

ORD. N°: 993 /

ANT.: Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases de la propuesta pública para la concesión del "Servicio de Recolección y Transporte de Residuos Sólidos Domiciliarios, Vegetales, Escombros, de Emergencia; de Barrido y Aseo de Calles, Aceras y Veredas; Varios Sectores de la Comuna; y Disposición Final en Relleno Sanitario Comuna de San Esteban" Rol N° 1697-10 FNE.

Su Ord. N°160, de 11 de mayo 2010, recibido el día 11 de mayo de 2010.

MAT.: Informa.

Santiago, 09 JUN. 2010

DE : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
A : SR. RENE MARDONES VALENCIA
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE SAN ESTEBAN
26 DE DICIEMBRE N°654
SAN ESTEBAN

Con fecha 11 de mayo de 2010, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas Generales, Especiales y Anexos del llamado a licitación para la concesión del "Servicio de Recolección y Transporte de Residuos Sólidos Domiciliarios, Vegetales, Escombros, de Emergencia; de Barrido y Aseo de Calles, Aceras y Veredas; Varios Sectores de la Comuna; y Disposición Final en Relleno Sanitario Comuna de San Esteban", 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 Generales, Especiales y Anexos que rigen este proceso licitatorio no incorporan un cronograma de la licitación, lo cual genera incertidumbre entre los potenciales oferentes. Más aún, el artículo 21° de las Bases Administrativas Especiales establece como fecha de inicio de los servicios el 1 de junio de 2005, lo cual ciertamente es inexacto.
2. A este respecto, esta Fiscalía recomienda incorporar un cronograma detallado con todos los hitos del proceso licitatorio, el cual considere plazos prudentes entre cada etapa del proceso, -en particular entre la publicación de la licitación y el cierre de las propuestas (plazo mínimo de 60 días), y la suscripción del contrato y el inicio de los servicios-, cautelando que éstos no se constituyan en barreras a la entrada para potenciales participantes, según lo prevé el Considerando 3° de las citadas Instrucciones.
3. 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

II. DURACIÓN DEL CONTRATO

4. El artículo 22° de las Bases Administrativas Especiales establece que la duración del contrato será de tres a cinco años.

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

5. La cláusula referida también genera incertidumbre entre los potenciales partícipes del proceso, razón por la que las bases deben establecer un plazo cierto de duración del contrato.
6. Por otro lado, el citado artículo 22 señala, además, que, de no manifestarse las partes al contrario, se entenderá por renovado el contrato por un período de un año.
7. Al respecto, cabe hacer presente a su Municipio que el eventual período de prórroga debe ser breve –no superior a seis meses- y sólo en caso de circunstancias especiales de buen servicio, apreciables objetivamente.
8. Por lo anterior, se recomienda a esa I. Municipalidad establecer la posibilidad de prórroga del contrato, sólo para casos excepcionales, debidamente establecidos en las Bases de Licitación, y por un período no superior al requerido razonablemente para hacer frente a dichas circunstancias.

III. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

9. El artículo 20° de las Bases Administrativas Especiales y el Anexo 8 presentan los criterios utilizados por la Comisión de Evaluación para examinar las ofertas:

Criterios	Ponderación
1. Evaluación Técnica	40%
2. Evaluación Administrativa	10%
3. Evaluación Económica	50%
Total	100%

10. 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”*.

11. 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 y evaluación administrativa, de manera de cautelar la *“debidamente transparencia y garantía de libre acceso, estableciendo condiciones generales, uniformes y objetivas”*, tal como agrega el Resolvo 1° de las Instrucciones Generales.

IV. DISCRECIONALIDAD

12. El Artículo 20° de las Bases Especiales Administrativas establece que la Municipalidad se reserva los derechos de “aceptar la propuesta total o parcial aumentar o disminuir partidas ofertadas que se estimare más conveniente para los intereses municipales, aunque no sea la más baja en costos; o las rechazará todas sin expresión de causa...”.

13. A juicio de esta FNE, 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 Resolvo 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”*.

14. Por otro lado, el Artículo 55° de las Bases Administrativas Generales señala que “cuando la Municipalidad contrate directamente alguna instalación o parcialidad del proyecto u objeto licitado, según indiquen las Bases Especiales, el Contratista en general tendrá derecho a percibir un porcentaje del valor de dichas instalaciones a título de retribución...”.

15. Más aún, El artículo 11° de las Bases Administrativas Generales señala, que “la Municipalidad se reserva el derecho de paralizar las obras y liquidar el contrato con un plazo de 30 días de aviso al Contratista, en caso que razones presupuestarias o de cualquier otra índole así la obliguen”.

16. 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”*.
17. 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.”**
18. Por tanto, las bases de licitación deben ser corregidas, eliminando la posibilidad de un accionar discrecional por parte del mandante.

V. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

19. El Artículo 15° de las Bases Administrativas Generales, en el literal b.2 puntualiza que el potencial oferente debe suscribir que acepta *“que la decisión de la Municipalidad es inapelable y definitiva y no susceptible de recursos administrativos o judicial alguno”*.

20. Por su parte, el referido Artículo 20° de las Bases Administrativas Especiales, establece que, producto de la evaluación y adjudicación que realice la Municipalidad, “ninguno de los oferentes (podrá) deducir reclamación alguna ni pretender ningún tipo de indemnización”.
21. Al respecto, la incorporación de cláusulas que establezcan 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...”*.
22. 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 4°.

VI. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

23. El artículo 11° de las Bases administrativas Generales expresa que “si las circunstancias así lo aconsejan, previa resolución de la Municipalidad, podrá proponerse al oferente seleccionado la contratación de una cantidad distinta de la oferta..”.
24. Al respecto, esta Fiscalía considera que la posibilidad de efectuar 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 al contenido esencial de ellas, sin que lesionen los principios de debida transparencia y garantía de libre acceso, garantizados 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,



fi fnh

FELIPE IRARRÁZABAL PHILIPPI
FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

Ximena Castillo C.
Abogado FNE
Ximena Castillo C.
Fono: 7535662