Pfeffer & Asociados
Abogados

# ¿Qué ha decidido el Tribunal de Contratación Pública sobre modificar las bases de licitación en el período de evaluación de ofertas cuando ya se había superado el primer filtro de revisión de los requisitos?

En días recientes, el Tribunal de Contratación Pública acogió una acción de impugnación interpuesta por una Constructora en contra de la Municipalidad de Talagante, por adjudicarle a otra, la licitación pública denominada "Construcción Complejo Polideportivo, comuna de Talagante".

La impugnante alegó que, a diferencia de la adjudicada, a través del portal de mercado público, acompañó todos los permisos de edificación evaluables del total de obras o proyectos en los plazos establecidos en las bases de licitación, por lo que el municipio no debió rechazar el reclamo de ilegalidad presentado en febrero de 2021 por medio de su Decreto Alcaldicio, menos si la empresa que se adjudicó la licitación presentó sólo un permiso de edificación. De ese modo, la adjudicada empresa, fue mal evaluada, es decir, la Comisión Evaluadora se extralimitó en sus atribuciones y realizó una suerte de modificación ilegal de las bases de la licitación, por cuanto en reemplazo del permiso de edificación que aparecía en las bases de licitación, le solicitó que adjuntara actas y certificados de recepción emitidos por unidades de la Dirección de Obras que no tienen dicha atribución.

De manera similar, aduce que, a todos los oferentes se les prorrogó el plazo para acompañar la garantía de seriedad de la oferta, respecto del cual la demandante cumplió con el plazo respectivo, no así, la adjudicada, por cuanto cinco minutos antes de que venciera el plazo, la Municipalidad

otorgó otras 48 horas para cumplir con lo solicitado, lo que permitió a esa empresa adjuntar el documento, el que por cierto no fue debidamente acompañado, puesto que no era susceptible de cobrar de inmediato, dado que contenía una cláusula compromisoria de arbitraje, lo cual resultaba improcedente según las bases.

De igual modo, señala que, la empresa adjudicada incumplió con los requisitos exigidos en las bases respecto a la presentación de la programación financiera, ya que en ésta no se incluyeron las retenciones exigidas en las Bases Técnicas; y el proyecto no tenía concordancia con la carta Gantt, en cuanto la única forma de alcanzar plena coincidencia era mediante la modificación de los estados de pago, para otorgar una garantía vital para el proyecto.

En mérito de ello, estima vulnerados los principios de estricta sujeción a las bases, de igualdad de los oferentes y de legalidad, por lo que solicita que se declare la ilegalidad y nulidad de los actos administrativos impugnados, dejando sin efecto la adjudicación realizada, retrotrayendo el proceso a la etapa de evaluación y que se efectúe una nueva adjudicación atendiendo los términos, condiciones y principios establecidos en las bases de licitación.

La Municipalidad de Talagante contestó que, "(…) el plazo para interponer la demanda comienza a correr desde que el afectado toma conocimiento del acto impugnado y que es un hecho no controvertido que la actora interpuso reclamación de ilegalidad con fecha 10 de febrero de 2021, por lo que queda acreditado que tomó conocimiento del acto que impugna con esa fecha; y la presentación de la demanda tuvo lugar con fecha 12 de marzo de 2021, por lo que la demanda es exptemporánea".

Agrega que el Tribunal de Contratación Pública carece de facultades para conocer y pronunciarse acerca de la ilegalidad del Decreto Alcaldicio, que rechazó el reclamo de ilegalidad planteado por la actora en virtud del artículo 151 de la Ley N°18.695, cuyo conocimiento le corresponde a otro Tribunal, esto es, a la Corte de Apelaciones de San Miguel.

El Tribunal de Contratación acogió la acción de impugnación. El fallo señala que, en virtud del artículo 24 de la Ley N°19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, y el artículo 66 de la Ley N°18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, "(…) sin lugar a duda, que la licitación, se encuentra sujeta a la normativa legal señalada, siendo precisamente competencia de este Tribunal, pronunciarse acerca de las eventuales ilegalidades y arbitrariedades que con ocasión del procedimiento licitatorio pueda haber cometido la entidad licitante y, eventualmente, disponer las medidas que estime pertinentes para restablecer el imperio del derecho."

Despejado lo anterior, indica que, "(…) lo obrado por la Comisión Evaluadora, quebrantó el principio de estricta sujeción a las bases y el de igualdad de los oferentes".

Lo anterior, ya que "(…) más que apuntar a subsanar errores u omisiones de las ofertas, tuvo por objeto modificar uno de los documentos exigidos en los anexos técnicos obligatorios de las bases para efectos de acreditar la experiencia en obras similares, reemplazando la expresión "Permiso de Edificación" por la expresión "Recepción Definitiva".

En lo que concierne a la oportunidad con que se planteó la Solicitud de Aclaración, observa que la modificación "(…) fue inadecuada en dicha etapa del procedimiento licitatorio, toda vez que si la intención de la entidad licitante era permitir la acreditación de la experiencia mediante otro documento más idóneo, debió realizar dicha modificación antes del cierre de las ofertas y durante el periodo de aclaración a las bases de licitación y no como lo hizo, en el período de evaluación de las ofertas, cuando ya habían superado el primer filtro de revisión de los requisitos administrativos, técnicos y económicos establecidos en las bases."

Con ello, la Entidad Licitante infringió el artículo 19° del Reglamento de la Ley N°19.886, al modificar las bases con posterioridad al cierre de las ofertas.

De ese modo, "(…) se produjo una infracción al artículo 10 inciso 3° de la Ley N°19.886, que consagra el principio de estricta sujeción a las bases, vale decir, la Comisión Evaluadora de la Municipalidad de Talagante se extralimitó en el ejercicio de las facultades que le otorga el artículo 40 del reglamento de dicha ley; infringiendo además el punto 7.4.2. de las bases, sobre todo si se considera que ambas normas recogen de manera expresa, como límite a las solicitudes de aclaración, el respeto al principio en comento, que no es más que una expresión del principio de legalidad consagrado en la Constitución".

Igualmente, "(…) el actuar de la Comisión Evaluadora infringió el principio de igualdad de los oferentes, (igualdad ante las bases que rigen el contrato) consagrado en el artículo 9 de la Ley N°18.575, pues como consecuencia de la mencionada aclaración, se favoreció a unos de los oferentes, permitiendo que acreditase una mayor experiencia en cantidad

de metros construidos y con ello mejorara su oferta y finalmente se adjudicara la licitación".

En cuanto a la experiencia en metros cuadrados construidos entre el actor y el adjudicatario, "(…) la evaluación en el factor experiencia efectuado por la Comisión Evaluadora, se realizó trasgrediendo lo establecido en los artículos 19 y 40 del Reglamento de la Ley N°19.886, al modificar las bases de un modo ilegal y arbitrario, al reemplazar el permiso de edificación por el de recepción definitiva, para acreditar la experiencia en metros cuadrados construidos, modificando de paso las bases de licitación. En efecto, esto permitió acreditar la experiencia mediante documentos no considerados en las bases originalmente".

De ahí que, "(…) la evaluación de la actora y de la adjudicada no se ajustó al punto de bases".

Respecto a la garantía de seriedad de la oferta presentada por la adjudicada, resuelve que "(…) no cumplió con lo establecido en el pliego de condiciones, ya que en una cláusula de la póliza se contempla un compromiso, en virtud del cual se otorga competencia a un juez árbitro en caso de conflicto o incumplimiento en la ejecución de la garantía, lo que obsta a su ejecución inmediata".

Sobre la presentación de la Programación Financiera de los estados de pagos mensuales propuestos, advierte que, "(…) la empresa Constructora Pío V Limitada no incluyó las retenciones exigidas para su programación financiera, como lo exigía en forma perentoria el pliego de condiciones".

En consecuencia, los actos administrativos impugnados, vale decir, el Decreto Exento de febrero de 2021 y el Informe Proceso de Evaluación licitación de fecha 3 de febrero de 2021, ambos emanados de la Municipalidad de Talagante, resultan ser ilegales y arbitrarios, por lo que reconoce al actor el derecho a demandar en las sedes jurisdiccionales correspondientes, el pago de las indemnizaciones civiles que estime corresponderle, así como hacer efectivas las responsabilidades administrativas que estime pertinentes.

Vea sentencia Tribunal de Contratación Pública Rol N°56–2021.