

058

0528

ORD. N°:

ANT.: Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases Administrativas de Licitación Pública para la propuesta denominada "Obra de Confianza Villa Portales, Construcción Nichos de Acopio de Residuos Sólidos"; Rol N°1859 -11 FNE.

Su Ord. N° 1200/42 de 17 de marzo de 2011.

MAT.: Informa.

Santiago, 13 ABR. 2011

DE : SUBFISCAL NACIONAL ECONÓMICO

A : SR. RODRIGO DELGADO MOCARQUER
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE ESTACIÓN CENTRAL
AVDA. LIBERTADOR BERNARDO O'HIGGINS N° 3920
ESTACIÓN CENTRAL

Con fecha 17 de marzo de 2011, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas Generales, Bases Administrativas Especiales, Especificaciones Técnicas y Anexos, del proyecto "Obra De Confianza Villa Portales (Construcción de nichos de acopio de residuos)", 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. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

1. Las Bases Administrativas Generales en su numeral N° 5.5, párrafo primero, señala: *“La Unidad Técnica, previa autorización del mandante, podrá disminuir o aumentar el contrato, en cuyo caso el contratista tendrá derecho a su pago de acuerdo con los precios unitarios contratados, y a un aumento del plazo proporcional al aumento que haya tenido el contrato inicial salvo que convenga uno menor”*.
2. Por su parte el numeral 5.6, párrafo final establece: *“Todo aumento de plazo, sin embargo, deberá ser justificado, entendiéndose por tal aquel solicitado en razón de un hecho fortuito o fuerza mayor, o bien, en una acción del Mandante y de la Unidad Técnica” (el subrayado es nuestro)*.
3. Sobre el particular, hacemos presente 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 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.
4. En consecuencia, resulta necesario que los ajustes al contrato respondan a la aplicación de parámetros previamente establecidos en las Bases, tales como incremento en el número de viviendas o en el número y extensión de calles sujetas a barrido.

II. PAUTA DE EVALUACIÓN

5. El artículo 14 de las Bases Administrativas Especiales presenta los criterios utilizados para examinar las ofertas y su ponderación:

Criterios	Ponderación
Oferta Económica	40%
Capacidad Económica	25%
Experiencia	20%
Plazo	10%
Cumplimiento Requisitos	5%
Total	100%

Sobre el particular, resulta 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”*.

Es así que el criterio precio u oferta económica debe tener una ponderación de al menos un 50% más uno del total.

III. DISCRECIONALIDAD

6. Las Bases Administrativas Generales, en su numeral 4.5, señalan: *“La Unidad Técnica se reserva el derecho de rechazar alguna o todas las ofertas si no las estimare convenientes para sus intereses, y el derecho de proponer la adjudicación a cualquiera de los proponentes aunque no sea la oferta más baja si conviene a los intereses del Mandante o de la Unidad Técnica, siempre que cumpla con los requisitos establecidos en las Bases; en este último caso la proposición de adjudicación será justificada”*.

7. Asimismo, las Bases Administrativas Especiales, establecen en su numeral 14, párrafo 6°: *“El municipio se reserva el derecho de desestimar todas las ofertas o adjudicar la propuesta a quien estime más conveniente a sus intereses, aunque no sea la más baja, ni ocupe el primer lugar en la evaluación, sin expresión de causa”.*
8. 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”*¹.
9. 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.”*
10. A mayor abundamiento, en relación a la discrecionalidad, la Sentencia N° 77/2008 del mismo H. Tribunal, confirmada por Sentencia de la Excm. 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,*

¹ 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”.

IV. COMISIÓN EVALUADORA

11. Las Bases Administrativas Generales en su numeral 4.5, párrafo 2°, señalan: *“La Unidad Técnica constituirá una comisión evaluadora, integrada por a lo menos tres funcionarios”.*
12. Una cláusula como la señalada contraviene las “Instrucciones” que en su Resuelvo 5° disponen: *“Las bases de todo proceso de licitación deberán precisar cómo se integrará la comisión evaluadora”.*

V. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

13. Las Bases Administrativas Generales, en su numeral 12.1 referido a la “Interpretación de los antecedentes del Contrato”, señalan: *“Cualquier diferencia en la interpretación de la reglamentación, antecedentes indicados en el punto 1.2 de las presentes Bases Administrativas Generales será resuelto sin ulterior recurso por la Unidad Técnica, sin perjuicio de las atribuciones correspondientes al Mandante y la Contraloría General de la República”.*

14. Respecto de la cláusula en análisis, se hace 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”*.

VI. DEFINICIÓN DE LOS SERVICIOS LICITADOS

15. Las Bases Administrativas Especiales, definen en el numeral 3° el objeto de la propuesta, señalando: *“El servicio contempla la construcción de nueve nichos para el resguardo de contenedores de basura de 700 y 1000 lts., cierre perimetral, techo de zincalum, las puertas de acceso serán de construidas (sic) de correderas...”*. Sin embargo, en las Especificaciones Técnicas, numerales 2.8.1 y 2.82, se establece la obligación de proveer basureros de 1000 lts. y 770 lts.
16. Lo anterior contraviene el Resuelvo Segundo de “las Instrucciones”, que establece que en *“los procesos de licitación, deberán definirse en forma explícita los distintos servicios que se liciten”*.

17. 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,

Por orden del Fiscal Nacional Económico,



REPUBLICA DE CHILE
* SUBFISCAL NACIONAL ECONÓMICA
FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA

JAI ME BARAHONA URZÚA
SUBFISCAL NACIONAL ECONÓMICO

Abogado FNE
Ximena Castillo C.
Fono: 7535602