

029

**FNE**

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA

ORD. N°:

0332 ✓

ANT.: Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases Administrativas Normas Generales y Especiales "Adquisición Contenedores Individuales". Rol N° 1835-10 FNE.

Su Ord. N° 149 de 7 de febrero de 2010, recibido el día 9 de febrero de 2010.

MAT.: Informa.

Santiago, 25 FEB. 2011

DE : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
A : SR. JOSE MIGUEL ARELLANO MERINO
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE PADRE HURTADO
PADRE HURTADO
CAMINO MELIPILLA 3295
COMUNA DE PADRE HURTADO

Con fecha 28 de septiembre de 2010, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas Normas Generales y Especiales para la Licitación Pública de la "Adquisición Contenedores Individuales", con el objeto de consultar si su contenido se ajusta a las Instrucciones de Carácter General N° 1/2006, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, para el mercado de la recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios, dictadas de conformidad al Decreto Ley N° 211, sobre Defensa de la Libre Competencia.

A continuación, informo las disconformidades que, a juicio de esta Fiscalía, presentan las referidas Bases:

I. CRONOGRAMA DEL PROCESO

1. Las Bases Administrativas Especiales incluyen en un cronograma que detalla los hitos relevantes del proceso. Al respecto, el plazo establecido entre la adjudicación y el inicio de los servicios alcanza a 15 días, lo cual podría erigirse en una barrera a la entrada, si en el período señalado los potenciales oferentes no pueden adquirir los equipos requeridos para iniciar sus actividades.
2. Al respecto, hacemos presente el Resuelvo 6° de las Instrucciones, que señala que *“los Municipios no pueden imponer a los interesados en participar en una licitación, exigencias que otorguen ventajas artificiales que reduzcan injustificadamente el número de potenciales oferentes”*, lo que implica que se deben establecer plazos prudentes entre cada etapa del proceso, en particular entre la suscripción del contrato y el inicio de operaciones, cautelando que éstos no se constituyan en barreras a la entrada para potenciales participantes.
3. Sobre el particular, esta Fiscalía es de la opinión que el exiguo plazo contemplado entre la adjudicación y la puesta en marcha del servicio resulta en una disminución innecesaria de la competencia, toda vez que erige una barrera a la entrada a potenciales competidores que, aún cumpliendo con los restantes estándares mínimos requeridos, no logren realizar las gestiones necesarias (por ej. compra de equipo, instalación de oficinas, contratación de personal, entre otros) en el corto período de tiempo establecido para ello.
4. En consecuencia, resulta necesario que esa I. Municipalidad modifique las fechas señaladas, estableciendo un plazo prudente entre la suscripción del contrato y la entrada en operación de la adjudicataria, de manera que no se reduzca injustificadamente la participación de interesados en la licitación.

II. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

5. El numeral 9.1 de las Bases Administrativas presenta los criterios utilizados por la comisión evaluadora para examinar las ofertas:

Criterios	Ponderación
Oferta Económica	40%
Plazo de Entrega	20%
Garantías Técnicas	20%
Servicio de postventa	20%
Total	100%

6. Sobre el particular, cabe tener presente lo señalado por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en la Sentencia N° 92/2009, que dispone: *“lo relevante es que el principal criterio de asignación de la licitación –no necesariamente el único– sea el precio ofrecido y que en caso que se estimase necesario utilizar otros parámetros distintos del precio, éstos se encuentren debidamente justificados”*¹.
7. Así, deberá asignarse al criterio precio una ponderación superior al 50%, y en el evento de que se establezcan otros criterios se deberá indicar en forma clara la manera en que éstos serán evaluados, de manera de cautelar la *“debida transparencia y garantía de libre acceso, estableciendo condiciones generales, uniformes y objetivas”*, tal como agrega el Resuelvo 1° de las “Instrucciones”.

III. DISCRECIONALIDAD

8. En el numeral 9.2 de las Bases Administrativas señala respecto a las consideraciones de evaluación, que *“Cuando dos o más ofertas compartan*

¹ Sentencia N° 92 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de fecha 29 de diciembre de 2009. Considerando trigésimo segundo, página 14.

idéntico puntaje final, la Unidad Técnica deberá, sobre la base de condiciones objetivas (que no han sido consideradas en la pauta de evaluación), proponer la adjudicación, Ejemplo: experiencia en el rubro, mejores estándares en la oferta (mejores materiales, ahorros operacionales, etc.), etc.”

9. En este sentido, el numeral 20 de las Bases Administrativas Generales establece que *“por instrucciones del Mandante, la Unidad Técnica tendrá derecho a ordenar la paralización de los servicios cuando no haya fondos municipales....o cuando así lo aconsejen las necesidades del Mandante y de la Unidad Técnica”*
10. Más aún, el mismo numeral 28 de las Bases Administrativas Especiales establece que *“el municipio se reserva el derecho de declarar la propuesta desierta o nula sin expresión de causas, si el resultado de la misma no resulta conveniente a sus intereses.”*
11. Las cláusulas señaladas incorporan un grado de discrecionalidad en el actuar de la autoridad, lo cual incrementa los niveles de incertidumbre que enfrenta un potencial oferente.
12. Al respecto, la Resolución N° 13/2006 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, estableció *“... que la inclusión de cláusulas que otorguen discrecionalidad al accionar de la autoridad, tanto en el procedimiento de licitación como durante la explotación de la concesión misma, tiene efectos anticompetitivos, toda vez que al aumentar la incertidumbre del negocio se reducen los incentivos a participar en la licitación y, por lo tanto, disminuye la competencia ex ante”*.²
13. Cláusulas como las señaladas vulneran, además, el Resuelvo N° 7 de las Instrucciones de Carácter General, el cual dispone, además, que: *“Las bases*

² Resolución N° 13 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de fecha 27 de junio de 2006. Consulta de la DGAC sobre Bases de Licitación de Redes Hidrantes, Rol NC 103-05. Considerando Décimo quinto, página 10.

de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación”.

14. Adicionalmente, hacemos presente a usted que la desestimación de las ofertas deberán fundarse de manera objetiva, en base a criterios previamente establecidos en las bases.

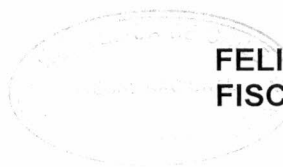
IV. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

15. El numeral 2 de las Bases Administrativas Especiales y el numeral 7 del Anexo I, referido al cronograma, señalan respecto a las modificaciones al itinerario de la licitación que *“La Unidad Técnica podrá modificar el calendario de la licitación, previa comunicación a través del portal (www.mercadopublico.cl)”*
16. Al respecto, esta Fiscalía considera que la posibilidad de convenir modificaciones al contrato no amparadas en circunstancias objetivas y verificables, debidamente establecidas en las Bases, se contraponen derechamente con el principio de inmutabilidad de las mismas. En virtud de éste, una vez iniciado el proceso de licitación, no pueden alterarse siquiera por la vía de las aclaraciones, enmendaduras, adiciones o supresiones al contenido esencial de las Bases, sin que se lesionen los principios de debida transparencia y garantía de libre acceso, garantidos por el Resolvo N° 1 de las Instrucciones.
17. En consecuencia, resulta necesario que los ajustes al contrato respondan a la aplicación de parámetros previamente establecidos en las Bases, tales como, por ejemplo, incremento en el número de viviendas o incremento en el número de calles sujetas a barrido.
18. Finalmente, hago presente a ese Municipio que, de acuerdo al considerando sexagésimo séptimo de la señalada Sentencia N° 77, el H. Tribunal de la Libre

Competencia considera *“conveniente que en la totalidad de las comunicaciones que envíen los municipios a la Fiscalía Nacional Económica, en el marco del examen de versiones preliminares de Bases de licitación y del intercambio de opiniones realizados en ese contexto, sea remitido al Sr. Fiscal el texto íntegro de las mismas hasta su versión final inclusive.”* Por lo tanto, solicito a usted remitir todos los documentos que se refieran al proceso licitatorio incluidas las bases técnicas y anexos.

En atención a lo expuesto, y conforme lo dispuesto en el artículo 39, letra d) del Decreto Ley N° 211, solicito al señor Alcalde que las Bases consultadas sean modificadas conforme a lo observado.

Saluda atentamente a usted,



FELIPE IRARRÁZABAL PHILIPPI
FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

Abogado FNE
Camila Ringelling
Fono: 7535604