo de 2009.

Según la información que obra en el expediente, en este caso se habría establecido, como una de las tantas condiciones, que la ropa debería cumplir un específico gramaje por m² (30, 40 o 50) (fs.17), lo que a primera vista permite entender que quedarían fuera aquellos bienes que no cumplieran con exactitud el requisito planteado ya que no se previó posibilidad de margen alguno. Esta particularidad no llegaría a poder ser considerada restrictiva, si tales características fueran esenciales para el fin perseguido y propuesto, de lo contrario si “tecnicamente”, se lograra demostrar que no resultan esenciales para el buen logro del fin propuesto, la limitación será injustificada.

4. CONCLUSIONES

En primer lugar, esta asesora entiende pertinente comunicar que el tema sobre el impacto de la LPDC en la normativa de contrataciones estatales merecería un futuro estudio en profundidad.

En cuanto al caso que nos ocupa, a la luz de la información brindada, no es posible realizar conclusiones absolutas emitiendo juicio definitivo sobre si existió o no acaecimiento de alguna de las conductas no permitidas por la LPDC por parte de la Administración. Resulta imprescindible contar con una definición precisa del mercado relevante para atender los posibles bienes sustitutos que pudieren corresponder, así como también evaluar la eventual posición dominante sobre el mercado de ropa hospitalaria de quien realiza la compra.

Si fuere del caso que dentro de un hipotético mercado relevante, la Administración ostentara una posición dominante y el bien propuesto por el recurrente cumpliera la condición de “sustituto”, fácilmente podría haberse verificado una conducta anticompetitiva de la administración al realizar un pliego restrictivo sin justificación alguna; sin perjuicio de tener presente la potestad del órgano de aplicación conferida por el artículo 2 LPDC, en tanto “...podrá tomar en cuenta si esas prácticas, conductas o recomendaciones generan ganancias de eficiencia económica de los sujetos, unidades económicas y empresas involucradas, la posibilidad de obtener las mismas a través de formas alternativas, y el beneficio que se traslada a los consumidores.”

Si por el contrario, la Administración no tuviera una posición dominante, aun siendo los bienes “sustitutos”, difícilmente podría haber acaecido una conducta anticompetitiva.

A igual conclusión se arribaría, ante el caso de que los productos no fueran sustitutos, dado que no serían parte del mismo mercado.