

ORD. N°: 690 /

ANT.: Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases de la propuesta pública para la contratación del "Servicio de barrido y limpieza urbana de la comuna de Providencia". Rol N° 1658-10 FNE.

Su Ord. N° 1051, de 12 de febrero de 2010, recibido el día 16 de febrero de 2010.

MAT.: Informa.

Santiago, 10 MAR. 2010

DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO

A : SR. CRISTIAN LABBE GALILEA
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE PROVIDENCIA
AVDA. PEDRO DE VALDIVIA N° 963
PROVIDENCIA

Con fecha 16 de febrero de 2010, se han recibido en esta Fiscalía las nuevas Bases Administrativas Generales, Bases Técnicas y Anexos, del llamado a licitación para la contratación del servicio de "Barrido y limpieza urbana de la comuna de Providencia", 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. DURACION DEL CONTRATO

1. El artículo 42 de las Bases Administrativas Generales establece: *“La duración del Contrato será de cinco años, a contar de la fecha de entrega del terreno, previa firma del contrato, pudiendo ser renovable por períodos anuales, hasta dos años, si ninguna de las partes avisa su deseo en contrario, a lo menos, con noventa (90) días de anticipación al vencimiento de cada período del contrato ”*
2. En base a los antecedentes recopilados, esta Fiscalía estima que la duración de esos contratos debiese estar en torno a cinco o seis años incluido un eventual período de prórroga, el cual deberá ser por un breve espacio de tiempo (no superior de seis meses), procediendo aquella, sólo bajo circunstancias especiales de buen servicio, apreciables objetivamente y consignadas en las bases.
3. Esto es, porque un menor plazo podría desalentar la entrada de nuevos competidores debido a que la duración del contrato no sería suficiente para recuperar la inversión realizada; mientras que, un plazo mayor e indefinido en la duración del mismo, restringe la competencia a la firma adjudicataria al prolongar la falta de disputa para ese proveedor de servicios. Todo esto, de conformidad con los Resueltos 1° y 2° de las Instrucciones.

II. CRONOGRAMA DEL PROCESO

4. En relación al cronograma del proceso licitatorio, las bases en consulta no acompañan un cronograma que establezca las fechas y las etapas del proceso, lo cual incrementa los niveles de incertidumbre que enfrentan los potenciales oferentes.
5. Al respecto, se hace presente la necesidad de establecer en las Bases de Licitación plazos prudentes entre cada etapa del proceso, de tal modo que éstos no se constituyan en barreras a la entrada para potenciales participantes, según lo prevé el Considerando 3° de las citadas Instrucciones.

6. Por lo demás, el Resuelvo 6° de las mismas, 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, lo que refuerza la necesidad de consignar plazos prudentes en los términos antes expuestos.
7. Confirma lo anterior la Sentencia N° 77, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 4 de noviembre de 2008, que 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

III CRITERIOS DE EVALUACION

8. Conforme al artículo 10° de las Bases Administrativas Generales, los criterios para la evaluación de las propuestas estarían dados según se expresa a continuación, sin justificar ni explicitar mayormente la forma de evaluación de cada uno de ellos:

PAUTA DE EVALUACION	
OFERTA ECONOMICA	60%
OFERTA TECNICA	30%
ANTECEDENTES CURRICULARES	10%

9. Sobre el particular, el Resuelvo 4° de las Instrucciones Generales 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*

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

asignación final de la licitación se utilicen parámetros distintos al precio, ellos deberían justificarse fundadamente”. Precisamente, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha señalado con ocasión de la Sentencia N° 92/2009 que: “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.”

10. Para ajustarse a las Instrucciones, en el evento que la Municipalidad decida ponderar elementos distintos del precio, deberá justificar la inclusión de estos criterios en la evaluación de las propuestas, más allá de la descripción o definición de cada uno de ellos, e indicar en forma clara la manera que cada uno de estos criterios será evaluado, de manera de cautelar la *“debida transparencia y garantía de libre acceso, estableciendo condiciones generales, uniformes y objetivas”*, tal como señala el Resuelvo 1° de las Instrucciones de Carácter General.

IV COMISION EVALUADORA

11. Las bases remitidas en consulta no especifican comisión evaluadora ni sus integrantes, contraviniendo así el Resuelvo 5° de las Instrucciones de Carácter General que establece: *“Las bases de todo proceso de licitación deberán precisar cómo se integrará la comisión evaluadora y establecer las pautas que se utilizarán para la calificación de los oferentes y sus propuestas”*.

V DISCRECIONALIDAD

12. El artículo 11 de las Bases Administrativas Generales, establece en su párrafo cuarto: *“La Municipalidad se reserva el derecho de adjudicar total o parcialmente la propuesta, desestimar todas las ofertas o adjudicar la propuesta a quien estime más conveniente a su interés, aunque no sea la más baja, ni ocupe el primer lugar en la evaluación”*.

13. 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, disminuya la competencia ex ante”*.
14. Más aún, a juicio de esta Fiscalía, la cláusula señalada podría facultar a esa Corporación para desentenderse de los criterios de evaluación establecidos en las Bases para la adjudicación de la propuesta, adjudicando la licitación a cualquier oferente válido, vulnerando así el mencionado Resuelvo 7° de las Instrucciones de Carácter General, el cual dispone, además, que: *“Las Bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación”*.
15. A mayor abundamiento, en relación a la discrecionalidad, la Sentencia N° 77/2008 del mismo H. Tribunal, confirmada por la Excm. Corte Suprema, en su parte considerativa señaló: *“Sexagésimo primero. Que en opinión de este Tribunal, lo reprochable de la cláusula transcrita anteriormente no es la facultad de rechazar ofertas que no se ajusten a las Bases, cuestión que no merece reparo alguno y respecto de la cual es inoficioso detenerse, sino la facultad que otorga a la Municipalidad la frase final de esa cláusula, toda vez que le permite desentenderse de criterios objetivos de evaluación de propuestas y “aceptar cualquier oferta que estime conveniente a los intereses Municipales”; Sexagésimo segundo. Que, en efecto, a juicio de este Tribunal, una estipulación como esa eleva el riesgo de un comportamiento oportunista o arbitrario por parte del licitador, lo cual, por sí sólo, incrementa el riesgo de negocio y, por tanto, el costo esperado de participación por parte de eventuales interesados en competir en el proceso de licitación, generándose - de esta forma desincentivos artificiales de participación que reducen la probabilidad de lograr una competencia ex ante vigorosa y eficiente en dicho proceso”*.

16. En consecuencia, conforme a lo señalado, resulta necesario asegurar la debida transparencia de la actuación municipal, eliminando la discrecionalidad en su proceder. Así, la selección del proponente al que se adjudicará la licitación y la desestimación de las ofertas deberán fundarse de manera objetiva de conformidad a criterios establecidos previamente en las bases.

VI INMUTABILIDAD DE LAS BASES

17. El artículo 17 de las Bases Administrativas Generales, se refiere a la ampliación o disminución del contrato y señala lo siguiente: *“La municipalidad se reserva el derecho de ordenar al contratista que aumente, disminuya o suprima el servicios de una o más partidas o que modifique el servicio previamente contratado, de acuerdo con las condiciones que se indican en los artículos siguientes. (...) El contratista se obliga a aceptar ampliaciones hasta por un 30% y disminuciones hasta por un 30%, respecto del valor mensual original del servicio adjudicado.”*

18. Del mismo modo el Artículo 11° de las Bases Administrativas Generales establece: *“...La municipalidad se reserva el derecho a rebajar en forma previa a la adjudicación parte del servicio...”*.

19. El Resuelvo 2° de las Instrucciones dispone: *“En los procesos de licitación, deberán definirse en forma explícita los distintos servicios que se licitan”*. Esta disposición tiene por objeto minimizar los niveles de incertidumbre permitiendo una mayor participación de oferentes al existir claridad respecto del servicio que requiere el licitante.

20. Esta Fiscalía considera que la posibilidad de convenir modificaciones al contrato no amparadas en circunstancias objetivas y verificables, debidamente establecidas en las bases de licitación, 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 al contenido esencial de las bases, sin que se lesionen los principios de debida transparencia y garantía de libre acceso, garantidos por el Resuelvo N° 1 de las Instrucciones de Carácter General.

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.”*

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,




ENRIQUE VERGARA VIAL
FISCAL NACIONAL ECONOMICO

Abogado FNE
Ximena Castillo C.
Fono: 7535662