

ORD. N°:

1443 ✓

ANT.: Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases de la propuesta pública para la concesión del servicio de "Recolección de Residuos Domiciliarios, Barrido de Calles, Limpieza de Ductos y Disposición Final" Rol N° 1759-10 FNE.

Su Ord. N° 149/10, de 10 de septiembre de 2010, recibido el día 13 de septiembre de 2010.

MAT.: Informa.**08 OCT. 2010**

DE : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)
A : SRA. MIRTHA SEGURA OVALLE
ALCALDESA I. MUNICIPALIDAD DE MOLINA
YERBAS BUENAS N° 1369
MOLINA

Con fecha 13 de septiembre de 2010, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas, Especificaciones Técnicas, planos y anexos, para la Licitación Pública del Servicio de Servicio de Recolección de Residuos Domiciliarios, Barridos de Calles, Limpieza de Ductos y Disposición Final de la comuna de Molina, 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:

I. CRONOGRAMA DEL PROCESO

1. Las Bases Administrativas señalan algunos de los hitos del proceso licitatorio, sin informar con claridad la fecha de cada uno de ellos, ni tampoco la fecha de inicio de los servicios, incrementando, de esta manera, la incertidumbre que enfrenta un potencial oferente de 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 tener presente 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. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

4. El numeral 13.1.3 de las Bases Administrativas presenta los criterios utilizados por la comisión evaluadora para examinar las ofertas:

Criterios	Ponderación
Precio Ofertado	70%
Calidad Oferta Técnica	30%
Total	100%

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

5. 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.
6. 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, 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”.

III. DISCRECIONALIDAD

7. El artículo 1° de las Bases Administrativas, en su inciso último señala que “La Municipalidad adjudicará la Licitación a la oferta que estime conveniente,...”.
8. Por otro lado, el numeral N° 8.1.3 en su literal (c) puntualiza que “la Municipalidad podrá incorporar en el contrato de Concesión modificaciones del servicio llamado a Licitación, no incluido inicialmente...”.
9. Por su parte, el numeral N° 13.1.1 de las Bases Administrativas, establece que “Se declarará desierta la licitación cuando no se presenten ofertas, o bien éstas no resulten convenientes a los intereses del Municipio”.
10. Finalmente, el numeral 13.2.1 de las referidas Bases señala que “la adjudicación de la licitación se efectuará mediante Decreto Alcaldicio, reservándose la Municipalidad el derecho de adjudicar a uno o más oferentes, cuya oferta estime más conveniente para sus intereses...”.

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.

11. Las cláusulas señaladas previamente podrían importar una fuente de discrecionalidad que incrementa los niveles de incertidumbre que enfrenta el potencial oferente. Al respecto, las Instrucciones Generales, disponen en su resuelto 7° que *“las Bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación.”*
12. 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
13. En consecuencia, conforme lo descrito, resulta necesario asegurar la debida transparencia de la actuación municipal, eliminando la discrecionalidad en su proceder.

IV. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

14. El inciso final del Artículo 1° ya señalado, puntualiza que la municipalidad podrá adjudicar la licitación a la oferta que estime más conveniente, o rechazará todas, *“expresando por causa fundada las razones por las cuales se efectuó la adjudicación, sin derecho a reclamo o indemnización alguna a los proponentes.”*
15. Por su parte el inciso segundo del numeral 10.1.1. señala que *“por el sólo hecho de someterse a consideración su oferta, los oferentes y el adjudicatario renuncia expresa, irrevocable, formal y automáticamente a formular cualquier acción o reclamo en contra de la Municipalidad, con motivo o a consecuencia de la decisión que adopte esta Corporación sobre la calificación de las ofertas,*

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.

aceptando desde ya (que) la decisión de la adjudicación del servicio licitado es facultad exclusiva, privativa del Alcalde de Molina, y del Concejo Municipal, no susceptible de recurso, reclamo o alegación alguna".

16. Asimismo, el Anexo N° 2, en su numeral 4°, establece "...En virtud de las circunstancias antes susceptibles de recurso administrativo alguno".
17. 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..."*.
18. 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°.

V. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

19. El numeral 6.2 en su literal (c) establece que la "Municipalidad se reserva el derecho de ampliar, modificar o aumentar la cobertura de la concesión hasta en un 15%, aunque no haya sido contemplada en las presentes bases."
20. Al respecto, esta Fiscalía considera que la posibilidad de convenir modificaciones al contrato no amparadas en circunstancias objetivas y verificables, debidamente establecidas en las Bases y sin una compensación al adjudicatario, en caso, por ejemplo, que la nueva destinación de los residuos se encuentre a una mayor distancia de la comuna, 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.

21. 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 de viviendas, o extensión de calles sujetas a barrido.

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 a la señora Alcaldesa que las Bases consultadas sean modificadas conforme a lo observado.

Saluda atentamente a usted,




JAIME BARAHONA URZÚA
FISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)

Abogado FNE
Ximena Castillo
Fono: 75356604