

ORD. N° 1137

ANT.: Consulta de I. Municipalidad de San Bernardo sobre bases de licitación pública para la "Concesión para la prestación del servicio de mantención y reposición de áreas verdes de la comuna de San Bernardo", Rol N° 1840-11 FNE.

Su Ordinario N° 311 de 2 de febrero de 2011, recibido con fecha 8 de febrero.

Ord. FNE N° 368 de 2 de marzo de 2011.

Su Ordinario N° 717 de 29 de marzo de 2011, recibido por esta Fiscalía con fecha 31 de marzo.

Ord. FNE N° 546 de 19 de abril de 2011.

Su Ordinario N° 1777 de 27 de julio de 2011, recibido por esta Fiscalía con fecha 28 de julio.

MAT.: Informa.

Santiago, 17 AGO. 2011

DE : SUBFISCAL NACIONAL ECONÓMICO
A : SRA. NORA CUEVAS CONTRERAS
ALCALDESA
I. MUNICIPALIDAD DE SAN BERNARDO
EYZAGUIRRE N° 450
SAN BERNARDO

Con fecha 27 de julio de 2011, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas y Especificaciones Técnicas del llamado a licitación pública para la "Concesión para la prestación del servicio de mantención y reposición de áreas verdes de la comuna de San Bernardo", 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.

1

A continuación informo a usted la disconformidad que, a juicio de esta Fiscalía, presentan las referidas Bases:

I. CRONOGRAMA DEL PROCESO

1. Si bien se incorporó al Cronograma de la licitación la etapa de adjudicación mediante la indicación de una fecha tope y la fecha de suscripción del contrato, el plazo contemplado entre este hito y el inicio de los servicios, que se extiende por 31 días, resulta ser insuficiente a juicio de esta Fiscalía, atendidos los requerimientos técnicos de la licitación.
2. El Resuelvo 6° de las Instrucciones Generales 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”*. Se reitera, en consecuencia, la necesidad de establecer en las Bases plazos prudentes entre cada etapa del proceso, en particular, entre la suscripción del contrato e inicio de las operaciones, considerando lo expuesto en el numeral anterior, cautelando que estos no se constituyan en barreras a la entrada para potenciales participantes.
3. 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.

II. DISCRECIONALIDAD

4. El párrafo 3 del numeral 15 de las Bases Administrativas establece que *“La Municipalidad adjudicará a un concesionario diferente cada sector (tomando los valores indicados en el Formato N° 5). En caso de desistimiento de uno o más de los adjudicados, se adjudicará al proponente que le siga en evaluación. En caso de igualdad de puntaje, se preferirá a la oferta más económica.”* (el subrayado es nuestro)
5. No se señala en las Bases la forma ni se contemplan los criterios objetivos conforme a los cuales proceder en caso que un mismo oferente resulte mejor evaluado para adjudicarse dos o tres sectores, por lo que se sugiere complementarlas en este sentido.
6. Sobre el particular, conviene tener presente que 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

III. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

7. En el numeral 10 de las Bases Administrativas persiste una referencia a posibles rectificaciones al texto de las mismas, la cual se sugiere eliminar toda vez que la posibilidad de convenir modificaciones, como se anticipó en oficios anteriores, se contraponen con la inmutabilidad de las Bases, las que una vez iniciado el proceso de licitación no pueden alterarse siquiera por la vía de las aclaraciones, enmendaduras, adiciones o supresiones a su

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.

contenido esencial, 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. DURACIÓN DEL CONTRATO

8. El numeral 3.3 de las Bases Administrativas relativo a la vigencia del contrato establece, establece que éste comenzará el día 1° de julio de 2011 hasta el día 31 de enero de 2015, no renovable. Resulta necesario adecuar la fecha de inicio al actual Cronograma de la licitación.

V. OTRAS OBSERVACIONES

9. El numero 21) del numeral 21.2 contiene una frase incompleta la que se sugiere complementar a fin de entregar información suficiente a los potenciales oferentes.

Finalmente, hago presente a ese Municipio que, de acuerdo al considerando sexagésimo séptimo de la señalada Sentencia N° 77, el H. Tribunal de Defensa 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 a la señora Alcaldesa que las Bases consultadas sean modificadas conforme a lo observado, reiterándole al mismo tiempo que las observaciones y opiniones emitidas por esta Fiscalía en el presente proceso licitatorio, son independientes de cualquier decisión que se pueda adoptar

a raíz de la denuncia que dio origen al expediente Rol N° 1808-11 FNE, recaída en la licitación publicada bajo el ID N° 2342-37-LP10, mediante la cual se adjudicaron dos sectores de la Comuna para el mismo servicio objeto de la presente solicitud de Informe.

Saluda atentamente a usted,
Por orden del Fiscal Nacional Económico,



***JAIME BARAHONA URZÚA**
SUBFISCAL NACIONAL ECONÓMICO

Abogado FNE
Andrea Avendaño B
Fono: 7535604