



Ministerio
de Economía
y Finanzas



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia

Informe No. 269/2021

Montevideo, 12 de octubre de 2021.

ASUNTO N° 38/2021 - I3 UE 34 D.G.SS.FF.AA.
(Cra. María Eugenia Castro) - CONSULTA.

1. ANTECEDENTES.

Vuelven estos obrados para informe jurídico según pase del día 21 de setiembre de 2021 en virtud de haberse recibido la información solicitada mediante Resolución N° 204/021 de fecha 1 de setiembre, por parte de la Cra. Ma. Eugenia Castro.

Por Resolución N° 204/021 de fecha 1 de setiembre se sugiere solicitar a la UE N° 34 que proporcione copia de los pliegos de condiciones de las referidas licitaciones para poder evaluar si estaría imponiéndose una exigencia que no sería aplicable cumplir a otros ofertantes para el servicio que se pretende contratar, y los excluiría de la posibilidad de ser adjudicatarios de dicha Licitación.

Con fecha 15 de setiembre se recibe correo electrónico por parte de la consultante aportando la información requerida.

2. ANALISIS.

El régimen de contratación pública debe fomentar que la concurrencia de oferentes sea lo más extensiva posible. Esto implicará, entre otras cuestiones, que el diseño legal del procedimiento de contratación y las decisiones que la Administración tome (dentro de la discrecionalidad que le es asignada por ley), no provoque distorsiones a nivel de

competencia, obedeciendo a los principios rectores como de igualdad, publicidad, transparencia, concurrencia, etc.

Del análisis de la información aportada a estos obrados surge que la Dirección General de los Servicios de las Fuerzas Armadas (D.G.SS.FF.AA) a través del Servicio de Tutela Social busca ofrecer el servicio fúnebre en diferentes departamentos y contratar *“empresas que tengan infraestructura para prestar todos los servicios licitados acorde con la jerarquía de los mismos y las exigencias de este pliego...”* y *“deberán acreditar estar en condiciones de prestar la totalidad de los servicios licitados y disponer de los insumos (en especial salas velatorias)...”* (Licitación Abreviada N° 10/16, Cap. I, artículo 2.1, fs. 26 vto.). Además de requerir la inscripción en RUPE, se hace especial hincapié a lo largo del llamado en la idoneidad, infraestructura, calidad y admisibilidad de los candidatos o proponentes para desarrollar el servicio ponderándose de las ofertas el factor precio, calidad y antecedentes del oferente en la materia para resultar adjudicatario.

La suscrita considera que la documentación presentada en autos y en especial, la Licitación Pública N° 1/07, no presentan una excesiva ponderación en los requisitos de admisibilidad como criterio de selección. De cualquier forma, es cuestionable queden fuera del proceso empresas del rubro para el brindar el servicio en el interior del país o no se sientan interesadas a participar y sea CETI S.A. quien finalmente (y repetidamente) termina siendo la adjudicataria. Mas aún cuando la consultante a fs. 1 informa que ésta no ofrece servicios fúnebres, sino que es una sociedad que *“agrupa a las empresas prestadoras de servicios fúnebres del interior (...) y lo que hace es realizar las gestiones con esas empresas y nuclear la documentación para presentar los expedientes de los solicitantes para que se genere el trámite en nuestra unidad ejecutora.”*. En relación a este punto se tiene para decir que se visualiza al menos *“cuestionable”* la condición de adjudicataria, pero que esto excede a la materia de análisis de esta Oficina.

La ley de Promoción y Defensa de la Competencia en su artículo 2° establece que se prohíben todas las prácticas, conductas o recomendaciones que tengan por efecto u objeto restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia actual o futura en el mercado relevante. Sin perjuicio de ello, el mismo artículo citado contempla lo que en doctrina se denomina como *“la regla de la razón”* o *“rule of reason”*, que implica que el análisis de la conducta debe tener en cuenta no solamente la práctica o conducta apartemente



Ministerio
de Economía
y Finanzas



Comisión de Promoción y
Defensa de la Competencia

anticompetitiva, sino también los posibles argumentos de eficiencia. Mediante la aplicación de la regla de la razón, es posible identificar prácticas, conductas o recomendaciones que por sus expresiones externas podrían ser calificadas como prohibidas, pero que haciendo un análisis del caso concreto dicha conducta podría estar justificada, y por ende quedar fuera del alcance de la facultad sancionatoria de la Comisión.

La vinculación entre el adjudicatario y demás agentes del mercado es de difícil probanza, aunque podemos avanzar en la idea de que la intermediación o subcontratación en principio no tiene por qué considerarse un acto o una conducta anticompetitiva. Sin embargo, llama la atención de quien suscribe la asignación del llamado a una empresa que a sabidas no ofrece un servicio fúnebre, sino que articula junto a terceros oferentes la adecuada presentación de los pliegos al fin concreto. Como se comentó arriba, la dinámica llevada a cabo no necesariamente implicaría una violación a las normas de competencia, pero nada objetaría un indicio de acuerdo con terceros en la proposición de ofertas, donde otros se ponen de acuerdo en no participar, o bien, en presentarse a través de un intermediario socavando la puja de ofertas y esto sí constituiría una conducta prohibida para la normativa en defensa de la competencia. En el caso de que existiera una posible subcontratación entre los oferentes, a menudo ocurre que los competidores acuerdan no pujar o presentan una oferta que de antemano saben será perdedora, para luego realizar subcontratos o contratos de suministro de servicio por parte del mejor postor que resultó adjudicatario. Lo mismo sucede con los contratos de exclusividad que en sí mismos no son ilegales, pero pueden afectar la competencia dependiendo de la posición de dominio que se posea en el mercado relevante.

La segunda de las consultas se plantea en el marco de otro procedimiento, donde las empresas se presentan “en bloque” cotizando con el mismo precio. Aquí podría configurarse una presunción tanto más clara de hechos o conductas contrarias a los

principios de libre competencia, como viene de expresarse, a través de maniobras también conocidas como “pactos colusorios” entre oferentes que están hoy expresamente prohibidas por el artículo 4 bis de la Ley N° 18.159 (incorporado por la Ley N° 19.833 de 20/09/2019), en cuanto a “*establecer concertar o coordinar las ofertas o la abstención en licitaciones concursos o subastas*” mediante fijación de precios.

De todos modos, con la información que se tiene para evaluar, y en atención al artículo 28 del mismo cuerpo normativo, aquellas acciones “*que tienen su origen en la realización de prácticas prohibidas por la presente ley, prescribirán a los cinco años de verificadas las mismas, tanto en lo que respecta a la potestad pública de investigar y sancionar a los responsables, como al derecho de los perjudicados directamente por las mismas a obtener el resarcimiento de los daños padecidos.*” Por esta razón la Licitación N° 1/07, N° 1/15, Licitación Abreviada N° 10/16 y Compra Directa por excepción N° 1/17 se encontrarían en su mayoría prescriptas o a prescribir a la brevedad. De no existir situaciones similares que se hayan dado en una instancia más próxima en el tiempo esta asesora se verá imposibilitada a solicitar mayor información en virtud de que, a *prima facie* existirían elementos para analizarse.

3. CONCLUSIONES.

En virtud de lo expuesto, se sugiere brindar respuesta en los términos expresados supra y en segundo término, emitir una recomendación a la Unidad Ejecutora respecto a la redacción de los pliegos, esto es decir, se tomen en consideración posibles vínculos que pudieran existir entre las empresas oferentes para futuras licitaciones.

Dra. Mariana Quagliata