

ORD. N° 0099
ANT.: Bases para la concesión del "Servicio de Arriendo de Maquinarias Pesadas y Camiones para el Vertedero Municipal La Chimba". Rol 2024-11 FNE.
MAT.: Su Ord. N° 2358, de 14 de diciembre de 2011.
Informa.

Santiago, 27 de enero de 2012

DE : SUBFISCAL NACIONAL

A : SRA. MARCELA HERNANDO PÉREZ
ALCALDESA
I. MUNICIPALIDAD DE ANTOFAGASTA
AVDA. SÉPTIMO DE LÍNEA N° 3505
ANTOFAGASTA
REGIÓN DE ANTOFAGASTA

Con fecha 20 de diciembre de 2011, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas, Bases Técnicas y Anexos para la licitación pública denominada "Servicio de Arriendo de Maquinarias Pesadas y Camiones para el Vertedero Municipal La Chimba" de la Comuna de Antofagasta, con el objeto de establecer 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 Generales").

A continuación informo las disconformidades que a juicio de esta Fiscalía presentan las bases remitidas en consulta.

I. CRONOGRAMA

1. El punto 10.1.1 de las Bases Administrativas, sobre el procedimiento de licitación señala en la letra a) que la propuesta será difundida por medio del Portal Mercado Público.

2. Respecto a la publicación de la oferta, se aconseja a esa I. Municipalidad efectuar la publicación de la licitación, atendiendo a las medidas de publicidad consignadas en las Instrucciones, es decir, por medio de en al menos dos diarios de circulación nacional, o alternativamente, en uno de circulación nacional y en otro de circulación en la región que corresponda.

3. Además el punto 10.1.1. de las Bases Administrativas, señala que la propuesta sería publicada el día 22 de noviembre de 2011. A su vez, el punto 10.3.1. dispone como límite para la presentación de ofertas el día 13 de diciembre de 2011.

4. De lo antes expuesto, se deduce que el plazo de recepción de ofertas es de 21 días. Sobre el particular, se solicita tener en especial consideración lo dispuesto en el Resuelvo 3° de la Instrucciones Generales, el que dispone: "Las Municipalidades deberán publicar el llamado a licitación que realicen, con una anticipación mínima de 60 días corridos previos a la fecha prevista para la recepción de las ofertas, en al menos dos diarios de circulación nacional o alternativamente, en uno de circulación nacional y en otro de circulación en la región que corresponda. A la fecha de las publicaciones, las respectivas bases de licitación deberán estar disponibles para los interesados".

5. Por otro lado, el itinerario del proceso, expuesto en los puntos 10° y siguientes de las Bases Administrativas, omite la fecha de adjudicación de la propuesta (en el numeral 1.8 aparece como fecha estimada de la adjudicación el 5 de enero).

6. Además, el punto 13.4 de las mismas Bases, señala que el plazo de implementación del servicio; es decir, el término que media entre la adjudicación del servicio y su puesta en marcha, será determinado en el Decreto Alcaldicio de Adjudicación (en el numeral 1.8 aparece como fecha de inicio de los servicios el 8 de enero de 2012).

7. Al respecto, se recomienda a ese municipio establecer plazos prudentes entre la adjudicación del contrato y el inicio de los servicios, cautelando que éstos no se constituyan en barreras a la entrada para potenciales participantes, según lo prevé el Considerando 3° de las citadas Instrucciones. Considerando el volumen de residuos y de habitantes de la comuna, dicho plazo no debiera ser inferior a 90 días contados desde la fecha de adjudicación del contrato.

8. Sobre el particular, el Resuelvo N° 6 de las Instrucciones Generales, establece: "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 (...)".

9. Confirma lo anterior la Sentencia N° 77, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la cual en su considerando quincuagésimo señala que las Bases de Licitación deben 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".

II. SERVICIOS LICITADOS

10. Las Bases del proceso remitidas a esta Fiscalía se caratulan "Servicio de Arriendo Maquinarias Pesadas y Camiones para el Vertedero Municipal La Chimba".

11. El punto 7.2 de las Bases Administrativas, sobre ejecución del servicio, señala que ésta implica: "El servicio del tratamiento diario de las basuras, escombros y otros en el vertedero municipal y, además para la ejecución de trabajos de eliminación de basurales, levantamiento de escombros y otros desechos sólidos, saneamiento ambientales y en general otros trabajos relacionados con el uso de maquinarias y camiones, convenidos en la oportunidad, lugares y en horarios que se determinen en los diferentes sectores de la comuna".

12. Además, diversas disposiciones en las Bases hacen referencia a las actividades de construcción, operación y administración del vertedero municipal.

13. De lo antes expuesto, se concluye que las presentes Bases tienen un contenido más amplio que el que implica su denominación.

14. Sobre el particular, se hace presente que 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."

III. DISCRECIONALIDAD

15. El punto 13.1.2. de las Bases Administrativas, señala: "La Municipalidad se reserva el derecho de rechazar previo informe fundado de la Comisión de Propuesta, una o todas las ofertas, si así le pareciera más conveniente a sus intereses".

16. La disposición antes citada no precisa criterios objetivos respecto del rechazo de ofertas, lo que en la práctica podría permitir a vuestra I. Municipalidad descartar ofertas o declarar desierta la licitación por cualquier razón, sin la obligación de tener que justificar su actuar.

17. A su vez, el punto 13.1.3. de las mismas Bases, agrega: "La señora Alcaldesa de la Comuna, una vez recepcionada la sugerencia de adjudicación por parte de la Comisión de Propuesta, elegirá seleccionando al proponente que presente la oferta más viable y conveniente al interés actual o futuro de la Municipalidad, según pauta de evaluación".

18. En concepto de esta Fiscalía, resulta improcedente que la Municipalidad pueda adjudicar una licitación a su arbitrio, prescindiendo incluso de los resultados de la evaluación. Por otra parte, dado el amplio margen de interpretación de la disposición, en la práctica, vuestra I. Municipalidad estaría facultada para desentenderse de los criterios

de evaluación establecidos en las Bases respecto a la adjudicación de la propuesta, y adjudicar la licitación a cualquier oferente válido, vulnerando así el mencionado resuelvo 7° de las Instrucciones de Carácter General, el cual dispone, que: “Las Bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación”.

19. A su vez, el punto 17.1.2., de las Bases Administrativas, señala que se pondrá término inmediato al contrato: “letra a). Por incumplimiento de cualquiera de las obligaciones del contrato según se exige en las Bases Administrativas y Bases Técnicas”.

20. La citada disposición, más adelante agrega: “letra b). El contrato terminará anticipadamente de pleno derecho y sin necesidad de interpelación previa a Tribunal alguno cuando se incurra en incumplimiento por parte del prestador del servicio, de cualquiera de sus obligaciones debiendo notificarse por escrito a la incumplidora, la decisión de poner término anticipado al contrato”.

21. Las citados puntos no describen en forma clara las circunstancias objetivas y verificables, que configurarán dichas causales y que podrían motivar la resolución del contrato por parte de la autoridad; cuestión que desincentiva la participación de potenciales oferentes al aumentar significativamente el riesgo del negocio para ellos, dada la facultad implícita de poner término al contrato por cualquier incumplimiento y de forma unilateral por parte de la Municipalidad.

22. Sobre el particular, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, señaló en su Resolución N° 13/2006: “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”.

23. A mayor abundamiento, en relación a la discrecionalidad, la citada 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, 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. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

24. El punto 16.2. de las Bases Administrativas, dispone: "Se podrá realizar modificaciones al contrato, por causas fidedignas, debidamente comprobadas y expresamente autorizadas por la alcaldesa de la Comuna, previo informe de la unidad municipal responsable, lo que implicase la suscripción una modificación de Contrato, aprobado mediante Decreto Alcaldicio".

25. Sobre el particular, la posibilidad de efectuar modificaciones a las Bases, se contrapone con la inmutabilidad de las mismas cuyo contenido esencial es que 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, reguardados por el Resuelvo N° 1 de las Instrucciones de Carácter General. En consecuencia, resulta necesario que los ajustes al contrato respondan a la aplicación de parámetros objetivos y verificables previamente establecidos en las Bases, tales como incremento en el número de viviendas o en el número, extensión de calles sujetas a barrido y circunstancias calificadas como de emergencia o catástrofe por la autoridad competente.

V. COMISIÓN EVALUADORA

26. El punto 2.3 de las Bases Administrativas, dispone: "La Comisión de Evaluación, estará conformada, por tres funcionarios de Planta o a Contrata de algunas o todas las siguientes reparticiones municipales: • Dirección de Medio Ambiente, Aseo y Ornato; • Secretaría Comunal de Planificación"

27. De este modo, las Bases no contemplan la forma en que se designará la comisión. Sobre el particular el Considerando 5° de las Instrucciones señala: "Las bases de todo proceso de licitación deberán precisar cómo se integrará la comisión evaluadora y establecer las pautas que se utilizarán para la calificación de los oferentes y sus propuestas." Esto en miras a asegurar la debida transparencia en la adjudicación e igualdad entre los oferentes.

Finalmente, hago presente a ese Municipio que, para futuras licitaciones, 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 a la señora Alcaldesa 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
Ximena Castillo
Fono: 7535602 - 604