

ORD. N°: 913 /

ANT.: - Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases de licitación para los Servicios de Barrido de Calles y Levantamiento de Escombros, y de Aseo para Ferias Libres. Rol 1483-09 FNE.
- Ord. N° 596, de 03 de junio de 2009, de esta Fiscalía.
- Sus Ords. N° 1704/19 y 1704/39, de 18 de mayo y 21 de julio de 2009, respectivamente.

MAT.: Informa.

Santiago, **31 JUL. 2009**

DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO
A : SR. FERNANDO SALAME SALDIAS
ADMINISTRADOR MUNICIPAL
I. MUNICIPALIDAD DE HUECHURABA
PREMIO NOBEL N° 5555
HUECHURABA

Con fecha 21 de julio de 2009, se han recibido en esta Fiscalía una nueva versión de las Bases Administrativas y Especificaciones Técnicas, de los llamados a licitación para la concesión de los servicios de "Barrido de Calles y Levantamiento de Escombros" y de "Aseo para Ferias Libres", ambas para la comuna de Huechuraba, con el objeto de consultar si su contenido se ajustan 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 en conformidad al Decreto Ley N° 211, sobre defensa de la libre competencia.

Si bien ambos procesos licitatorios son independientes, dado que son de naturaleza similar, las observaciones de esta Fiscalía serán presentadas conjuntamente¹.

I. CRONOGRAMA DEL PROCESO

1. Esa I. Municipalidad no ha dado cumplimiento a la observación efectuada en el punto I del Ord. N° 596, pues el cronograma contenido en el artículo XIX de las Bases Administrativas Especiales, aún adolece, por una parte, de plazos insuficientes, y, por otra, no especifica la fecha efectiva de inicio de los servicios.
2. En efecto, el cronograma considera un plazo entre la publicación de las Bases en el portal Mercado Público (31 de agosto) y el cierre electrónico del proceso (23 de septiembre) de 23 días corridos, lo cual contraviene el resuelvo 3° de las Instrucciones de Carácter General, que señala que las municipalidades deben publicar el llamado a licitación con una anticipación mínima de 60 días corridos a la fecha prevista para la recepción de ofertas.
3. Por otro lado, al no contemplar el cronograma la fecha efectiva de inicio de servicios, se incrementa la incertidumbre de los potenciales oferentes. Debido a lo anterior, y en aras de minimizar esta incertidumbre, se solicita a ese Municipio establecer claramente la fecha de inicio de los servicios, la cual, como se señaló en el Ord. del Antecedente, debe ser tal que el período que media entre la suscripción del contrato y el inicio de operaciones, no se constituya en barrera a la entrada para potenciales participantes.

¹ La más reciente remisión de Bases por parte de esa I. Municipalidad adjunta unas denominadas "Bases Administrativas Generales para Contratos de Obras Municipales", no acompañadas anteriormente, y que establecen preceptos de carácter genérico, plasmados en las Bases Administrativas Especiales sometidas en consulta. Dada la especificidad de estas últimas, se observarán las disconformidades que ellas presentan, sin perjuicio que ese Municipio modifique las Bases Administrativas Generales a partir de las observaciones que esta Fiscalía le formule o haya formulado.

II. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

4. El artículo IX de las Bases Administrativas Especiales presenta los siguientes criterios a utilizar por la Comisión Evaluadora para analizar las ofertas:

Factor	Ponderación
1) Precio del Servicio	80%
2) Experiencia Relevante	20%

5. Pues bien, 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 asignación final de la licitación se utilicen parámetros distintos al precio, ellos deberían justificarse fundadamente”*.
6. Los factores establecidos para la propuesta técnica no establecen, como lo señalan las Instrucciones Generales, un mínimo para cada uno de los criterios considerados, sino que se asigna mayor puntaje de acuerdo a la experiencia que demuestra el proponente.
7. Para ajustarse a las Instrucciones, las Bases remitidas a esta Fiscalía deben establecer los requerimientos técnicos mínimos, calificando positivamente a todo aquel oferente que los cumpla, y luego decidir entre estos por el que realice la mejor oferta económica.
8. 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, así como también debe 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 agrega el Resuelvo 1° de las Instrucciones Generales.

9. Respecto del criterio de evaluación “Experiencia”, en diversos artículos de las Bases Administrativas Especiales se hace referencia a ella, que deben acreditar los proponentes. Por ejemplo, en el artículo V se señala que *“Podrán participar en esta propuesta pública, personas naturales o jurídicas que acrediten experiencia relevante en la materia de la propuesta...”*²
10. Sin embargo, ese Municipio debe 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, en cuanto a 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.”*
11. Hago presente a usted, además, que precaviendo que dicho requisito se constituya en una barrera a la entrada al mercado para nuevas empresas, es recomendable tener por suficiente la experiencia acreditada por los socios o profesionales de las participantes en la licitación, de manera de evitar que aquellas cuyo personal disponga de experiencia relevante, queden excluidas de disputar este mercado.
12. Por lo indicado, se recomienda a esa I. Municipalidad establecer un mínimo de experiencia relevante, a fin de evitar reducir injustificadamente el número de potenciales participantes en la licitación respectiva, de acuerdo al resuelvo 6° de las Instrucciones de Carácter General, que dictamina que *“las municipalidades no podrán imponer a los interesados en participar en una licitación exigencias que otorguen ventajas artificiales que reduzcan injustificadamente el número de potenciales participantes en la licitación respectiva.”*

² El destacado es nuestro.

III. DISCRECIONALIDAD

13. El artículo X de las Bases Administrativas Especiales, señala, por una parte, que *“La Municipalidad se reserva el derecho de rechazar todas las ofertas, cuando éstas no se ajusten a los intereses y necesidades del Municipio”,* y, por otra parte, señala que *“...la comisión velará por la propuesta más conveniente para este municipio, aun cuando, esta no sea la oferta más económica...”*.
14. De conformidad a lo dispuesto en el Resuelvo 7° de las Instrucciones de Carácter General, *“las Bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación”*.
15. Acorde a ello, la Resolución N° 13/2006 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, señaló: *“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”*.
16. En consecuencia, conforme a lo descrito, resulta necesario asegurar la debida transparencia de la actuación municipal, eliminando la discrecionalidad en su proceder, para evitar eventuales efectos anticompetitivos.

IV. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

17. El artículo X de las Bases Administrativas Especiales, señala que *“...no pudiendo los oferentes exigir indemnización alguna por dicho concepto, ni ejercer recurso administrativo o judicial alguno”*.

18. De conformidad a lo dispuesto en el Resuelvo 8° de las Instrucciones de Carácter General: *"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, ni otras que otorguen a la municipalidad respectiva el derecho a poner término anticipado al contrato adjudicado sin una causa justificada."*

V. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

19. Aún cuando el Artículo X de las Bases Administrativas Especiales señala las razones objetivas por las cuales puede ampliarse el valor del contrato, hasta por un 20%, no se establecen las razones objetivas que puedan justificar una disminución de este, la cual, de acuerdo al artículo 24° de las Bases Administrativas Generales para Contratos de Obras Municipales, de esa Corporación, podría alcanzar hasta un 25%, para lo cual se requiere la sola justificación de la Comisión de Inspección Técnica de Obra.

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 contrapone 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.

21. Además, una cláusula como la señalada altera el principio de inmutabilidad de las Bases, incrementando los niveles de incertidumbre que enfrenta un potencial oferente.

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:
Francisco Arriagada P.
Fono: 7535662