107

FNE
FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA

ORD. N°: 1388 /

ANT.: Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases Administrativas y Técnicas para la contratación de "Servicio de Aseo, Limpieza de Calles y Extracción de Basura en los alrededores de La Vega" en la Comuna de Independencia. Rol N° 1749-10 FNE.

Su Ord. N°, de 26 de agosto de 2010, recibido el día 31 de agosto de 2010.

MAT.: Informa.

Santiago, 28 SET. 2010

DE : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

A : SR. ANTONIO GARRIDO MARDONES
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE INDEPENDENCIA
AVDA. INDEPENDENCIA N° 753
INDEPENDENCIA

Con fecha 31 de agosto de 2010, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas y Técnicas para la Licitación Pública del "Servicio de Aseo, Limpieza de Calles y Extracción de Basura en los alrededores de La Vega", 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 señalan en su articulado diversos hitos del proceso licitatorio. No obstante, no se contemplan las fechas de cada uno de ellos, incrementando, 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° 6 de las Instrucciones de Carácter General, "*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.

4. 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. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

5. El numeral 9.1 de las Bases Administrativas Generales presenta los criterios de Evaluación conforme a las cuales se realizará la adjudicación del servicio:

Criterios	Ponderación
Valor de la Oferta	60%
Oferta Técnica	20%
Empleo Mano de Obra de la Comuna	10%
Experiencia Acreditada	10%
Total	100%

6. 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.*"[2]

7. En consecuencia, se recomienda a la I. Municipalidad que justifique la utilización de parámetros distintos del precio, y que establezca criterios objetivos de evaluación de los mismos.

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

III. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

8. El numeral 4 de las Bases Administrativas Generales señala que "los participantes de la presente licitación deberán contar con experiencia no inferior a tres años...".

9. Al respecto, hacemos presente el Resuelvo 6° de las referidas Instrucciones, que dispone 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*".

10. En ese sentido, la citada cláusula, constituye inequívocamente una imposición que reduce injustificadamente el número de potenciales participantes en la licitación.

11. En consecuencia 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.

12. 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. DISCRECIONALIDAD

13. El numeral 10, en su inciso tercero, puntualiza que "La Ilustre Municipalidad de Independencia se reserva el derecho de aceptar la oferta que le parezca más conveniente a los intereses municipales, aun cuando no sea la económicamente más baja o no figure en el primer lugar de la evaluación, en cuyo caso será fundada o desestimarlas todas sin derecho a indemnización y sin expresión de causa."

14. Por otro lado el numeral 10.2, en su inciso final, señala que "en caso de que el proponente favorecido, una vez notificada al adjudicación, se desistiera de firmar el contrato o bien no rindiera la garantía de fiel cumplimiento, el mandante se reserva el derecho de adjudicar a otro proponente o desestimar la propuesta...".

15. Las cláusulas señaladas incorporan un grado de discrecionalidad en el actuar de la autoridad, lo cual incrementa los niveles de incertidumbre que enfrenta un potencial oferente.

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".*[3]

[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.

17. Cláusulas como las señaladas vulneran, 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. Así, la selección del proponente que se adjudicará la licitación, la desestimación de las ofertas y las causales de resolución del contrato deberán fundarse de manera objetiva en base a criterios previamente establecidos en las bases.

V. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

19. El numeral 11.6 establece que "el servicio a que se refiere estas bases podrá ampliarse o disminuirse, hasta en un 25% ... del monto original de la oferta...".

20. Al respecto, esta Fiscalía considera que la posibilidad de convenir modificaciones al contrato no amparadas en circunstancias objetivas y verificables (como por ejemplo, aumento del número de viviendas que deben ser atendidas, como consecuencia de la construcción de nuevos conjuntos habitacionales) 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.

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,

REPÚBLICA DE CHILE
FISCAL NACIONAL
FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA

FELIPE IRARRÁZABAL PHILIPPI
FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

Abogado FNE
Ximena Castillo Canales
Fono: 7535662