

033

0368

ORD. N°: _____/

ANT.: Consulta de I. Municipalidad de San Bernardo sobre bases de licitación pública para la "Concesión para la prestación del servicio de mantención y reposición de áreas verdes de la comuna de San Bernardo". Rol N° 1840-11 FNE.

MAT.: Informa.

Santiago, 02 MAR. 2011

DE : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

A : SRA. NORA CUEVAS CONTRERAS
ALCALDESA
I. MUNICIPALIDAD DE SAN BERNARDO
EYZAGUIRRE N° 450
SAN BERNARDO

Con fecha 8 de febrero de 2011, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas y Especificaciones Técnicas del llamado a licitación pública para la "Concesión para la prestación del servicio de mantención y reposición de áreas verdes de la comuna de San Bernardo", 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.

A continuación informo a usted la disconformidad que, a juicio de esta Fiscalía, presentan las referidas Bases:

I. CRONOGRAMA DEL PROCESO

1. Si bien las bases incorporan un Cronograma de la licitación, resulta necesario que dicho calendario contemple todas las etapas relevantes del proceso, como son, por ejemplo: fecha de adjudicación y fecha de suscripción del contrato, cuidando que mantenga la debida concordancia con el articulado de las Bases.

2. Al respecto, cabe tener presente que el Resuelvo 6° de las Instrucciones Generales establece 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”*. En consecuencia, se debe establecer en las Bases plazos prudentes entre cada etapa del proceso, en particular, entre la suscripción del contrato e inicio de las operaciones, cautelando que estos no se constituyan en barreras a la entrada para potenciales participantes.

3. Confirma lo anterior la Sentencia N° 77, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 4 de noviembre de 2008, la cual señala que las Bases deben ser hechas llegar a esta Fiscalía con la debida antelación, de manera tal que la revisión de las mismas *“se realice teniendo en especial consideración la necesidad de resguardar plazos prudentes, que permitan realizar los correspondientes llamados a licitación y principiar los servicios contratados, dando tiempo suficiente a las empresas para preparar y presentar sus propuestas e iniciar adecuadamente las prestaciones a las que se obliguen, respectivamente”*¹.

II. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

4. El numeral 14.2 de las Bases Administrativas presenta los criterios utilizados para examinar las ofertas y su ponderación:

	CRITERIOS	PORCENTAJE
I	Oferta Económica	60%
II	Programa de trabajo	10%
III	Requerimiento de Personal, Vehículos y Equipos	30%
	Total Puntaje	100%

¹ Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de la I. Municipalidad de Curicó.

5. Sobre el particular, resulta necesario considerar lo establecido por el Resuelvo 4° de las Instrucciones Generales, el cual dispone que *“las Bases de licitación deberán fijar un estándar mínimo de calidad exigible a todas las propuestas y establecer como criterio principal de adjudicación el precio ofrecido, sujeto a este estándar mínimo de calidad. En caso que para la asignación final de la licitación se utilicen parámetros distintos al precio, ellos deberían justificarse fundadamente”*.
6. En consecuencia, como la Municipalidad ha decidido ponderar elementos distintos del precio, debe justificar la inclusión de estos criterios en la evaluación de las propuestas, estableciéndose a su respecto parámetros objetivos de evaluación.

III. DISCRECIONALIDAD

7. El numeral 18 letra b) de las Bases Administrativas en su parte final, faculta al Municipio para el caso que no se haya suscrito el contrato en el plazo de 10 días hábiles contados desde la notificación del Decreto Alcaldicio de Adjudicación a adjudicar el contrato a otro proponente o contratar por otro medio idóneo.
8. Sobre el particular, 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.

IV. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

9. El Formato N° 2 titulado Declaración dispone en su numeral 3 que el declarante acepta la decisión del mandante en la adjudicación de la contratación *en el sentido que es inapelable y no susceptible de recursos administrativos o judiciales alguno.*

10. Al respecto, cabe tener presente que las cláusulas que establecen la renuncia anticipada de acciones legales, jurisdiccionales y/o administrativas, en especial las que son irrenunciables, contravienen el Resuelvo 8° de las Instrucciones Generales, que expresamente dispone: *“No podrán incluirse en las bases de licitación cláusulas o disposiciones sobre renuncia anticipada de acciones ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia...”*. Del mismo modo, vulneran lo dispuesto en el Considerando Cuarto de las Instrucciones, por cuanto *“la incorporación en las bases de licitación de cláusulas o disposiciones de renuncia anticipada de acciones legales, jurisdiccionales y/o administrativas, en especial las que son indisponibles, además de desincentivar la participación de oferentes en esos procesos al introducir un elemento de incertidumbre, puede constituir una vulneración de normas de orden público que conllevaría la nulidad de dichas cláusulas.”*

V. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

11. El numeral 2 de las Bases Administrativas titulado *Antecedentes Generales*, establece que dichas Bases, los Términos Técnicos de Referencia, las Consultas, Aclaraciones y /o Rectificaciones, fijarán los procedimientos y términos que regulen la presente licitación. Más adelante el numeral 4.9

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.

define Aclaración como el “documento oficial emitido por la Municipalidad de San Bernardo, en el que se clarifican, *enmiendan* o complementan las Bases de Licitación. Le siguen los numerales 5, 7, 9 y 10, que del mismo modo hacen referencia en su texto a posibles rectificaciones.

12. Cabe hacer presente que la posibilidad de convenir modificaciones a las bases se contraponen con la inmutabilidad de las mismas, las que una vez iniciado el proceso de licitación no pueden alterarse siquiera por la vía de las aclaraciones, enmendaduras, adiciones o supresiones a su contenido esencial, sin que se lesionen los principios de debida transparencia y garantía de libre acceso, garantidos por el Resolvo N° 1 de las Instrucciones de Carácter General.

VI. OTRAS OBSERVACIONES

13. El numeral 1 de las Bases Administrativas establece que la comuna, para los efectos de la licitación se ha dividido en cinco (5) sectores cuyos antecedentes de nombre, categoría, superficie, ubicación, límites y consumo de agua se encuentran en los anexos de las Especificaciones Técnicas.
14. Por su parte, el numeral 2 de las Especificaciones Técnicas indica que para los efectos de la presente licitación la comuna está dividida en 5 sectores, individualizando a continuación sólo tres.
15. Así, se recomienda aclarar en todo el texto de las Bases a cuántos sectores se encuentra circunscrita la licitación, a fin de entregar una información adecuada a los potenciales oferentes.

Finalmente, hago presente a ese Municipio que, de acuerdo al considerando sexagésimo séptimo de la señalada Sentencia N° 77, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia considera “*conveniente que en la totalidad de las comunicaciones que envíen los municipios a la Fiscalía Nacional Económica,*”
5

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, incluidos los anexos.

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

Saluda atentamente a usted,



fri fph
FELIPE IRARRÁZABAL PHILIPPI
FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

Abogado FNE
Andrea Avendaño B.
Fono: 7535604