

N° 31.798 Fecha: 23-V-2013

Se ha dirigido a esta Contraloría General, doña Ana Fernández Agosto, en representación de Bicicletas Públicas EIRL, denunciando diversas irregularidades en el marco de la licitación “Servicio de Bicicletas Públicas de Providencia 2010-2014” y en la ejecución del contrato suscrito entre la Municipalidad de Providencia y la Sociedad Comercial y Asesorías Zeta Service Limitada, a causa de lo cual solicita se ponga término anticipadamente a este, dejando sin efecto la convención y que se adjudique el proceso en comento al oferente ubicado en el segundo lugar en el orden de prelación previsto en el informe de evaluación.

Alega, por una parte, que no se cursaron multas a la citada empresa, primero, por entregar fuera de plazo dos pólizas, enseguida, en atención a que el software de gestión presentado aún no ha sido aprobado y, por último, debido a que aquella habría infringido la obligación de responder los reclamos o sugerencias en forma oportuna. Además, agrega que dicho municipio, no ha dado cumplimiento al oficio N° 27.807, de 2012, de esta Entidad de Control, al no designar un fiscal para la instrucción del sumario, ni realizar seguimiento y fiscalización al referido acuerdo de voluntades, actuaciones que se instruyeran por el aludido pronunciamiento.

Requerida la Municipalidad de Providencia, informó que es efectivo que las anotadas garantías se acompañaron con posterioridad a la celebración de la mencionada convención, procediendo la aplicación de la multa prevista en el artículo 14 de las bases administrativas y no la invalidación de la adjudicación como pretende la recurrente. No obstante, considerando que fueron aportadas con anterioridad a la puesta en marcha del servicio licitado, no se adoptó sanción alguna.

Agrega la entidad edilicia, en lo vinculado con el atraso en la aprobación del software de gestión, que este se debería, en gran medida, a que la empresa Bicicletas Públicas EIRL, no habría hecho traspaso a la sociedad Zeta Service Limitada de los datos de los usuarios que suscribieron en su oportunidad el antedicho servicio.

Por último, indica, por una parte, que el órgano con atribuciones para conocer de una eventual invalidación del proceso en comento es el Tribunal de Contratación Pública y no esta Contraloría General y, por la otra, que el plazo de interposición de la acción de impugnación se encuentra vencido.

En relación con la procedencia de aplicar las referidas multas, es del caso recordar que el artículo 10, inciso tercero, de la ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, preceptúa, en lo pertinente, que el procedimiento licitatorio se realizará con estricta sujeción, de los participantes y de la entidad licitante, a las bases administrativas y técnicas que lo regulen; y que el artículo 2°, N° 3, del decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que aprueba el reglamento para la aludida ley N° 19.886, en lo que interesa, señala que las bases constituyen los documentos aprobados por la entidad facultada para ello, que regulan el proceso de compras y el contrato definitivo y que incluyen las administrativas y las técnicas.

En concordancia con lo anterior, cabe destacar que el citado principio de estricta sujeción a las bases, implica que las cláusulas de éstas tienen que observarse de modo irrestricto y conforman la fuente principal de los derechos y obligaciones tanto de la Administración como

de los oponentes, de manera que su transgresión desvirtúa todo el procedimiento, siendo competencia de la autoridad velar para que aquél sea respetado (aplica criterio contenido en los dictámenes N°s. 65.294, de 2011 y 49.641, de 2012, de este origen).

En ese contexto, los artículos 18 y 19 de las bases administrativas generales, aprobadas por decreto alcaldicio N° 1.728, de 2010, disponen que el concesionario deberá suscribir un seguro de responsabilidad civil y una boleta de garantía bancaria o póliza de garantía por las eventuales indemnizaciones que se vea obligada a pagar la municipalidad, tanto a consecuencia de accidentes del trabajo que sufran dependientes del concesionario, como por los años de servicios de sus trabajadores. Aquellos instrumentos, de conformidad con lo previsto en el artículo 20, debían acompañarse por el proponente favorecido, al momento de la firma del contrato, en la dirección jurídica.

Al respecto, el artículo 14, inciso tercero, del antedicho marco normativo, preceptúa que la demora en la presentación de las aludidas garantías, haría incurrir al concesionario en una multa correspondiente al 1% del valor de la oferta por cada día de atraso, la cual se aplicaría en el primer pago que se efectuara.

Con todo, tal como lo ha señalado este Órgano de Control, en el dictamen N° 47.496, de 2012, es contrario a derecho que se demande la contratación de seguros de responsabilidad civil y de accidentes personales, puesto que las entidades públicas no pueden exigir mayores requisitos que los establecidos en la citada ley N° 19.886 y su texto reglamentario, sin perjuicio que no existe impedimento jurídico para que tales contrataciones, si así lo estima pertinente el servicio licitante, constituyan criterios de evaluación de las ofertas, de conformidad con el artículo 38 del mencionado reglamento.

Así, no se ha ajustado a la normativa vigente que la Municipalidad de Providencia, a través de las anotadas bases, solicitara a los oferentes que aportaran las referidas garantías, de forma tal que a su respecto resultaba improcedente que el aludido municipio cursara multas por el retraso en su presentación.

Enseguida, en lo relativo al hecho de no encontrarse ratificado el programa informático a que alude la denuncia, cabe hacer presente que el artículo 6.2 de las bases técnicas establece que el concesionario asume como obligación, diseñar el software de administración del sistema, el cual deberá ser aprobado por el departamento de computación de la entidad edilicia.

Al tenor de lo anterior, resulta menester destacar que el artículo 19, inciso segundo, de las bases administrativas especiales, contempla, en lo atingente, que adicionalmente el concesionario incurrirá en una multa a favor de la municipalidad, correspondiente al 0,4% del valor mensual del contrato, cada vez que no disponga del software validado por el municipio en la fecha de inicio del servicio.

Cabe hacer presente que el artículo 3.4.3, de las bases técnicas prevé que el concesionario deberá desarrollar un software de administración para el sistema, al cual el municipio podrá acceder durante toda la prestación de servicio. Añade la norma en comento, que este deberá estar operativo para la puesta en marcha del servicio.

En este contexto, la entidad edilicia ha informado que si bien la citada plataforma funcionó desde el primer día de la ejecución del contrato, este no se encontraba aprobado por ella, en consideración a que la adjudicataria no disponía de la base de datos de usuarios históricos y vigentes, toda vez que la anterior empresa administradora se negó a hacer entrega de aquella.

Sin embargo, analizado el marco normativo aplicable al proceso licitatorio en estudio, es del caso manifestar que no se observa que se exija como requisito, en particular en el referido artículo 3.4.3 -que contempla las características mínimas del software a implementar-, el contar con la anotada base de datos.

Asimismo, cabe destacar, en relación con la mencionada multa prevista en el aludido artículo 19, que el cumplimiento de la obligación de tener el sistema informático aprobado al iniciarse el servicio, supone el ejercicio de una atribución cuyo uso le compete exclusivamente al municipio y no al adjudicatario, de modo que es improcedente que a este último se le haga responsable por la omisión en que incurrió dicha entidad.

Por consiguiente, como se puede observar, la Sociedad Comercial y Asesorías Zeta Service Limitada entregó en la época estipulada en el respectivo pliego de condiciones, el anotado software, con los requerimientos que al efecto se exigieron, razón por la cual no resulta ajustado a derecho, que se pretenda cursarle una multa, por no haber obtenido la aprobación municipal.

Luego, en lo que concierne a la falta de atención oportuna de denuncias por parte de la empresa, corresponde precisar que el artículo 6.12 de las bases técnicas, señala que el concesionario dispondrá de una casilla electrónica donde recibir reclamos o sugerencias de parte de usuarios o de la comunidad, debiendo darles respuesta por la misma vía, en un plazo no mayor a cuatro días hábiles.

A su turno, el artículo 55, letra j), de las bases administrativas generales, preceptúa que la municipalidad podrá aplicar las multas en caso de existir incumplimiento de las indicaciones establecidas en aquellas o en las bases técnicas.

De los antecedentes entregados por la misma entidad edilicia, consta que se habría vulnerado lo dispuesto en el mencionado artículo 6.12, por parte de la adjudicataria, siendo procedente cursar la sanción económica contemplada en el citado artículo 55, letra j).

De ese modo, el anotado municipio deberá adoptar las medidas necesarias tendientes a obtener su cobro, informando de aquello a esta Entidad de Control, en el plazo de 30 días hábiles, contado desde la recepción de este dictamen.

Por otra parte, en lo relativo al supuesto incumplimiento de la Municipalidad de Providencia del aludido oficio N° 27.807, de 2012, de este origen, es del caso indicar, tal como se hiciera presente mediante el pronunciamiento N° 12.416, de 2013, que la referida entidad edilicia, a través del decreto A.R. N° 649, de 28 de diciembre de 2012, ordenó la instrucción de un sumario administrativo para investigar los hechos observados por esta Contraloría General.

En este orden de ideas, acerca de la falta de supervisión denunciada por la recurrente, resulta procedente manifestar que, así como lo puntualizara el último oficio citado, dicho municipio

remitió el memorándum N° 25.622, de 2012, del director de control, dando cuenta de la efectiva adopción de medidas de inspección al respecto.

Ahora bien, en lo vinculado con la alegación de la municipalidad, relativa a que el órgano con atribuciones para conocer de una eventual invalidación del proceso en comento es el Tribunal de Contratación Pública, cabe recordar que, tal como lo ha señalado esta Entidad Fiscalizadora, entre otros, en el dictamen N° 13.131, de 2013, las materias de competencia de aquel no han sido sustraídas del ámbito sobre el cual corresponde a esta Contraloría General ejercer sus potestades, salvo las excepciones que expresamente contempla el ordenamiento jurídico.

Finalmente, en lo atinente a la petición formulada por la señora Fernández Agosto, de dejar sin efecto la licitación, es pertinente manifestar, que conforme con lo dispuesto en el artículo 53 de la ley N° 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, la autoridad administrativa podrá invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto, plazo que se encuentra vencido en la situación en examen, pues según aparece de los antecedentes acompañados, la adjudicación se realizó por decreto exento N° 1.972, de 2010, a la empresa Comercial y Asesorías Zeta Service Limitada, firmándose la convención el 3 de noviembre de ese mismo año.

Además, la potestad cuyo ejercicio se requiere por la reclamante, corresponde a la Administración activa y no a esta Contraloría General, debiendo agregarse que esa atribución tiene como límite aquellas situaciones jurídicas consolidadas sobre la base de la confianza de los particulares en la actuación legítima de la Administración, de manera tal que las consecuencias de una medida de dicha naturaleza no pueden afectar a terceros que adquirieron derechos de buena fe al amparo del acto impugnado, como ocurre en este caso, respecto de la sociedad adjudicataria y contratante con la Municipalidad de Providencia (aplica dictámenes N°s. 5.387 y 35.681, ambos de 2009; 28.097 y 64.271, ambos de 2011, de este origen).

Luego, en lo relacionado con la solicitud de la peticionaria, tendiente a que se haga uso de las facultades contempladas en el artículo 14, inciso tercero, parte final, de las citadas bases administrativas generales, es menester señalar que ese precepto prescribe que transcurridos 5 días de atraso en la presentación de las garantías de los artículos 18 y 19 del marco normativo en comento, el municipio podrá dejar sin efecto la proposición y hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta, pudiendo en este evento adjudicársela al oferente ubicado en el segundo o tercer lugar en el orden de prelación establecido en el informe de evaluación.

En este sentido, es del caso manifestar, tal como se indicara con anterioridad, que no resultó ajustado a derecho que la entidad edilicia requiriera a través de las anotadas bases, las garantías contempladas en los antedichos artículos, pues aquello significa imponer mayores requisitos que los previstos por el legislador. Por consiguiente, no corresponde la aplicación de la norma invocada ante el retraso en su presentación, al tratarse del incumplimiento de exigencias jurídicamente improcedentes.

Ramiro Mendoza Zúñiga
Contralor General de la República