

ORD. N°: 1382✓

ANT.: Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases Administrativas y Técnicas para la Licitación Pública del Servicio de Recolección de Residuos Domiciliarios y Limpieza de Espacios Públicos en la Comuna de Vitacura. Rol N° 1750-10 FNE.

Su Ord. N° 337, de 27 de agosto de 2010, recibido el día 30 de agosto de 2010.

MAT.: Informa.

Santiago, 27 SET. 2010

DE : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
A : SR. RAÚL TORREALBA DEL PEDREGAL
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE VITACURA
AVDA. BICENTENARIO N° 3800
VITACURA

Con fecha 31 de agosto de 2010, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas Generales, Especiales, Técnicas y Anexos para la Licitación Pública del Servicio de Servicio de Recolección de Residuos Domiciliarios y Limpieza de Espacios Públicos en la Comuna de Vitacura, 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. El articulado de las Bases Administrativas Especiales establece diversos hitos del proceso licitatorio. No obstante, no se contemplan las fechas de cada uno de ellos, incrementado, de esta manera, la incertidumbre que enfrenta un potencial oferente de los servicios.
2. Se recomienda a esa I. Municipalidad, incorporar a las Bases un cronograma detallado que contemple todos los hitos relevantes del proceso, como son, por ejemplo: 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. A este respecto cabe hacer presente que, según prevé el Resuelvo N° 3 de las citadas Instrucciones, *“las Municipalidades deben publicar el llamado a licitación que realicen, con una anticipación mínima de 60 días corridos previos a la fecha prevista para la recepción de ofertas, en al menos dos diarios de circulación nacional, o alternativamente, en uno de circulación nacional y en otro de circulación en la región que corresponda. A la fecha de las publicaciones, las respectivas bases de licitación deberán estar disponibles para los interesados.”*
4. Por otro lado, el Resuelvo 6° de las referidas Instrucciones 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”*. En consecuencia, se deben establecer en las Bases plazos prudentes entre cada etapa del proceso, en particular entre la suscripción del contrato e inicio de las operaciones, cautelando que estos no se constituyan en barreras a la entrada para potenciales participantes.
5. Confirma lo anterior la Sentencia N° 77, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 4 de noviembre de 2008, que dispuso 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

6. El numeral 7.1 de las Bases Administrativas Especiales, se refiere a la duración del contrato, señalando *“la duración del contrato será de 7 (siete) años, el cual se contará desde el 27 de septiembre de 2011.”*
7. Para ajustarse a las Instrucciones, las bases deberían establecer, con certeza, una duración del contrato de no más de seis años, prorrogables por un breve plazo, sólo en caso de circunstancias especiales de buen servicio, apreciables objetivamente.
8. Lo anterior, considerando, por una parte, la necesaria certidumbre sobre el objeto licitado que han de tener todos los eventuales interesados y, por otra, la duración normal del ciclo de negocio, asociado a la depreciación de los activos que requiere. Una menor certidumbre atenta contra la transparencia del proceso y el libre acceso, en tanto que una duración excesiva imposibilita innecesariamente la disputa por la provisión del servicio. Todo esto, de conformidad con los Resueltos 1° y 2° de las Instrucciones.

III. EXPERIENCIA

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

9. El numeral 5.1.1 de las Bases Administrativas Especiales, en su literal f), establece que los potenciales oferentes deben entregar certificados de experiencia, que acrediten experiencia en contratos.
10. Al respecto, esta Fiscalía hace presente que la experiencia debe considerarse de manera tal que dicho requisito no se constituya en una barrera a la entrada al mercado para nuevas empresas. En consecuencia, sugerimos tener por suficiente la experiencia acreditada por los socios o profesionales de las empresas participantes en la licitación.
11. Adicionalmente, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en su Sentencia N° 77, de 4 de noviembre de 2008, estableció 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.”*

IV. BOLETA DE GARANTÍA

12. El numeral 6.2 de las Bases Administrativas Especiales señala que el adjudicatario deberá presentar una boleta por fiel cumplimiento de contrato que corresponderá al 5% de la mensualidad del servicio ofertado, multiplicado por el número de meses que dura el contrato.
13. Al respecto, y considerando que el contrato considera una duración de 7 años, la cláusula señalada precedentemente significa que el potencial oferente debe presentar una boleta para garantizar el fiel cumplimiento del contrato por un monto superior a cuatro mensualidades.
14. De acuerdo a antecedentes recabados por esta Fiscalía, garantías equivalentes a tres mensualidades permiten a los municipios cautelar el fiel cumplimiento del contrato, por lo cual se recomienda ajustar las exigencias, evitando que se erijan como barreras a la entrada para potenciales oferentes.

V. DISCRECIONALIDAD

15. El artículo 21° de las Bases Administrativas Generales establece que *“La Municipalidad se reserva el derecho de declarar desierta la licitación por estimar que las ofertas no resultan convenientes a sus intereses...”*. Por su parte las Bases Administrativas Especiales para el servicio de recolección, en su numeral 5.5, se refiere en términos similares a la posibilidad por parte del Municipio para declarar desierta la licitación
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, disminuye la competencia ex ante”*.²
17. Una cláusula como la señalada vulnera, además, el Resuelvo N° 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”*.
18. En este sentido, hacemos presente a usted que la desestimación de las ofertas deberán fundarse de manera objetiva, en base a criterios previamente establecidos en las bases.

² 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.

VI. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

19. El citado artículo 21° de las Bases Administrativas Generales señala que *“La Municipalidad se reserva el derecho de declarar desierta la licitación por estimar que las ofertas no resultan convenientes a sus intereses. Esta declaración no dará derecho a reclamo de ninguna clase ni naturaleza de los oferentes contra la Municipalidad de Vitacura”*
20. Al respecto, cabe tener presente que las cláusulas que establecen 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...”*. Del mismo modo, vulneran 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.”*
21. 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°.

VII. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

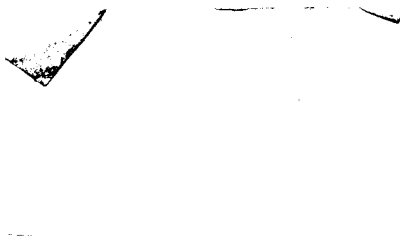
22. Las Bases Administrativas Generales en su artículo 18 establecen *“La Municipalidad de propia iniciativa o en respuesta a una consulta o solicitud de aclaración planteada por algún oferente, podrá enmendar, rectificar o adicionar las Bases de Licitación mediante Aclaraciones...”*.

23. Al respecto, esta Fiscalía considera que la posibilidad de efectuar modificaciones a las bases 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 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."* Por lo tanto, solicito a usted remitir todos los documentos que se refieran al proceso licitatorio incluidos los anexos.

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,



Abogado FNE
Ximena Castillo
Fono: 75356



Fi f n h

FELIPE IRARRÁZABAL PHILIPPI
FISCAL NACIONAL ECONÓMICO