086

FNE
FISCALÍA NACIONAL ECONOMICA

ORD. N°: 1175

ANT.:
- Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases de la propuesta pública para la concesión del "Servicio de Barrido de Calzadas, Aceras y Recolección de Micro basurales" Rol FNE N° 1726-10.
- Su Ord. N° 626 de 14 de julio de 2010, recibido con fecha 15 de julio de 2010.

MAT.: Informa.

Santiago, 03 AGO. 2010

DE : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

A : SR. MARIO GEBAUER BRINGAS
ALCALDE
I. MUNICIPALIDAD DE MELIPILLA
SILVA CHÁVEZ N° 480
COMUNA DE MELIPILLA. REGIÓN METROPOLITANA

Con fecha 15 de julio de 2010, la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, la "Fiscalía") ha recibido las Bases Administrativas, Normas Generales, Especiales y Técnicas que regulan el proceso licitatorio para la concesión del *Servicio de Barrido de Calzadas, Aceras y Recolección de Microbasurales* (en adelante, las "Bases"), 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* (en adelante, las "Instrucciones")

A continuación, informo las disconformidades que, a juicio de esta Fiscalía, presentan las referidas Bases:

www.fne.gob.cl Agustinas N° 853, Piso 2, Santiago - Fono: 7535600

I. CRONOGRAMA DEL PROCESO

1. El artículo 4° de las Bases Administrativas Normas Especiales presenta algunos hitos del proceso licitatorio. No obstante, no se presentan las fechas para cada uno de ellos.

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 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]

4. En este sentido, deberán ajustarse a lo anterior, las cláusulas 14. 2 y 14.6 de las Bases Administrativas Normas Generales.

[1] Sentencia N° 77 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de fecha 4 de noviembre de 2008. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de la I. Municipalidad de Curicó, Rol C N° 137-07. Recomendación, página 24.

II. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

5. El numeral 11.3 de las Bases Administrativas Normas Especiales presenta los criterios utilizados por la Comisión de Evaluación para examinar las ofertas:

Criterios		Ponderación
1.	Oferta Económica	60%
2.	Equipamiento Ofertado	30%
3.	Experiencia	10%
Total		100%

6. Sobre el particular, cabe tener presente lo señalado por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en 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"*[2].

7. Ahora bien, en el evento que la I. 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.

8. Por lo tanto, las Bases deberán incorporar –en su integridad- este criterio, así por ejemplo, el artículo 6° inciso segundo, deberá ajustarse también a lo anteriormente señalado.

[2] Sentencia N° 92 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de fecha 29 de diciembre de 2009. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de la I. Municipalidad de Antofagasta, Rol C N° 172-07. Considerando trigésimo segundo, página 14.

III. DISCRECIONALIDAD

9. El artículo 39° de las Bases Administrativas Normas Generales, establece que "*La Dirección de Asesoría Jurídica queda facultada y expresamente autorizada por el adjudicatario para incorporar al contrato aquellas cláusulas que, sin alterar el sentido esencial de las bases y demás antecedentes, permitan una mejor comprensión del contrato y* ***de aquellas cláusulas que permitan resguardar adecuadamente los intereses municipales.***" (énfasis agregado).

10. La cláusula señalada previamente, podría importar una fuente de discrecionalidad que incrementa los niveles de incertidumbre que enfrenta el potencial oferente. Al respecto, las Instrucciones, en su resuelvo 7° disponen que "*las Bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación.*"

11. En el mismo sentido, 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.*"[3]

12. En consecuencia, conforme lo descrito, resulta necesario asegurar la debida transparencia de la actuación municipal, eliminando la discrecionalidad en su proceder, en especial, respecto de los alcances de la frase "*que permitan resguardar adecuadamente los intereses municipales.*"

[3] 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.

IV. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

14. El Anexo N°2 de las Bases "*Declaración Jurada*", puntualiza –en su letra g)- que el potencial oferente debe suscribir el reconocimiento que "*la decisión de la Municipalidad de Melipilla, en la adjudicación de la presente propuesta es inapelable y definitiva.*" Asimismo, el artículo 48° de las Bases Administrativas Normas Generales, señala que "*el simple retardo en la iniciación de éstos, facultará al municipio a poner término anticipado al contrato, sin forma de juicio, no obstante la aplicación de las multas respectivas.*" Por último, la cláusula 15.4 de las Bases Administrativas Normas Especiales, dispone en su inciso cuarto que "*La resolución del Alcalde es inapelable.*"

15. Al respecto, cabe señalar que ello contraviene 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 indispensables, 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.*"

16. A mayor abundamiento, la incorporación de este tipo de cláusulas, incumplen el Resuelvo 8° de las Instrucciones, que expresamente disponen que "*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 [...]*".

V. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

17. El numeral 14.9 de las Bases Administrativas Normas Especiales señala que "*la ampliación o disminución del contrato será por metro lineal, por*

tanto el concesionario deberá incorporar al contrato de barrido, los nuevos sectores que el municipio disponga."

18. Esta Fiscalía considera que la posibilidad de convenir modificaciones al contrato no amparadas en circunstancias objetivas y verificables, debidamente establecidas en las Bases, se contrapone derechamente con el principio de inmutabilidad de las mismas. En virtud de éste, 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.

19. En consecuencia, resulta necesario que los ajustes al contrato respondan a la aplicación de parámetros previamente establecidos en las Bases, tales como un incremento en el número y extensión de calles sujetas a barrido.

20. Por tanto, las Bases deben ser enmendadas en este sentido, eliminando la posibilidad de un accionar discrecional por parte del mandante.

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.*"[4]

[4] Sentencia N° 77 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de fecha 4 de noviembre de 2008. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de la I. Municipalidad de Curicó, Rol C N° 137-07. Considerando Sexagésimo séptimo.

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,

REPUBLICA DE CHILE
FISCAL NACIONAL
FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

FELIPE IRARRÁZABAL PHILIPPI
FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

Abogado FNE
Francisco Bórquez E.
Fono: 7535662