



JOSÉ ARTIGAS
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay
Ministerio de Economía y Finanzas

Informe No 72/014

Montevideo, 12 de agosto de 2014

ASUNTO N° 20/2013: PROMINENT BRASIL LTDA. C/OSE (DENUNCIA)

1. ANTECEDENTES

Con fecha 30 de diciembre de 2013 (a fs. 4 y ss.) comparece la empresa PROMINENT BRASIL LTDA. (en adelante PROMINENT) denunciando a OSE por la supuesta comisión de prácticas anticompetitivas.-

Luego de darse vista a la denunciada, quien efectuó sus descargos a fs. 35 y ss., por Resolución N° 52 del 10 de junio de 2014 la Comisión dispuso la prosecución de las actuaciones y el diligenciamiento de los medios probatorios propuestos, con las salvedades que surgen del Informe N° 45/014.-

La Resolución de referencia, que oportunamente fuera recurrida por OSE, fue confirmada por Resolución N° 72 del 5 de agosto de 2014, estando siendo sustanciado en este momento el recurso de alzada ante la órbita del Ministerio de Economía y Finanzas.-

El 5 de agosto de 2014 se celebró la audiencia de declaración de testigos (fojas 81 y ss.), no existiendo al momento prueba pendiente de diligenciamiento.-

En virtud de lo expuesto, vienen estos autos a los efectos de la elaboración de informe jurídico.-

2. ANÁLISIS

2.1. Situación denunciada

La denunciante plantea que la Licitación Pública Internacional N° 13.750 organizada por OSE es ilegítima por cuanto sus bases establecieron restricciones contrarias a las normas de Defensa de la Competencia.-

Señala asimismo que estas restricciones carecen de justificación, e implican un apartamiento a la conducta mantenida hasta el momento por OSE (teoría de los actos propios), quien con anterioridad había admitido en sus bases la adjudicación parcial, tal como ocurrió en la Licitación Pública Internacional N° 10.338.-

A entender de la denunciante *“Los términos y condiciones, en que la OSE, formuló el llamado, en particular sin permitir, que se adjudique por lotes individualmente considerados, sino por el contrario, requiriendo adjudicar, por el conjunto del total de 8 ítems, importa claramente, sin justificación valedera y razonable alguna, una práctica prohibida, conforme lo dispuesto en los arts. 2 y 4 literales B), G), I), de la ley –de orden público- ya citada N° 18.159, de 20/07/2007.”* (fs. 5).-

De este modo, a entender de la denunciante, OSE: a) *“limita de modo injustificado el desarrollo de servicios en perjuicio no sólo de competidores –como nosotros- sino también de los consumidores...”*; b) *“obstaculiza injustificadamente el acceso al mercado de potenciales entrantes al mismo...”*; c) *“rechaza injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios”* (fs. 5 vuelto).-

“Los objetos y artículos licitados, que componen los 8 ítems de la lista, admiten, por su naturaleza y características, que sean suministrados por proveedores diferentes e independientes.”, por lo que la Administración no debería quedar *“atada”* a un solo proveedor, y menos aún dadas las condiciones de precio en las que ofertó PROMINENT (fs. 5 vuelto y 6).-



JOSÉ ARTIGAS
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay
Ministerio de Economía y Finanzas

Señala que su oferta “*ni siquiera fue evaluada, ni contable ni técnicamente*”, “*en señal inequívoca de la ilegalidad y nulidad de los pliegos que regularon la licitación, así como de la existencia, instrumentación y realización de prácticas anticompetitivas.*” (fs. 6).-

Destaca asimismo la violación de los artículos 45 inciso final y 149 del TOCAF, y señala que PROAGUA tampoco pudo participar de la licitación, dada una exigencia de “*capacidad financiera*” que a entender del denunciante también resulta anticompetitiva.-

2.2. Análisis de la situación fáctica

a) Sobre el fondo del asunto

De las probanzas diligenciadas y agregadas a las presentes actuaciones surge constatado, y aún reconocido por la propia denunciada, la existencia de un cambio de criterios en lo que refiere a la elaboración de los pliegos licitatorios.-

A entender del suscripto, y de acuerdo a lo que hasta el momento surge del expediente, estas variaciones en las condiciones del pliego se encuentran debidamente justificadas.-

En efecto, tanto las declaraciones testimoniales como los antecedentes administrativos presentados por OSE permiten concluir que los pliegos no admitieron la adjudicación parcial por cuanto:

- Las unidades a adquirir requerían de su armado conjunto y puesta en marcha, con la consideración de que debían trasladarse y armarse en forma simultánea en distintos lugares del medio rural. Esta situación llevó a que la Administración considerara pertinente la contratación de una única empresa proveedora, a los

efectos de facilitar y asegurar una correcta prestación de los servicios conexos referidos en los pliegos licitatorios.-¹

Conforme se expresa en el Informe que surge a fojas 35 del expediente de sustanciación de los recursos administrativos interpuestos por PROMINENT contra el acto adjudicatorio, *“Existen claras y fundadas razones técnicas que justifican porque el Organismo licitó de esta manera conforme surge del informe que se adjunta a fojas 26 a 29 denominado ‘Exposición de motivos técnicos para el armado del Pliego de la Licitación 13750` quedando absolutamente claro que no fue una decisión arbitraria ni infundada. Era para Ose fundamental que un solo responsable pueda realizar la supervisión y puesta en funcionamiento del sistema. Los diferentes elementos individualmente considerados si bien tendrían por separado una utilidad específica, unidos y en conjunto tienen una funcionalidad especial, que se explica además por ubicarse junto a otros elementos separados (una perforación de agua y un tanque elevado). La condición de que los interesados ofertaran por todos los ítems necesarios para la puesta en funcionamiento de estas unidades potabilizadoras se explica por la circunstancia de que el almacenaje, armado y logística de distribución de las partes por separado ocasionaba a la Administración mayores costos. OSE no utiliza las partes individuales en forma separada sino todo lo contrario; ello determina que las distintas partes individuales podrían almacenarse, moverse e instalarse por separado, pero ello ocasionaría mayores costos a la Administración. Asimismo si por cualquier circunstancia varias partes individuales del set se dañan luego de su puesta en funcionamiento, es mucho más eficiente contar con un único responsable que garantiza todas las piezas individuales que con varios responsables que únicamente garantizan las piezas individuales”.-*²

- La presencia del BID exigió un estricto cronograma de cumplimiento de plazos, que de verse incumplido haría peligrar la fuente de financiamiento de la

¹ (“El proveedor deberá cotizar como servicio conexo, el costo de la presencia de sus técnicos durante las tareas de instalación y puesta en funcionamiento de los equipos” -Sección IV. Punto 3.4.1).

² Coincidente con las declaraciones testimoniales diligenciadas ante esta oficina, especialmente las preguntas 12 a fojas 84 vuelto y 85, 6 a fojas 87, y 6 a fojas 89 vuelto; y prueba documental, fojas 27 y siguientes de los antecedentes administrativos de los recursos de revocación, jerárquico y anulación presentados por PROMINENT ante OSE.



JOSÉ ARTIGAS
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay
Ministerio de Economía y Finanzas

licitación.³ Esta situación fue considerada al momento del diseño de las bases del pliego, entendiéndose que una pluralidad de proveedores podía ser un factor de enlentecimiento en la ejecución de las tareas previstas.-

El propio TOCAF establece que el principio general en la contratación pública es que las adjudicaciones de las ofertas sean por el cien por ciento de lo licitado, salvo que la Administración decida prever una solución distinta.

Conforme establece el artículo 48 del TOCAF: *“El pliego único de bases y condiciones generales será complementado con un pliego de bases y condiciones particulares para cada contratación... El pliego particular podrá establecer que la adjudicación se pueda dividir de determinada forma entre dos o más oferentes”*.-

Si bien es cierto que la naturaleza y características de los ítems admiten ser suministrados por distintos proveedores, la Administración, dentro de sus potestades, y conforme a la normativa y a los argumentos expuestos precedentemente, decidió especificar en sus pliegos que no se adjudicaría parcialmente, lo cual a entender del suscripto no constituye ilegalidad alguna.-

La parte denunciante también invoca la teoría de los actos propios cuestionando la conducta de la Administración.-

Como señaláramos, el cambio de criterios empleados para el diseño de las bases se encuentra debidamente justificado, y más aún si se toma en cuenta que la Licitación N° 10.338 no era idéntica a la N° 13.750:

³ Preguntas N° 11 y 12 a fojas 84 vuelto y 85, 4 y 5 a fojas 87, 4 y 5 a fojas 89 vuelto.

- No era necesaria la contratación de “servicios conexos”;
- La licitación N° 10.338 estaba financiada por OSE y no por el BID;
- En aquel entonces OSE tenía bombas en stock.-

En virtud de lo expuesto no es posible concluir que la forma de adjudicación prevista en los pliegos haya sido anticompetitiva o tenido por objeto la obstaculización de los oferentes.-

No debe perderse de vista además que:

- El oferente podía subcontratar o consorciarse, e incluso utilizar productos de distintas marcas, lo cual evidencia el interés de la Administración en ampliar la gama de oferentes;
- Más allá de las publicaciones de estilo, debe destacarse que la Administración invitó directamente a distintas empresas para que ofertaran (incluida PROAGUA)⁴, lo cual no se condice con el eventual fin de obstaculizar la presentación de oferentes.-

Adicionalmente debe destacarse que la denunciante decidió presentarse al llamado licitatorio aceptando las bases, para luego, al resultar perdedora, denunciar las mismas como anticompetitivas. Sin perjuicio de ello, y a pesar de la evidente contradicción en el accionar de la denunciante, es menester destacar que la Ley N° 18.159 fue dictada en pro del bienestar de los consumidores y usuarios, no de las empresas, y por lo tanto, la actitud de la denunciante se vuelve irrelevante a los efectos de proseguir con la investigación de los hechos denunciados.-

⁴ Conforme surge del Expediente N° 891/013 a fojas 116 y ss.



JOSÉ ARTIGAS
UNIÓN DE LOS PUEBLOS LIBRES
BICENTENARIO.UY



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia



República Oriental del Uruguay
Ministerio de Economía y Finanzas

Respecto al rechazo de la oferta efectuada por PROMINENT, resulta evidente que el mismo obedeció a que la empresa denunciante no cumplió con los requisitos esenciales o mínimos de los pliegos, con el agravante de que previamente se había consultado sobre tales extremos conforme surge a fojas 183 del expediente N° 891/013.-

En relación a las exigencias de solvencia económica denunciadas, se entienden más que razonables las explicaciones brindadas por la denunciada a fojas 43 reverso y 44.-

b) Objeciones manifestadas en la audiencia

En audiencia del 5 de agosto de 2014 el Dr. Rijo planteó su objeción a algunas repreguntas efectuadas por la denunciada, alegando que *“extralimitaba claramente el objeto del testimonio para el cual fue propuesto el declarante”*.-

Conforme surge de fojas 46 vuelto asiste razón al letrado patrocinante en cuanto a la extralimitación denunciada. Sin embargo, conforme al artículo 25 del Decreto N° 404/007, esta oficina cuenta con *“las más amplias facultades”* probatorias, pudiendo diligenciar toda prueba que *“considere necesaria para el esclarecimiento de los hechos bajo investigación”*, aún cuando la declaración exceda del objeto previsto en el escrito del proponente.-

Sin perjuicio de ello, entendemos que sobre este aspecto asiste razón a la denunciante, aunque por fundamentos diferentes: tal como se expresara en informe N° 45/014 a fojas 53, al menos hasta el momento, el vínculo PROAGUA-PROMINENT carece de relevancia para la causa, por lo que no se ingresará al análisis del contenido de las declaraciones objetadas.-

3. CONCLUSIONES

En virtud de lo expuesto precedentemente, este asesor entiende que la prueba diligenciada hasta el momento no permite concluir la existencia de práctica anticompetitiva alguna.-