

REPUBLICA ORIENTAL
DEL URUGUAY



MINISTERIO
DE
ECONOMIA Y FINANZAS

UNIDAD CENTRALIZADA DE ADQUISICIONES

RESOLUCIÓN N° 61/012

Expte. N° 1531/2012

Montevideo, 4 de mayo de 2012

VISTOS: los recursos de revocación y jerárquico en subsidio interpuestos por las firmas Roemmers S.A., Antía Moll y Compañía S.A., Szabó S.A., Spefar S.A., Urufarma S.A., Laboratorios Celsius S.A., Laboratorio Ion S.A., Laboratorios Dispert S.A., Laboratorio Libra S.A., Noas Farmas Uruguay S.A., Laboratorio Fármaco Uruguayo S.A., Laboratorios Haymann S.A., Icu Vita S.A., Promofarma S.R.L., Herix S.A., Gramon Bagó S.A., Athena S.A., Lazar S.A., Teva Uruguay S.A. y Brandt Laboratorios del Uruguay S.A. contra el Pliego de Condiciones Particulares del Llamado N° 6/2012 "Suministro de Medicamentos – Grupo 1", publicado el día 27 de marzo de 2012.

RESULTANDO: I) que por Resolución N° 50/012 de fecha 17 de abril, se dispuso levantar el efecto suspensivo acaecido por la interposición de los mencionados recursos administrativos, al amparo del artículo 62 del TOCAF.

II) que las firmas recurrentes se agravian por considerar que el mencionado acto administrativo vulnera principios generales de contratación administrativa y normas específicas en la materia; asimismo consideran que se incumple con una reciente sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

III) que, en particular, los agravios refieren a que: a) la UCA no asegura la compra de cantidades mínimas, reservándose la posibilidad de revocar ilimitada e íntegramente las cantidades pre-adjudicadas, lo que constituye una vulneración de los principios de certeza jurídica, igualdad, concurrencia y buena administración, considerándose además que la UCA no puede eximirse de responsabilidad en caso de anulaciones totales o parciales del Llamado; b) el Pliego establece una forma de pago sujeta al arbitrio de la Administración, siendo por tanto ilegítima, debiendo establecerse en el mismo un criterio objetivo para el cálculo de la fecha de pago de las facturas; c)

la UCA debe exigir a los oferentes al momento de la presentación de ofertas el efectivo y correcto cumplimiento del Decreto N° 21/007 sobre el control de calidad de los productos importados, considerándose que no se establecen mecanismos efectivos en ese sentido; d) el Pliego habilita a adjudicar sin límite, en base al criterio de preferencia médica; e) el Pliego establece un ranking de empresas que no es adecuado y viola los legítimos intereses de los oferentes y por último, f) no es ajustado a derecho que la UCA traslade la responsabilidad de la ejecución del contrato.

IV) que, en suma, solicitan se revoque parcialmente el Pliego del Llamado en cuestión, de acuerdo a los términos manifestados en el recurso, haciendo expresa reserva de ampliar los fundamentos de los agravios expuestos.

CONSIDERANDO: I) que habiéndose presentado dichos recursos administrativos contra el Pliego de Condiciones Particulares del Llamado N° 6/2012 "Suministro de Medicamentos – Grupo 1" con fecha 13 de abril, el que tiene fecha de apertura el día 9 de mayo, se considera oportuno y conveniente a los intereses de la Administración su resolución en forma previa a ese acto.

II) que la potestad de no asegurar la compra de cantidades mínimas y la posibilidad de revocar ilimitada e íntegramente las cantidades pre-adjudicadas no constituye una vulneración de los principios de certeza jurídica, igualdad, concurrencia y buena administración ya que el derecho de contratar nace de la adjudicación, por lo que, antes de ésta, la Administración puede revocar su Llamado, sin menoscabo del oferente, porque éste se encuentra en una situación de expectativa, no de derecho.

III) que la facultad discrecional de la Administración de contratar o no contratar está especialmente consagrada en el artículo 59 del TOCAF, el que establece que los ordenadores de gasto serán competentes para disponer la adjudicación definitiva de cada contratación o declararla desierta en su caso, o rechazar la totalidad de las ofertas presentadas.

IV) que es abundante la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo que afirma que el oferente no tiene un derecho subjetivo, ni un interés

REPUBLICA ORIENTAL
DEL URUGUAY



MINISTERIO
DE
ECONOMIA Y FINANZAS

legítimo, personal y directo a la adjudicación sino una "mera expectativa" cuando se presenta a una licitación y no puede exigir a la Administración que se le adjudique el ítem ofertado ni la cantidad del mismo a adjudicar; la Administración puede declarar desierto todo el procedimiento o sólo algunos de los ítems, porque la licitación no es un instrumento para proteger, primariamente, los intereses del licitante sino que su finalidad principal consiste en custodiar el interés público y el bien común.

V) que la seguridad jurídica implica tener la posibilidad de conocer de antemano cuáles son las reglas bajo las que la Administración actuará; supone haber objetivado el derecho de manera tal que la conducta de la autoridad pública sea previsible y, en caso de no serlo, exista alguien con autoridad suficiente para corregir el error y responsabilizar con eficacia al culpable.

VI) que ello significa que el oferente puede confiar en el derecho vigente; las firmas que se presentan como oferentes en los Llamados de la Unidad quieren saber que es lo que el derecho le permite y que es lo que el derecho le prohíbe, aspectos éstos que resultan incuestionables desde el momento que se da a conocer el Pliego de Condiciones Particulares, a partir de su publicación, lo que no puede interpretarse como la garantía de comprar determinada cantidad de medicamentos por parte de la Administración, cuando ex-ante, no es posible determinar con certeza dicha cantidad.

VII) que si bien es cierto que esta previsibilidad es importante en oportunidad de confeccionar la oferta, hay elementos de incertidumbre e imprevisión que representan variables a ser consideradas justamente en esa oportunidad.

VIII) que la Administración cumplió con el principio de igualdad entre los oferentes, dado que la reserva por parte de la Administración del derecho de dejar sin efecto en forma parcial o total el Llamado no discrimina entre los oferentes, siéndole potencialmente aplicable a todos ellos por igual.

IX) que el principio de concurrencia, íntimamente vinculado con el principio de publicidad, que postula la participación de la mayor cantidad de oferentes, posibilitando a la Administración escoger la mejor oferta, no es absoluto en cuanto admite limitaciones fundadas en el interés público, como cuando se exige determinada capacidad técnica, solvencia económica, volumen o cantidad de producto a entregar, no vulnerándose, en el Pliego recurrido, lo dispuesto por el artículo 46 del TOCAF.

X) que la facultad que se ha reservado la Administración de adjudicar total o parcialmente y/o anular un ítem o la totalidad del Llamado, así como ajustar las cantidades, no es lesiva de los derechos de los comparecientes ya que los oferentes tienen una mera expectativa y no un derecho subjetivo, ni un interés legítimo, personal y directo sobre la cantidad precisa demandada; la Administración no está obligada a garantizarles la compra de determinada cantidad de medicamentos porque así se establece en el Pliego de Condiciones Particulares; no se violenta ningún derecho individual de los oferentes porque en definitiva, la compra concreta la realiza el usuario en función de sus necesidades de suministro.

XI) que la Cláusula N° 10.1 "Criterios para la Adjudicación" del Pliego, Documento A, bajo el Capítulo "Adjudicación", es aplicable justamente en esa etapa, por lo que ni contradice ni violenta lo establecido en los artículos 59 y 63 del TOCAF.

XII) que la Cláusula N° 10.2 "Mejora de precios" del Pliego, Documento A, bajo el Capítulo "Adjudicación", que estipula la potestad de declarar desiertos por manifiestamente inconvenientes y optar entre realizar una contratación directa al amparo de lo previsto en el inciso B) del apartado 3° del artículo 33 del TOCAF o incluir los ítems en un nuevo Llamado, de estimar que los precios obtenidos no son convenientes para sus intereses, aún después de la posible instancia de mejora de precios, es aplicable en la etapa de la adjudicación y no vulnera, por estar contenido en el TOCAF, los principios generales y normas de contratación administrativa, adhiriendo, en particular, al elemental principio de buena administración.

REPUBLICA ORIENTAL
DEL URUGUAY



MINISTERIO
DE
ECONOMIA Y FINANZAS

XIII) que la anulación, por parte del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del artículo 4° del Decreto N° 147/009 de 23 de marzo de 2009, mediante Sentencia N° 944 de fecha 10 de noviembre de 2011 bajo el argumento de contradecir lo dispuesto por el artículo 63 del TOCAF, que aplica para aumentos o disminuciones de las prestaciones objeto de los contratos, es decir, con posterioridad a la adjudicación, llevó a la interpretación, por parte de esta Unidad, que la anulación del mencionado artículo 4° sobrevinía por el aumento o disminución de las cantidades adjudicadas, ergo, era factible contemplar la posibilidad de considerar un aumento de las cantidades demandadas en hasta un 30% en la etapa previa a la adjudicación, para contemplar posibles errores o aumentos de la demanda, por lo que las modificaciones realizadas al Pliego fueron formuladas en ese sentido.

XIV) que a efectos de evitar distintas interpretaciones a dicha Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, como se ha evidenciado en los argumentos esgrimidos por ambas partes, Administración y administrados, tanto en la formulación del Pliego como en la fundamentación de los agravios, se entiende conveniente hacer lugar a la impugnación realizada respecto del posible aumento de las cantidades demandadas en hasta un 30% en la etapa previa a la adjudicación.

XV) que, en resumen: a) en forma previa a la adjudicación, el procedimiento de compra de insumos médicos posibilita, y así está recogido en el Pliego de Condiciones Particulares recurrido, realizar variaciones en las cantidades objeto de la contratación, dado que los oferentes no tienen un derecho subjetivo, ni un interés legítimo, personal y directo a la adjudicación; pudiendo la Administración proceder a rechazar todas las ofertas, siempre que no actúe basada en motivos espurios y b) luego de resolver la adjudicación y en aplicación de lo dispuesto por el artículo 63 del TOCAF, puede aumentar las cantidades objeto del contrato en hasta un 20% y 100%, sin consentimiento y con consentimiento del adjudicatario, respectivamente.

XVI) que en cuanto a lo manifestado por los recurrentes respecto de la sujeción del plazo de pago al arbitrio de la Administración, siendo ilegítima y no objetiva, corresponde establecer que el sistema de pago recogido por el Pliego de Condiciones Particulares recurrido es el mismo sistema impuesto y regulado por el Decreto N° 428/002 de fecha 5 de noviembre de 2002, Decreto que, como toda norma legal vigente, resulta plenamente aplicable.

XVII) que la inadmisibilidad alegada por los reclamantes respecto de computar el pago de la factura desde la fecha de su conformidad por parte de la Administración, no solo contradice el sentido común, al posibilitar, por el absurdo, registrar contablemente y procesar para el pago facturas que puedan no corresponderse con los objetos comprados en cuanto a cantidad, calidad y precio, sino que contradice la regulación prevista en los artículos 13 y siguientes del TOCAF, en particular el procedimiento establecido para la liquidación y pago de las obligaciones previsto en el artículo 21 del TOCAF.

XVIII) que en cuanto a lo manifestado por los recurrentes sobre que la Unidad debe exigir a los oferentes el efectivo y correcto cumplimiento del Decreto N° 21/007 sobre el control de calidad de los productos importados, no estableciendo el Pliego mecanismos efectivos en ese sentido, corresponde manifestar que el Pliego de Condiciones Particulares, Documento B, establece en su Cláusula 3.1 "Documentos a presentar con la Oferta", entre otras, los siguientes: constancia de cumplimiento del Decreto N° 21/007 de 12 de enero de 2007 y certificado de registro del Ministerio de Salud Pública que acredite el cumplimiento del Decreto N° 97/011 de 2 de marzo de 2011.

XIX) que el mismo Pliego establece que el cumplimiento de uno o de ambos Decretos será indicado en la oferta con carácter de declaración jurada, debiendo el oferente presentar la documentación expedida por el Departamento de Medicamentos del M.S.P. donde se acredite lo declarado, de resultar adjudicatario.

REPUBLICA ORIENTAL
DEL URUGUAY



MINISTERIO
DE
ECONOMIA Y FINANZAS

XX) que dicho procedimiento permite contar con un espectro más amplio de ofertas al otorgar a los Laboratorios involucrados un determinado tiempo con la finalidad de realizar los estudios analíticos y constancias administrativas pertinentes, teniendo presente que el artículo 1º Decreto N° 21/007 especifica que el cumplimiento de las especificaciones debe ser previo a su comercialización, por lo que el Pliego recoge la normativa vigente.

XXI) que, por otra parte, no le compete a esta Unidad realizar el control de calidad de los productos importados, tal como reclaman los recurrentes, en aplicación de los principios de especialidad y especialización, ya que no está dentro de sus cometidos y facultades, siendo cometido exclusivo del Ministerio de Salud Pública.

XXII) que en cuanto a lo manifestado por lo recurrentes, sobre que el Pliego habilita a realizar adjudicaciones sin límite en base al criterio de preferencia, corresponde establecer que, al respecto, el Pliego en su Cláusula 9 "Factores de evaluación" establece entre otros: "Razones médicas, terapéuticas, técnicas y/o de posología, debidamente fundamentadas, si correspondiere."

XXIII) que la utilización de este criterio de evaluación, basado en razones técnicas, debidamente justificadas y expresadas como motivación del acto, en particular, para atender a pacientes con tratamientos ya iniciados, se ha realizado por parte de la Unidad en porcentajes no significativos, ya que la mayoría de los ítems se han adjudicado por el criterio del precio más conveniente.

XXIV) que en el presente caso, el criterio de evaluación establecido en el Pliego fundado en razones médicas, terapéuticas, técnicas y/o de posología, no vulnera ningún principio ni norma de contratación administrativa y una vez fundamentado debidamente su utilización, queda comprendido en la discrecionalidad de la Administración al momento de adjudicar.

XXV) que dicho criterio se ajusta además a lo establecido por el Decreto N° 315/002 de 20 de agosto de 2002 y por la Ordenanza del Ministerio de Salud Pública N° 497/002 de 28 de septiembre de 2002.

XXVI) que en cuanto a lo manifestado por lo recurrentes sobre que el Pliego establece un Ranking de ofertas no adjudicadas - herramienta prevista a los efectos de garantizar el suministro en casos de desabastecimiento, ante incumplimientos del adjudicatario - que no es adecuado y viola los legítimos intereses de los oferentes, corresponde expresar que el Pliego dispone que, una vez elaborado el cuadro de precios finales, la UCA procederá a determinar un Ranking con las restantes mejores ofertas, para cada ítem, tomando en cuenta que los precios no resulten, a su criterio, manifiestamente inconvenientes, teniendo la facultad, el proveedor, de aceptar su inclusión en el mismo en la instancia de la vista de la pre-adjudicación.

XXVII) que ello implicará que, en caso de ser utilizado dicho Ranking, el oferente que aceptó su inclusión en el mismo deberá mantener su oferta durante la vigencia del Llamado - salvo manifestación en contrario en oportunidad de las prórrogas previstas, según las condiciones estipuladas en la Cláusula 2 "Objeto y plazo del Llamado" del Documento A - y consentir en forma expresa la utilización del Ranking cuando le sea solicitado.

XXVIII) que, por lo expuesto, el Ranking no genera obligación alguna a los oferentes, teniendo en concreto la oportunidad de manifestar expresamente su deseo de participar del mismo en la etapa de pre-adjudicación y luego, de consentir su utilización, es decir, aceptar ser adjudicatario, en forma previa a la resolución por parte de la Administración.

XXIX) que, en consecuencia, la firma oferente aún manifestando su consentimiento de participar en el Ranking, no se convierte en adjudicataria, mantiene su calidad de oferente con su oferta calificada, sin que esto le genere ninguna obligación y adicionalmente, debe prestar su consentimiento expreso para su

REPUBLICA ORIENTAL
DEL URUGUAY



MINISTERIO
DE
ECONOMIA Y FINANZAS

utilización, no violentando en consecuencia, ningún principio ni norma de contratación administrativa.

XXX) que en relación a la responsabilidad que se imputa a la Unidad por parte de los recurrentes en la etapa de la ejecución de los contratos, corresponde establecer que la gestión de compra centralizada es cumplida por este órgano estatal especializado creado por la Ley N° 18.172 de 31 de agosto de 2007, que actúa por cuenta y orden de los denominados usuarios del sistema, por lo que los Llamados realizados están determinados, en cuanto a su definición, cantidad y estándar mínimo de calidad, entre otros aspectos, por los requerimientos formulados por los usuarios del sistema.

XXXI) que, en consecuencia, no es correcto afirmar que la UCA les traslada la responsabilidad de la ejecución del contrato que surge del acto administrativo que adjudica el procedimiento de compra, dado que dicha responsabilidad emerge de la norma que crea el propio procedimiento, artículos 120 y 128 de la Ley N° 17.930 de 19 de diciembre de 2005, citados en el artículo 163 de la Ley N° 18.172 antes referida, al disponer que la UCA comprará por cuenta y orden de los mismos.

XXXII) que es indiscutible que la ejecución se realiza en forma descentralizada dado que los organismos, en su función de administradores de los créditos presupuestales asignados para su gestión, son quienes ordenan el gasto y ejecutan todas las etapas del contrato que emerge del acto administrativo de la adjudicación.

XXXIII) que en definitiva, lo estipulado en el Pliego no vulnera los principios generales y normas de contratación administrativa.

XXXIV) lo informado por el sector Insumos Médicos y por el Asesor Jurídico.

ATENCIÓN: a lo dispuesto por el Decreto N° 147/009 de 23 de marzo de 2009 y el artículo 163 de la Ley N° 18.172 de 31 de agosto de 2007.

REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY
MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS
DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN Y FINANZAS
CALLE 18 DE SEPTIEMBRE 1111 MONTEVIDEO

LA UNIDAD CENTRALIZADA DE ADQUISICIONES

RESUELVE:

1º) Confirmar, en sede de revocación, el Pliego de Condiciones Particulares del Llamado Nº 6/2012 "Suministro de Medicamentos – Grupo 1", salvo en lo que respecta a la Cláusula Nº 2 "Objeto y plazo del Llamado" del Documento A "Cláusulas Genéricas", eliminándose la siguiente disposición: "Las cantidades objeto del Llamado podrán ampliarse en hasta un 30% (treinta por ciento), sin perjuicio de la facultad establecida en el artículo 63 del T.O.C.A.F."

2º) Notificar a las firmas Roemmers S.A., Antía Moll y Compañía S.A., Szabó S.A., Spefar S.A., Urufarma S.A., Laboratorios Celsius S.A., Laboratorio Ion S.A., Laboratorios Dispert S.A., Laboratorio Libra S.A., Noas Farmas Uruguay S.A., Laboratorio Fármaco Uruguayo S.A., Laboratorios Haymann S.A., Icu Vita S.A., Promofarma S.R.L., Herix S.A., Gramon Bagó S.A., Athena S.A., Lazar S.A., Teva Uruguay S.A. y Brandt Laboratorios del Uruguay S.A. y al letrado patrocinante.

3º) Publicar, mediante Comunicado, la modificación al Pliego de Condiciones Particulares del Llamado Nº 6/2012 "Suministro de Medicamentos – Grupo 1" dispuesta por el numeral 1º de la presente Resolución.

4º) Mantener la fecha de apertura del Llamado Nº 6/2012 "Suministro de Medicamentos – Grupo 1" dado que la modificación efectuada al Pliego no vulnera los principios de igualdad y concurrencia.

5º) Publicar en el sitio web de la Unidad y en "comprasestatales".

6º) Comunicar al Tribunal de Cuentas.

7º) Franquear el recurso jerárquico interpuesto.


Cra. SOLANGE NOGUES
Directora Ejecutiva de la
Unidad Centralizada de Adquisiciones del
Ministerio de Economía y Finanzas