

148

ORD. N°:

1805 ✓

ANT.: Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases Administrativas de Licitación Pública para la propuesta denominada "Adquisición de contenedores Municipalidad de La Pintana"; Rol N°1795-10 FNE.

Su Ord. N° 171/3978, de 16 de noviembre de 2010, recibido el día 17 de noviembre de 2010.

MAT.: Informa.

Santiago, 20 DIC. 2010

DE : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

**A : SR. JAIME PAVEZ MORENO
ALCALDE I, MUNICIPALIDAD DE LA PINTANA
AVDA. SANTA ROSA N° 12.975
LA PINTANA**

Con fecha 17 de noviembre de 2010, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas, Bases Administrativas Normas Especiales, Especificaciones Técnicas y Anexos, de la propuesta pública denominada "Adquisición de contenedores Municipalidad de La Pintana", 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 (en adelante, las "Instrucciones").

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

I. CRONOGRAMA DEL PROCESO

1. El cronograma de la licitación presenta diversos hitos del proceso licitatorio, tales como la fecha de publicación de los antecedentes, fecha de recepción de las propuestas, adjudicación, etc.
2. No obstante, el cronograma no presenta la fecha de inicio de los servicios. Más aún, de acuerdo al inciso cuarto del numeral 4.1 de las Bases Administrativas Generales, existiría incertidumbre respecto de la realización del hito "reunión informativa", al señalar "*Antes o durante el proceso de consultas y previo al cierre de éstas, la Unidad Técnica podrá convocar a los Oferentes interesados en la propuesta a una reunión informativa...*". Por otra parte, de acuerdo al numeral 2 de las Bases Administrativas Normas Especiales, "*la Unidad Técnica podrá modificar el calendario de la licitación...*".
3. En consecuencia, resulta necesario incorporar a las Bases un cronograma detallado, que contemple todas las etapas 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.
4. Adicionalmente, 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 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

6. El numeral 8.1 de las Bases Administrativas Normas Especiales señala los criterios de evaluación de las propuestas:

Criterios	Ponderación
Oferta Económica	50%
Plazo de Entrega	15%
Garantías Técnicas	25%
Presentación de la Oferta	10%
Total	100%

7. En relación al criterio plazo, que asigna mayor puntaje a la empresa que ofrezca un menor tiempo de implementación, es pertinente reiterar lo resuelto por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que puntualiza la necesidad de establecer *“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”.²*

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

² Sentencia N° 77 del TDLC.

III DISCRECIONALIDAD

8. El numeral 5.2.2 de las Bases Administrativas Generales en su inciso final establece que la *“entidad licitante se reserva el derecho de proponer al Sr(a) Intendente(a) la asignación de la propuesta por partidas o ítems, definidos en las Normas Especiales y/o en las Especificaciones Técnicas, e incluso a dos o más Proponentes...”*.
9. 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.
10. Más aún, a juicio de esta Fiscalía, el artículo señalado 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 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.”*
11. 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,***

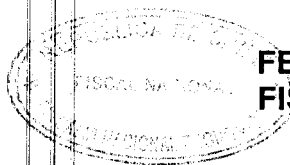
³ Resolución N° 13 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de fecha 27 de junio de 2006. Consulta de la DGAC sobre Bases de Licitación de Redes Hidrantes, Rol NC 103-05. Considerando Décimo quinto, página 10.

*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."*

Por último, 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 al señor Alcalde que las Bases consultadas sean modificadas conforme a lo observado.

Saluda atentamente a usted,



FELIPE IRARRÁZABAL PHILIPPI
FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

Abogado FNE
Ximena Castillo C.
Fono: 7535604