

RESOLUCION N° 563 /

Santiago, *do* de marzo del año dos mil.

VISTOS:

1.- Con fecha 24 de febrero de 1998 ante el señor Fiscal Regional Económico de la V Región, se presentó una denuncia por don César Arturo López Elzo, abogado, domiciliado en calle Agustinas N° 1442-A, Oficina 1002, Santiago, quien denuncia el abuso de una situación monopólica, alteraciones a la libre competencia y a la igualdad de los oferentes en toda licitación pública, que, a su juicio, se ha cometido en la Propuesta Pública N° 02/98, del Programa de Vialidad Urbana 1998, Mejoramiento Eje Avenida Libertad Viña del Mar, convocada por el Serviu V Región y solicita que, en definitiva, se instruya las investigaciones que estima procedentes para fiscalizar las infracciones al Decreto Ley N° 211 y que, en virtud de tal investigación, se solicite a la Comisión Preventiva, como medida preventiva, la derogación, no aplicación o posterior modificación de los preceptos contenidos en el artículo N° 16.2 de las Bases Administrativas de la Propuesta Pública antes mencionada, para lo cual acompaña documentos fundantes; y sostiene en síntesis lo siguiente:

Que, las bases administrativas especiales de la propuesta pública que menciona, contienen en el numeral 16 las pautas de selección de las ofertas. En su punto 2 de dicho numeral, se establece un procedimiento de calificación de las ofertas que es abiertamente discriminatorio para aquellas empresas oferentes más pequeñas, las que, habiendo cumplido las condiciones mínimas para ser aceptadas como licitantes al igual que las empresas oferentes de mayor tamaño, son ubicadas "a priori" en una posición de desigualdad frente a las empresas más grandes.

Según señala, el artículo 16.2, introduce y valoriza como pautas de selección y calificación de las ofertas, dos conceptos que constituyen verdaderas barreras que impiden la entrada a las empresas pequeñas y medianas de construcción al libre juego de la competencia que debe existir en toda licitación.

Estos conceptos discriminatorios, son la capacidad económica disponible y la experiencia del proponente en obras viales, los que en esta etapa de la licitación, imponen una gran desigualdad, otorgando importantes beneficios comparativos a las empresas de mayor capacidad económica y de mayor experiencia, lo que será determinante en la adjudicación del contrato. Estas pautas de selección, sólo favorecen a las grandes empresas en desmedro de las medianas y pequeñas, puesto que éstas no pueden tener igual capacidad económica y experiencia que las otras.

De mantenerse estos criterios se puede entregar la adjudicación del contrato a una empresa que haya presentado una oferta superior, en más de mil millones de pesos a las de su contrincante, tomando en consideración la calificación que se haga de los beneficios que se le otorguen a la empresa adjudicataria con relación a las veces que supera en estas variables a otro licitante más pequeño, lo que acarrearía, a su entender, corrupción.

Que la autoridad pública de vivienda regional, ha argumentado que la mantención de estas pautas de calificación de los oferentes esta destinada a garantizar el éxito en la ejecución del contrato, resguardando los superiores intereses del Ministerio de Vivienda y Urbanismo o MINVU y del Fisco, lo que constituye a juicio del denunciante un fin sólo aparente, puesto que gran capacidad y experiencia no garantizan éxito en la ejecución de un contrato de obra pública. Lo único que garantiza y provee la mantención de estas pautas de calificación de ofertas es la desigualdad de oferentes, la creación de un círculo vicioso de empresas grandes de la construcción que a medida que se adjudican contratos, como el de la especie, aumentan su valoración en el concepto de "experiencia del proponente en obras viales", lo que les permite poner una mayor distancia aún con las empresas de la construcción medianas y pequeñas que no se adjudicaron el contrato. Incluso señala que puede darse la posibilidad de que las grandes empresas puedan repartirse el mercado, turnándose en cada ocasión como oferentes o formando consorcios entre ellas, situación que las haría invencibles.

2.- A fojas 35 del expediente de investigación Rol N° 274-98 de la Fiscalía Regional, informa el director del Serviu V Región al tenor de la denuncia y señala:

Que es preciso hacer presente y establecer que las Bases Administrativas Especiales (B.A.E) de una propuesta pública, son un conjunto de disposiciones sobre procedimientos y términos que regularán un contrato de ejecución de obras y las relaciones entre la Institución y el Contratista, incluyendo las etapas previas a su celebración y las posteriores a su liquidación, de conformidad con el artículo 4° del Decreto Supremo N° 331 de 1975.

Que está facultada por la legislación y reglamentación vigente para establecer ese conjunto de disposiciones tanto administrativas como técnicas, con la sola limitante de que ellas no se opongan al texto legal o reglamentario expreso y que velen por el principio de igualdad de los oferentes, lo que implica que deben ser oportunamente difundidas, para conocimiento de todo eventual oferente.

El denunciante cree ver en las B.A.E un impedimento para que las empresas pequeñas o medianas entren al libre juego de la competencia, lo que no es efectivo, dado que tal como lo establecen las mismas y en conformidad al procedimiento estipulado por el Decreto Supremo N° 127 que aprueba el Reglamento del Registro Nacional de Contratistas del Ministerio de Vivienda y Urbanismo "los contratistas con inscripción vigente podrán asociarse entre ellos o con empresas ajenas al registro, con el objeto de presentarse a propuestas". Incluso, para la presentación de la propuesta no es necesario que los consorcios estén constituidos como personas jurídicas independientes según el artículo 17 bis del citada decreto.

Que por consiguiente, no puede aceptarse que el procedimiento sea discriminatorio por el hecho de establecerse ciertas exigencias, ya que de ser así la existencia del Registro de Contratistas sería discriminatorio por el hecho de establecer Rubros y Categorías, conforme a las capacidades y la experiencia de las empresas.

Que las pautas de evaluación determinadas por el Serviu, buscan obtener éxito en el contrato, tanto en su aspecto de ejecución técnico como administrativos, resguardando así los superiores intereses de la Institución y por ende del Estado y no sólo consideran el menor precio ofertado, como elemento decisorio para la adjudicación del contratar, con un 70 % de incidencia, sino que también la capacidad económica de la empresa, con un 8 % de incidencia, la experiencia del equipo profesional ofrecido en obras viales, 10% de incidencia, y experiencia del proponente en obras viales, un 12 %. Por lo tanto, la eventual selección de una oferta que no sea la más baja supondrá una evaluación a través de un procedimiento claro, preciso, objetivo, preestablecido y conocido por todos los oponentes.

Con relación a las afirmaciones especulativas y subjetivas del reclamante, en cuanto a que las pautas de evaluación producen desigualdad de los oferentes y aumentan el precio de contratación que el fisco debe pagar por las obras, es preciso señalar que no sólo el monto en pesos refleja el valor de una obra, sino que debe considerarse el costo social, el impacto que producen determinadas obras en la región, la oportunidad de su ejecución y otras que han llevado a adoptar el procedimiento que el reclamante cuestiona.

Finalmente solicita que se desestime y rechace de plano la reclamación del denunciante

3.- A fojas 39 del expediente de investigación informa el señor Contralor Regional de Valparaíso, que en síntesis señala:

Que la normativa aplicable a los contratos de obras que realiza el Serviu V Región es: a) Ley N° 16.931, Orgánica del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo; b) Decreto Ley N° 1305 de 1975 que crea los Servicios de la Vivienda y Urbanismo; c) Decreto N° 335 de 1977, MINVU; Reglamento Orgánico de los Serviu; d) Decreto N° 331 de 1975, MINVU, Reglamentos para contratos de ejecución de obras de edificación y urbanización para los servicios e instituciones de la vivienda; e) Decreto N° 127 de 1977, MINVU, reglamento del Registro Nacional de Contratistas.

Que las exigencias a que alude la consulta, esto es, por una parte el 26,25% de capacidad económica, cifra que resulta de dividir el valor de \$ 500.000.000 exigido en el número 5° de las bases especiales, por el valor del presupuesto oficial de \$ 1.905.476.243 y por la otra, experiencia en obras viales igual o superior a diez mil millones, desde enero de 1990, que no emanan de las normas antes citadas sino que fueron establecidas en las bases especiales que se elaboraron para la licitación N° 2 de 1998, relativa a la pavimentación de la Avenida Libertad, consignándose en el número 5° de dichas bases.

Que en cuanto a la materia que se consulta, se aplicaron las bases generales contenidas en la Resolución N° 778 de 1974, del Vicepresidente Ejecutivo de la ex CURVA, las cuales no contemplan la exigencia relativa a experiencia en obras viales, en los términos establecidos en la especie.

En lo que respecta a la capacidad económica de los contratistas cabe señalar que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 10 del Dto.331/75 MINVU, con relación al artículo 18 del Dto. 127/77, la capacidad económica normal que deben acreditar los contratistas es de un 15% del monto del presupuesto estimativo. En las bases especiales del contrato en el cual incide la consulta, previa autorización de la Coordinadora Nacional del Registro de Contratistas, se elevó la capacidad económica a un 26,25%; y que estas exigencias y pautas fueron establecidas en ejercicio de facultades discrecionales de la autoridad administrativa.

4.- A fojas 41 del cuaderno de investigación consta el informe del Fiscal Regional Económico dirigido a la Comisión Preventiva, cuyas conclusiones son en síntesis las siguientes:

Que el ejercicio que corresponde hacer es verificar si lógica y empíricamente, las exigencias establecidas en la propuesta no llevaran a que la gran mayoría de las propuestas sean adjudicadas a grandes empresas.

Que, dados los argumentos que expone, señala que de los criterios utilizados, se puede inferir que aquellos no hagan sino generar o reforzar en el largo plazo posiciones monopólicas, que una vez creadas harán desaparecer el precio como factor de competencia. Que la concentración de firmas, en determinadas circunstancias, como por ejemplo cuando lo exige la globalización, es un fenómeno inevitable ante el cual es prudente oponerse, pero que en el mecanismo de las propuestas, regulado por la autoridad, no tiene sentido ni necesidad.

En consecuencia, el Fiscal Regional Económico informa que a fin de preservarse la competencia en la actividad examinada deben modificarse los criterios expuestos en el caso de autos, por otros que garanticen mayor competencia entre las firmas que participan en las propuestas de obras públicas; y solicita que de conformidad al artículo 24, letra c) del Decreto Ley N° 211 se requiera de la Comisión Resolutiva el ejercicio de sus atribuciones, en conformidad al artículo 17 del mismo cuerpo legal.

5.- A fojas 1 de los autos seguidos ante esta Comisión Resolutiva, consta el Dictamen N° 3/160, de 23 de julio de 1998, de la Comisión Preventiva Regional, el que concluye lo siguiente:

El dictamen, comparte plenamente el criterio de la Fiscalía Regional Económica, y estima que los requisitos exigidos por el Serviu no contribuyen a una mayor competencia, teniendo en consideración que ellos han sido establecidos por ese organismo sin que la normativa general lo establezca, sino que lo ha impuesto haciendo uso de una facultad discrecional, la que a juicio de ese organismo antimonopolio entorpecen la competencia.

En consecuencia, resuelve que de conformidad al artículo 8, letra c) del Decreto Ley N° 211 deben remitirse los antecedentes al señor Fiscal Nacional para que, en uso de la facultad conferida por el artículo 24 letra c), requiera de la H. Comisión Resolutiva el ejercicio de sus atribuciones según lo establece el artículo 17, letra d) y solicite la dictación de normas de carácter general que regulen la materia objeto de autos, precaviendo el respeto por las normas de libre competencia, contempladas en el DL N° 211.

6.- A fojas 6 de estos autos, el Director del Serviu V Región formula recurso de reclamación para ante la Comisión Resolutiva y solicita el rechazo de la denuncia,

presentando como argumentos los contenidos en el informe evacuado respecto de la denuncia, y agregando otros que fundarían su obrar y que desecharían la existencia de criterios discriminatorios en las bases cuestionadas.

7.- A fojas 10 consta el informe del recurso evacuado por la Comisión Preventiva, sosteniendo que parece grave y equivocado el planteamiento del Serviu V Región al señalar que no es su responsabilidad generalizar la competencia entre ofertas respecto del menor valor ofertado, sino que el principio de igualdad de los proponentes, que es un criterio distinto, ya que el sistema de ofertas debe regirse por éste principio y además por el principio de la competencia, que si bien no está expresamente incluido dentro de las facultades del Decreto Ley N° 211 no está excluido, por lo que el cuerpo legal señalado debe aplicarse a los mecanismos de propuestas y licitaciones en Chile.

En consecuencia, estima esa Comisión Preventiva que el recurso debe ser rechazado y que procede acoger los planteamientos formulados en el Dictamen reclamado a fin de resguardar los intereses que la ley ha encomendado a los Organismos Antimonopolio.

8.- A fs. 13 y con fecha 25 de noviembre de 1998 la H. Comisión Resolutiva se avocó de oficio al conocimiento y resolución de la materia objeto del Dictamen recurrido, constituyendo la resolución auto cabeza de proceso.

9.- A fs. 16 se hace parte el Director Titular del Serviu V Región y designa abogado patrocinante.

10.- A fs. 23 se agregan documentos acompañados por el Serviu V Región.

11.- A fs 83 el señor Fiscal Nacional evacua su informe y luego de resumir los antecedentes de la investigación, hace un análisis de los argumentos expuestos y concluye:

Que antes de referirse al fondo de la denuncia, expresa que son procedentes las consideraciones realizadas en el dictamen recurrido y en el informe emitido respecto del recurso, en lo que dice relación con la vigencia de las normas que resguardan la libre competencia contenidas en el DL 211 de 1973, lo que ha sido reconocido por la extensa jurisprudencia de los Organismos de Defensa de la Competencia.

En cuanto a las pautas contenidas en las Bases Especiales de la propuesta publica N° 2/98 del Programa de Vialidad Urbana 1998 mejoramiento del eje Avda. Libertad de Viña del Mar, llamada por el Serviu V Región, cabe señalar que estas fueron dispuestas por la

autoridad competente en uso de sus facultades discrecionales, es decir, por autoridad autorizada por la ley.

Que tales pautas fueron materia de una decisión discrecional de la autoridad, por lo que corresponde analizar su racionalidad y fundamentos para determinar si su carácter excluyente, a la luz del Decreto Ley N° 211, vulnera o no las normas sobre libre competencia.

Que en el caso concreto, el Serviu V Región ha sostenido que las pautas de evaluación obedecen a diversas razones, las que todas tiene por objeto velar por el resguardo del interés común.

Que de conformidad con los antecedentes analizados, las pautas de evaluación objetadas no contienen en la especie, requisitos o condiciones que pudieren vulnerar las normas del Decreto Ley N° 211 de 1973; que los fundamentos dados por la autoridad para establecer dichas pautas no ameritan un pronunciamiento de reproche ya que son razonables, objetivas, generales y no representan una discriminación arbitraria o ilegal.

Que dicha pautas de evaluación fueron establecidas en el ejercicio de facultades discrecionales de la autoridad y si bien no pueden cumplirse por todas las personas o empresas interesadas, las Bases permitían la posibilidad de formar consorcios.

En conclusión, el señor Fiscal Nacional Económico expresa que no procedería modificar la reglamentación que rige los procesos de licitación a que convoque el Serviu V Región, toda vez que es razonable que las condiciones en que deben realizarse esas propuestas se contengan en las Bases de licitación de cada obra, considerando las particularidades y solicita, salvo mejor parecer de esa H. Comisión Resolutiva acoger el recurso de reclamación interpuesto por el Serviu V Región.

12.- A fs. 100, con fecha 5 de enero del presente año y no existiendo hechos controvertidos se traen los autos en relación.

13.- Con fecha 19 de enero de 2000 se llevo a efecto la vista de la causa ante esta Comisión Resolutiva, quedando los autos en estado de fallo.

CONSIDERANDO.

PRIMERO: Que por Dictamen N° 3/160 de 23 de julio de 1998, la Comisión Preventiva de la V Región, compartiendo el criterio sustentado por el Fiscal Regional Económico en su informe, resolvió que los requisitos exigidos por el Serviu V Región, que fueron objetados por el denunciante, no contribuyen a una mayor competencia, teniendo en consideración que éstos han sido establecidos sin que la normativa general los contemple sino que haciendo uso dicha autoridad de una facultad discrecional. Y, en consecuencia, concluye el Dictamen que deben remitirse los antecedentes al señor Fiscal Nacional Económico para que éste requiera de la H. Comisión Resolutiva el ejercicio de sus atribuciones y solicite la dictación de normas de carácter general que regulen la materia objeto de investigación;

SEGUNDO: Que a fojas 6 el Director del Serviu V Región interpuso recurso de reclamación para ante esta Comisión Resolutiva, a fin de obtener la revocación de lo resuelto por el mencionado Dictamen. A su vez, a fojas 13, esta Comisión se avocó al conocimiento de la materia, con independencia de lo solicitado en dicho recurso;

TERCERO: Que según consta de fojas 11 del expediente de investigación de la Fiscalía Regional, de las Bases Administrativas Especiales objetadas no se divisa que hubiere algún mecanismo de discriminación respecto de los oferentes, sino por el contrario, éstas son objetivas y generales.

Las pautas de evaluación de los postulantes sobre capacidad económica y experiencia en obras viales a que se refiere el denunciante, no hacen sino comprobar que el Serviu V Región tuvo por finalidad cumplir con la normativa vigente aplicable a esta clase de propuestas, para así resguardar el interés público y del Fisco. Se desprende de ellas además, que nada obsta a que las empresas pequeñas o medianas formen consorcios a fin de cumplir con los requisitos exigidos;

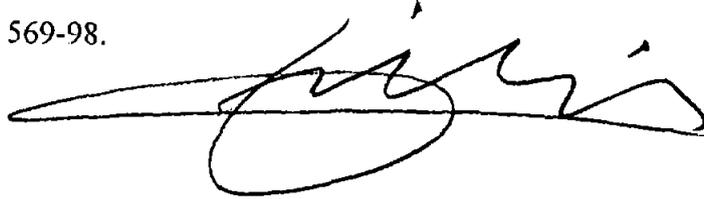
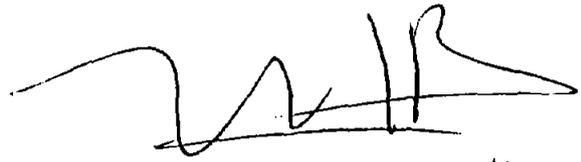
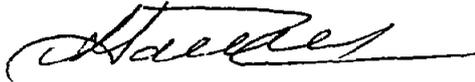
CUARTO: Que por las razones antes expuestas, esta Comisión debe expresar además que comparte las conclusiones que ha formulado el señor Fiscal Nacional Económico en su informe de fojas 83, por lo que resulta procedente acoger el recurso y dejar sin efecto el citado Dictamen;

Por todo lo anteriormente expuesto y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 9° y 17° del Decreto Ley N° 211 de 1973, esta Comisión,

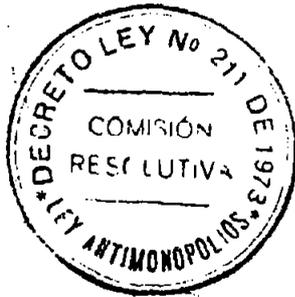
DECLARA:

Que se acoge el recurso de reclamación interpuesto por el señor Director del Servicio de Vivienda y Urbanización de la V Región en contra del Dictamen N° 3/160 de 23 de julio de 1998, de la Comisión Preventiva de la V Región, el que se deja sin efecto.

Notifíquese por cédula al Serviu V Región; y al denunciante por intermedio de la Fiscalía Regional Económica. Transcribese al señor Fiscal Nacional Económico. Archívese en su oportunidad. Rol N° 569-98.

Pronunciada por los señores, José Luis Pérez Zañartu, Ministro de la Excm. Corte Suprema y Presidente de la Comisión; Eduardo Moyano Berríos, Vicepresidente Ejecutivo del Comité del Inversiones Extranjeras; y Arnaldo Gorziglia Balbi, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Gabriela Mistral.




JAIME BARAHONA URZÚA
Secretario Abogado
COMISION RESOLUTIVA