

ORD. N°: 823 ✓

ANT.: Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases de la propuesta pública para la concesión del "Servicio de aseo de ferias libres y persas de la comuna de Pudahuel" Rol N° 1678-10 FNE.

Su Ord. N°1200, de 22 de marzo de 2010, recibido el día 23 de marzo de 2010.

MAT.: Informa.

Santiago, 21 ABR. 2010

DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO
A : SR. JOHNNY CARRASCO CERDA
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE PUDAHUEL
SAN PABLO 8444
PUDAHUEL

Con fecha 23 de marzo de 2010, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas y Anexos, del llamado a licitación para la concesión del "Servicio de aseo de ferias libres y persas de la comuna de Pudahuel", 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. Aún cuando el numeral 4.2.1 de las Bases Administrativas contempla una lista con algunos hitos del proceso licitatorio, no se establece la fecha de inicio de los servicios licitados, lo cual incrementa la incertidumbre de los potenciales oferentes.

2. A objeto de disminuir los niveles de incertidumbre, esta Fiscalía recomienda a esa I. Municipalidad incorporar a las Bases un cronograma detallado, que contemple todos los hitos relevantes del proceso, como son: fecha de publicación del llamado a licitación, de presentación de las ofertas, de adjudicación, de suscripción del contrato, de inicio de los servicios, etc.

3. Al respecto, se hace presente la necesidad de establecer en las Bases de Licitación plazos prudentes entre cada etapa del proceso, en particular entre la fecha de suscripción del contrato y el inicio de los servicios, 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.

4. 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.

5. 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

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

II. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

6. El numeral 4.5 de las Bases Administrativas presenta los criterios utilizados por la Comisión de Evaluación para examinar las ofertas:

| Criterios | Ponderación |
|---|-------------|
| <ul style="list-style-type: none">• Evaluación Económica• Evaluación Técnica (experiencia del contratista 20%, recursos humanos 25%, recursos materiales 25%, recursos financieros 20%, sistema de administración y control 10%) | 60% |
| Total | 100% |

7. Sobre el particular, cabe tener presente lo señalado por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el Considerando Trigésimo segundo de 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.”*
8. Para ajustarse a las Instrucciones Generales, las Bases remitidas a esta Fiscalía deben definir de manera precisa, y justificar debidamente, los distintos ítems relativos a la evaluación técnica: experiencia del contratista, recursos humanos y materiales, y sistema de administración y control.
9. Por otro lado, en relación al criterio “Experiencia”, cabe tener presente lo resuelto por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que en su Sentencia N° 77, de 4 de noviembre de 2008, señala que: *“la exigencia de experiencia debe referirse en general a ‘experiencia relevante’ y no necesariamente en el rubro de recolección, transporte y disposición de residuos.”*

III. DISCRECIONALIDAD

10. El numeral 4.5 en su segundo párrafo establece que *“la I. Municipalidad de Pudahuel se reserva el derecho de adjudicarla a cualquiera de los proponentes, aún cuando no represente la oferta de menor costo”*.

11. A juicio de esta Fiscalía, el párrafo señalado 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 Resuelvo 7° de las Instrucciones de Carácter General, que dispone que: *“Las Bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación.”*

12. A mayor abundamiento, en relación a la discrecionalidad, la Sentencia N° 77/2008 del mismo H. Tribunal, confirmada por Sentencia de 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.”*

IV. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

13. El citado numeral 4.5 señala que *“la I. Municipalidad de Pudahuel se reserva el derecho de rechazar algunas o todas las ofertas si no cumplen con lo estipulado en las presentes bases, renunciando, desde ya, los oferentes al ejercicio de acciones civiles de indemnización de perjuicios, con ocasión de no haber resultados adjudicados”*.
14. Por otro lado, el Formato N°4 de los anexos, en su numeral 4, establece que el oferente debe *“renunciar expresamente a cualquier indemnización en caso de no ser adjudicado con la propuesta que se regula en las presentes bases”*.
15. Respecto de la renuncia anticipada de acciones legales, jurisdiccionales y/o administrativas, en especial las que son irrenunciables, se vulnera el Resuelvo octavo de las Instrucciones, que 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...”*. La citada renuncia además de desincentivar la participación de oferentes en estos procesos, podría vulnerar normas de orden público, tal como lo señalan las Instrucciones en su Considerando cuarto.

V. OTRAS OBSERVACIONES

16. El numeral 4.3.4, en sus letras (a) y (b) hace referencia a listados de servicios licitados A, B y C, según formato N°5. Sin embargo, el numeral señalado no incluye un listado con la clasificación de los servicios, lo cual puede incrementar la incertidumbre de 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 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,




FELIPE IRARRAZABAL PHILIPPI
FISCAL NACIONAL ECONOMICO

Abogado FNE
Ximena Castillo C.
Fono: 7535662