

ORD. N°:

0632/

ANT.: Consulta de esa I. Municipalidad sobre bases de licitación para la "Adquisición de Contenedores de Basura Domiciliarios, Comuna de Maipú"; Rol N°1867-11 FNE.

Su Ord. N° 1400/024, de 28 de marzo de 2011.

MAT.: Informa.

Santiago, 29 ABR. 2011

DE : SUBFISCAL NACIONAL ECONÓMICO
A : SR. ALBERTO UNDURRAGA VICUÑA
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE MAIPU
AVDA.CINCO DE ABRIL N° 0260
MAIPU

Con fecha 29 de marzo de 2011, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas Normas Generales, Normas Especiales y Bases Técnicas y Anexos, relativas a la licitación pública para la "Adquisición de Contenedores de Basuras Domiciliarios, Comuna de Maipú", 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 ("Instrucciones")).

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

I. CRONOGRAMA DEL PROCESO

1. El anexo I presenta un cronograma de la licitación, el cual da cuenta de diversos hitos del proceso licitatorio, tales como entrega de bases, consultas, cierre de ofertas y apertura de la propuesta.
2. No obstante, el cronograma no presenta la fecha de publicación de la licitación con la antelación requerida, ni cumple las formalidades indicadas en el Resuelvo 3° de las citadas Instrucciones, el cual dispone, entre otros requisitos, que entre la publicación y el cierre de ofertas debe mediar un plazo no inferior a 60 días.
3. Por otro lado, el cronograma tampoco señala la fecha de adjudicación e inicio de los servicios. Respecto de este ítem, la fecha de inicio dependerá, según lo contemplado en las bases, del plazo propuesto por el propio oferente para la entrega de los bienes (contenedores).
4. Sobre el particular, cabe señalar que la modalidad establecida impide la participación de oferentes, tendiendo a establecer ventajas competitivas artificiales respecto de aquellas empresas que eventualmente tengan stock de los contenedores licitados (14.220 de 120 litros y 2.901 de 340 o 360 litros – tipo urbano-).
5. Más aun, las bases no permiten la oferta por separado de los dos tipos de contenedores, lo que aparte de carecer de justificación económica aparente, refuerza la barrera de entrada erigida en las bases y referidas en el párrafo anterior, circunstancia que ya ha sido objetada en otros informes.
6. Sobre el particular, se hace presente a ese Municipio que según lo 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.

7. 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 [énfasis agregado].

II. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

8. El numeral 8.1 de las Bases Administrativas Normas Especiales presenta como criterios de evaluación para examinar las ofertas y su ponderación los siguientes:

Criterios	Ponderación
Oferta Económica	40%
Plazo de entrega	15%
Garantías Técnicas	15%
Servicio Post Venta	20%
Presentación de la Oferta	10%
Total	100%

9. Sobre el particular, cabe tener presente lo señalado por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el Considerando Trigésimo segundo de la Sentencia N° 92/2009², que dispone: *“lo relevante es que el principal criterio de asignación de la licitación –no necesariamente el único– sea el precio*

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

² Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de la I. Municipalidad de Antofagasta.

ofrecido y que en caso que se estimase necesario utilizar otros parámetros distintos del precio, éstos se encuentren debidamente justificados”.

10. De esta manera, de acuerdo al fallo antes citado, el principal criterio de adjudicación debe corresponder a la oferta económica, cuya ponderación en la evaluación global de las ofertas debe ser superior a la ponderación asignada por la Municipalidad al resto de los elementos a evaluar.
11. En relación al criterio plazo, que asigna mayor puntaje a la empresa que ofrezca un menor tiempo de implementación, es pertinente reiterar lo señalado en el acápite anterior en el sentido que dicho factor erige una barrera artificial a la entrada de competidores. En este sentido, debe establecerse un plazo determinado y general para todos los oferentes, lo que ha sido objeto de observaciones por parte de esta Fiscalía en informes anteriores sobre la materia.

III. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

12. El numeral 2 de las Bases Administrativas Normas Especiales establece la facultad de la Unidad Técnica para modificar el calendario de la licitación.
13. 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, se contraponen 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.
14. 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, caso fortuito o fuerza mayor.

IV. DISCRECIONALIDAD

15. Las Bases Administrativas en su numeral 5.2.2., párrafo final, sobre la Evaluación de las ofertas, establece: *“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 Especificaciones Técnicas, e incluso a dos o más Proponentes, si corresponde. Del mismo modo la pauta de evaluación deberá aplicarse sobre cada partida o grupo de partidas, cuando se parcialice la adjudicación en más de un Oferente”*.
16. Por su parte, el párrafo segundo, del numeral 6.1, de las Bases Administrativas señala que, en caso de desistimiento del oferente adjudicado, *“la Unidad Técnica podrá llamar a una nueva propuesta pública o adjudicar la oferta que ocupe el lugar siguiente en la evaluación...”*.
17. Una cláusula similar aparece en el párrafo quinto, del numeral 7.1 de las Bases Administrativas Generales, que establece que *“si por causa imputable al Adjudicatario el contrato no se suscribe dentro del plazo...la Unidad Técnica podrá llamar a una nueva propuesta pública o adjudicar la oferta que ocupe el lugar siguiente en la evaluación...”*.
18. 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, en su resuelto 7° disponen que *“las Bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación.”*
19. 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

20. En consecuencia, conforme lo descrito, resulta necesario asegurar la debida transparencia de la actuación municipal, eliminando la discrecionalidad en su proceder.

V. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

21. El numeral 5.1 de las Bases Técnicas señala que los contenedores deberán cumplir copulativamente con las normas internacionales de calidad AFNOR, ISO 9001, ISO 14001 y la Norma Europea UNE-EN.
22. Lo anterior contraría lo dispuesto en el 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”*.
23. Más aun, el ya citado Resuelvo 1° señala la importancia que las Instrucciones le otorgan a no limitar ni crear barreras artificiales de entradas, al establecer, como se dijo, que *“las bases de licitaciones de servicios de recolección, transporte, y disposición de residuos sólidos domiciliarios deberán cautelar la debida transparencia y garantía de libre acceso, estableciendo condiciones generales, uniformes y objetivas”*.
24. Al respecto, cabe señalar que para facilitar la participación del mayor número de oferentes se estima necesario que sólo se exija el cumplimiento de una de las normas técnicas de calidad y diseño internacionales, de carácter general

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.

como son la norma europea UNE-EN y la ISO 9001 o 14001. El oferente en este caso deberá acreditar su cumplimiento con un certificado vigente, emitido por un laboratorio competente.

VI. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

25. El numeral 13.1, de las Bases Administrativas, se refieren a la Interpretación de los Antecedentes del Contrato, señalando: *“Cualquier diferencia en la interpretación de la reglamentación y antecedentes indicados en el punto 1.1 de las presentes Normas Generales será resuelta sin ulterior recurso por el Mandante, sin perjuicio de las atribuciones de la Contraloría General de la República”*.
26. En relación a la imposibilidad de los oferentes para reclamar, interponer acciones legales y exigir indemnizaciones, cabe señalar que, la incorporación de cláusulas que establezcan 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 (...)”*.
27. 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°.

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

Saluda atentamente a usted,



JAIME BARAHONA URZÚA
SUBFISCAL NACIONAL ECONÓMICO

Abogado FNE
Ximena Castillo.
Fono: 7535602