

ORD. N° 1474
ANT.: Bases Licitación Pública
Servicio de acopio, levante,
carguío, transporte y
disposición final de
escombros mixtos, La
Pintana. Rol N° 1883 -11
FNE.
Su Ord. N° 1200/054/2043.
Ord. FNE N° 817.
Su Ord. N° 1200/151/4511.
MAT.: Informa.

Santiago, 27 de octubre de 2011

DE : SUBFISCAL NACIONAL

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

Con fecha 5 de octubre de 2011, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas Generales, Bases Administrativas Especiales, Especificaciones Técnicas y Anexos, de la propuesta pública denominada "Servicio de acopio, levante, carguío, transporte y disposición final de escombros mixtos, La Pintana 2011-2013", 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.

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

I. INMUTABILIDAD DE LAS CONDICIONES

1. En relación con la observación realizada por esta Fiscalía relativa a los artículos 10.3, 13.1, 13.2 y 13.5, si bien se agregó en el artículo 14 de las Bases Administrativas Especiales un inciso final mediante el cual se establece que "No se considerarán modificaciones al contrato respecto de aumentos o disminuciones de partidas contempladas en los artículos 10.3, 13.1, 13.2 y 13.5, de las Bases Administrativas Generales", lo cierto es que aquello no subsana los riesgos competitivos asociados a la mantención de los referidos artículos en idénticos términos.

2. A consecuencia de lo expuesto, los ajustes al contrato deben responder a la aplicación de parámetros objetivos, previamente establecidos en las Bases, tales como son el incremento en el número de viviendas, aumento de la población, eventos de caso

fortuito o fuerza -como son los hechos de la naturaleza- entre otros.

3. Por otra parte, el numeral 4.3 de las Bases Administrativas Generales contempla la facultad para el Municipio de modificar los documentos y plazos de la Licitación, en cualquier momento antes del vencimiento del cierre electrónico del plazo para la presentación de la propuesta.

4. Al respecto resulta necesario reiterar que la posibilidad de efectuar modificaciones a las Bases, se contrapone con la inmutabilidad de las mismas, cuyo contenido esencial, una vez iniciado el proceso de licitación, no puede alterarse por la vía de las aclaraciones, enmendaduras, adiciones o supresiones, 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.

II. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

5. El nuevo numeral 8.2 punto 1 de las Bases Administrativas Especiales, concerniente a los Anexos Técnicos que el proponente debe acompañar junto a su propuesta, indica que debe: "Acreditar experiencia mínima de un año de los socios o profesionales de la empresa en servicios de limpieza de microbasurales, Formato N° 5 adjunto."

6. Por su parte, el artículo 12 de las Bases Administrativas Especiales, referido a los "Criterios de Evaluación", en su párrafo 8° establece que: "Las ofertas que no cumplan con experiencia en actividades similares a las solicitadas en el Formato N° 5 no continuarán en el proceso de evaluación".

7. Al respecto, se reitera lo resuelto por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que en su Sentencia N° 77, de 4 de noviembre de 2008, en cuanto a 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."

8. De este modo, se recomienda establecer un mínimo de experiencia relevante, a fin de evitar reducir injustificadamente el número de potenciales participantes en la licitación respectiva, de acuerdo al resuelvo 6° de las Instrucciones de Carácter General, que dictamina 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."

III. DISCRECIONALIDAD

9. El numeral 10.2, de las Bases Administrativas Generales, establece: La Municipalidad de La Pintana se reserva el derecho a adjudicar la oferta que sea más conveniente a sus intereses, lo que no implica necesariamente que sea la oferta más

baja”.

10. Por su parte, el numeral 10.5 agrega: “Se declarará desierta una licitación cuando no se presenten ofertas o bien, cuando éstas no resulten convenientes a los intereses municipales”.

11. Sobre el particular, se reitera lo dispuesto por la Resolución N° 13/2006 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en cuanto 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].

12. Así, se reitera que a juicio de esta Fiscalía, los numerales señalados podrían 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”.

13. Por otra parte, si bien esa I. Municipalidad incorporó en el inciso segundo del artículo 13 de las Bases Especiales una cláusula que establece la aplicación de leyes que modifiquen las condiciones de precio del contrato, ya sea en aumento de remuneraciones, bonificaciones, cotizaciones previsionales o impuestos, dicha estipulación se contradice con el todavía vigente numeral 14.2 de las Bases Administrativas Generales, según el cual “El contratista no tendrá derecho a demandar aumentos o reajustes del precio de su contrato fundado en la dictación de leyes generales o especiales que dispongan reajustes o aumentos de las remuneraciones, bonificaciones, cotizaciones previsionales o impuestos”.

IV. COMISIÓN EVALUADORA

14. En las Bases Administrativas Generales se define la Comisión Evaluadora como “el grupo de funcionarios designados por decreto para calificar las distintas ofertas de una propuesta. Por lo general, estarán constituidas por un representante del Alcalde, un representante de SECPLA o de la Dirección de Servicios Operativos Generales y un representante de la Dirección atingente a la materia propuesta”.

15. Por otro lado, y si bien se incorporó en el artículo 12 de las Bases Especiales un inciso segundo mediante el cual se establecen los nombres específicos de funcionarios integrantes de la Comisión Evaluadora, además de sus cargos, pareciera ser que las personas individualizadas no se corresponden con los cargos señalados en las Definiciones, resultando conveniente guardar la debida concordancia entre ambas disposiciones.

16. Lo anterior a fin de adecuarse a las Instrucciones de carácter general que en su Resuelvo 5° disponen: "Las bases de todo proceso de licitación deberán precisar cómo se integrará la comisión evaluadora". Así, deberán indicarse, al menos, los cargos o áreas de desempeño de las personas que integrarán la Comisión Evaluadora.

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,

Por orden del Fiscal Nacional Económico,



JAIME BARAHONA URZÚA
SUBFISCAL NACIONAL

Abogada FNE
Andrea Avendaño
Fono: 7535602 - 604