

049

ORD. N°:

0472/

ANT.: Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases Administrativas de Licitación Pública para la propuesta pública del “Servicio de Recolección y Transporte a Disposición Final de Residuos Domiciliarios” y “Contratación del Servicio de Disposición Final de los Residuos Sólidos Domiciliarios”; de la Comuna de Olmué, Rol N° 1848-11 FNE.

Su Ord. N° 81/011, de 24 de febrero de 2011, recibido el día 25 de febrero de 2011.

MAT.: Informa.

Santiago, 28 MAR. 2011

DE : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
A : SR. TOMÁS ARANDA MIRANDA
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE OLMUÉ
AVDA. PRAT N° 12
OLMUÉ

Con fecha 25 de febrero de 2011, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas Generales y Anexos de la licitación pública para la “Contratación del Servicio de Recolección y Transporte a Disposición Final de Residuos Sólidos Domiciliarios” y las Bases Administrativas, Técnicas y Anexos para la “Contratación del Servicio de Disposición Final de los Residuos Sólidos Domiciliarios” de la Comuna de Olmué, 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), 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 del Servicio de recolección y transporte a disposición final señalan algunos de los hitos del proceso licitatorio, sin señalar fechas, como en el caso de la recepción de las ofertas, pero no establecen la totalidad de ellos, incrementando, de esta manera, la incertidumbre que enfrenta un potencial oferente de servicios.
2. A su vez las Bases Administrativas, Técnicas y Anexos del servicio de disposición final de residuos, si bien contemplan un cronograma del proceso no señala las fechas de las diferentes etapas, omitiendo además la fecha del inicio de los servicios.
3. Se recomienda a esa I. Municipalidad, incorporar a las Bases de Licitación un cronograma detallado, que contemple todos los hitos relevantes de los procesos, 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. 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.
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. DISCRECIONALIDAD

6. El numeral N°12, letra b), de las Bases Administrativas Generales del servicio de recolección y transporte, establece que “La Unidad Técnica podrá rechazar todas o algunas de las ofertas con expresión fundada de causa y sin que los proponentes puedan pretender indemnización alguna por este hecho...”.
7. De conformidad a lo dispuesto en el Resuelvo 7° de “las Instrucciones”, “Las bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación...”.
8. Por su parte, la Resolución N° 13/2006 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia señaló: “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*”.
9. Más aún, a juicio de esta Fiscalía, el numeral 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

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

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 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.”
11. Respecto, de la parte final del inciso en análisis, 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 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”.

III. INMUTABILIDAD

12. Las Bases Administrativas Generales sobre recolección y transporte a disposición final, en su numeral 7, párrafo segundo, establecen: *“Con motivo de las Aclaraciones la Unidad Técnica podrá rectificar, aclarar o modificar estas Bases, los Términos de Técnicos de Referencia y los demás antecedentes que formen parte de la licitación, enmiendas que pasarán a formar parte integrante de estas Bases y/o contrato del servicio respectivo...”.*
13. Por su parte el numeral 9.2, letra c), de las mismas señala: *“En caso de haber aumentos de plazo, ya sea por modificación de especificaciones, se deberá modificar el contrato respectivo. Al mismo tiempo se deberán modificar las fechas de vencimiento de las boletas de Garantía en igual cantidad de días del aumento del plazo...”.*
14. Asimismo, las Bases Administrativas y Técnicas para la contratación del servicio de disposición final, establecen en su numeral 4.4, que: *“La Municipalidad podrá modificar los documentos de la Propuesta hasta antes de la apertura, ya sea por iniciativa propia o e atención a una Aclaración solicitada por alguno de los Oferentes, durante el proceso de la Propuesta otorgando un plazo prudencial para que los oferentes puedan adecuar sus ofertas a los nuevos requerimientos, informando ello a través del sitio web www.mercadopublico.cl. Estas modificaciones formarán parte integral de las Bases”.*
15. 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.

IV. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

16. Las Bases Administrativas Generales del servicio de recolección y transporte a disposición final, en el numeral 8.1, denominado “Documentos Anexos” enumeran los documentos que el contratista **deberá** incluir, el literal e) exige: *“Declaración Jurada simple que indique los servicios contratados y/o en ejecución, incluyendo aquellas que se encuentren en esta situación en el periodo de la presente licitación, señalando los montos de cada uno de los contratos, el contratante y la comuna”*. (el énfasis es nuestro).
17. Cabe tener presente lo resuelto por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que en su Sentencia N° 77 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”.
18. Sumado a ello, bastaría 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, quede excluidas de disputar este mercado.
19. Lo anterior de acuerdo al Resuelvo 6° de las Instrucciones de carácter general N° 1/2006 emitido por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el 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”*.

V. OTRAS

20. En el numeral 13, literal g), de las Bases Administrativas Generales del servicio de recolección y transporte a disposición final, se hace referencia a las Bases Administrativas Generales las cuales no fueron remitidas a esta Fiscalía.

21. Además, en diversos acápite del articulado de las bases de ambos procesos aparecen fechas de hitos de las mismas en blanco, las que se solicita sean completadas.

Por consiguiente, 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