

ORD. N°: 1746 ✓ /

ANT.: Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases Administrativas y Especificaciones Técnicas para la propuesta pública 1) Recolección de residuos domiciliarios, 2) Limpieza de calles y 3) Disposición final y manejo de vertedero. Rol N° 1796-10 FNE.

Su Ord. N° 1.266, de 17 de noviembre de 2010, recibido el día 19 de noviembre de 2010.

MAT.: Informa.

Santiago, 03 DIC. 2010

DE : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
A : SR. DENIS CORTES VARGAS
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE ILLAPEL
CONSTITUCIÓN N° 24
ILLAPEL

Con fecha 19 de noviembre de 2010, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas y Especificaciones Técnicas para la propuesta pública 1) Recolección de residuos domiciliarios, 2) Limpieza de calles y 3) Disposición final y manejo de vertedero, para la Comuna de Illapel, 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. En diversos artículos de las Bases se hace referencia al calendario de licitación, sin indicar las fechas exactas de cada uno de los hitos del proceso licitatorio.
2. Resulta necesario incorporar a las Bases un cronograma detallado, que contemple todas las etapas relevantes del proceso, tales como: fecha de publicación del llamado a licitación, de presentación de las ofertas, de adjudicación, de suscripción del contrato, de inicio de los servicios, etc., que mantenga debida concordancia con el articulado de las Bases.
3. Cabe tener presente que 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 los mismos 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, la cual 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

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

5. Por último en relación a este aspecto, considerar 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.”*

II. CRITERIOS DE EVALUACION

6. El inciso 3° del artículo 8° de las Bases Administrativas presenta los criterios utilizados por la Comisión de Apertura, que corresponde a la Comisión Evaluadora, para examinar las ofertas y su ponderación:

Criterios	Ponderación
Oferta Económica	65%
Oferta Técnica	35%
Total	100%

7. En relación a la evaluación de la oferta técnica resulta necesario indicar en forma clara la manera que este criterio será evaluado, de manera de cautelar la *“debida transparencia y garantía de libre acceso, estableciendo condiciones generales, uniformes y objetivas”*, tal como señala el Resuelvo N° 1 de las Instrucciones de Carácter General.
8. Del mismo modo, es necesario considerar lo establecido por el Resuelvo 4° de las Instrucciones Generales, el cual dispone que *“las Bases de licitación deberán fijar un estándar mínimo de calidad exigible a todas las propuestas y establecer como criterio principal de adjudicación el precio ofrecido, sujeto a este estándar mínimo de calidad. En caso que para la asignación final de la*

licitación se utilicen parámetros distintos al precio, ellos deberían justificarse fundadamente".

9. Así, en el evento que la Municipalidad decida ponderar elementos distintos del precio, deberá justificar la inclusión de estos criterios en la evaluación de las propuestas.

III. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

10. En relación a la exigencia contenida en la letra f) del numeral 7.2.1 del artículo 7° de las Bases Administrativas, consistente en presentar un certificado de ejecución de trabajos similares, cabe tener presente lo resuelto por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que en su Sentencia N° 77, de 4 de noviembre de 2008, en cuanto a 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."
11. Además, basta tener por suficiente la experiencia acreditada por los socios o profesionales de las empresas participantes en la licitación, puesto que de esta manera se evita que empresas cuyo personal disponga de experiencia relevante, queden excluidas de disputar este mercado.
12. Por lo indicado, se recomienda a esa I. Municipalidad establecer un mínimo de experiencia relevante, a fin de evitar reducir injustificadamente el número de potenciales participantes en la licitación respectiva, de acuerdo al resuelvo 6° de las Instrucciones de Carácter General, que dictamina 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.*"

IV. DISCRECIONALIDAD

13. El artículo 8° de las Bases Administrativas establece en su inciso 1° que la I. Municipalidad de Illapel *aceptará, en resolución fundada, la propuesta que estime más conveniente a sus intereses, aún cuando ella no sea la más baja en cuanto a su monto.*
14. Aún más, en el inciso 2° se dispone que la Municipalidad *se reserva el derecho de rechazar todas las ofertas o a adjudicarlas parcialmente.*
15. Por su parte, artículo 3 inciso 3° de las Especificaciones Técnicas para el servicio de recolección de residuos domiciliarios dispone que *“Una vez que el programa de operaciones ha sido aceptado, no lo podrá modificar, excepto cuando la Municipalidad lo considere conveniente ...”*. Similar disposición se reitera respecto al servicio de limpieza de calles – artículo 5°- y para el tratamiento de residuos en vertedero municipal – artículo 3 -.
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. Todavía más, las disposición señalada en el numeral 11 anterior, 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 Resuelvo N° 7 de las Instrucciones de Carácter General, el cual dispone, además, que:

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.

“Las bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación”.

18. A mayor abundamiento, en relación a la discrecionalidad, la Sentencia N° 77/2008 del mismo H. Tribunal, confirmada por Sentencia de la Excma. 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.”**
19. Adicionalmente, hacemos presente a usted que la desestimación de las ofertas deberán fundarse de manera objetiva, en base a criterios previamente establecidos en las bases.

V. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

20. El numeral 7.3.6 de las Bases Administrativas dispone que contra la resolución del Alcalde respecto a reclamos al Acta de Apertura, no cabrá recurso alguno.
21. Por otro lado, el artículo 8° en su inciso 2° establece que en casos de rechazo de las ofertas o adjudicación parcial por parte de la Municipalidad, los

proponentes no tendrán derecho a formular reclamos de ninguna especie, ni podrán pretender indemnización alguna.

22. A su vez, el numeral 16.7 de las Bases Administrativas señala que la resolución del alcalde que se pronuncie sobre solicitudes de reconsideración de multas, será inapelable.
23. Finalmente, el numeral 16.8 de las citadas Bases estatuye que respecto de las retenciones efectuadas administrativamente por el Municipio no procederá *reclamo o recurso judicial o administrativo alguno, a los que el contratista renuncia desde ya.*
24. 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 indisponibles, 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.”*

VI. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

25. Las Especificaciones Técnicas establecen la facultad para la Municipalidad de solicitar modificaciones al Programa de Operaciones, las que deberán quedar establecidas en el Programa de Operaciones definitivo, que el adjudicatario

deberá entregar al Municipio en forma previa a la firma del contrato. Además, se indica que *“El Programa de Operaciones Definitivo, sólo podrá ser modificado con acuerdo expreso de la Municipalidad o por solicitud de esta.”* Dichas estipulaciones se encuentran incorporadas para el caso del servicio de recolección de residuos domiciliarios en los artículos 3° y 8°; para el caso del servicio de limpieza de calles, en los artículos 5° y 12°; y para el caso de tratamiento de residuos en vertedero municipal, en 3° y 7°.

26. 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, se contrapone 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.

VII. OTRAS OBSERVACIONES

27. En diversas disposiciones existen referencias erróneas, espacios en blanco o error en la numeración de las páginas, lo que podría resultar confuso y eventualmente incrementar los niveles de incertidumbre que enfrentan potenciales oferentes, por lo que se recomienda enmendarlos.

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,



FELIPE IRARRÁZABAL PHILIPPI
FISCAL NACIONAL ECONÓMICO