

ORD. N° 1633
ANT.: Bases para la licitación del
"Servicio de aseo y levante
de la "Feria Modelo
Aeropuerto", Comuna de
Cerrillos". Rol N° 2145-12
FNE.
Su Ord. N° 600/93 de 8 de
octubre de 2012.
MAT.: Informa.

Santiago, 16 de noviembre de 2012

DE : SUBFISCAL NACIONAL (S)

**A : SR. ALEJANDRO ALMENDARES CALDERÓN
ALCALDE
I. MUNICIPALIDAD DE CERRILLOS
PILOTO LAZO N° 120
CERRILLOS
REGIÓN METROPOLITANA DE SANTIAGO**

Con fecha 12 de octubre de 2012, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas Generales, Especificaciones Técnicas y Anexos del llamado a licitación pública para el "Servicio de aseo y levante de la "Feria Modelo Aeropuerto", Comuna de Cerrillos", 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, dictadas de conformidad al Decreto Ley N° 211, sobre Defensa de la Libre Competencia ("Instrucciones Generales").

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

I. CRONOGRAMA

1. El cronograma de la propuesta adjunto señala como fecha de publicación del llamado a licitación en el portal www.mercadopublico.cl el día 6 de noviembre de 2012, y como término para el cierre de ofertas el día 11 de diciembre de 2012.

2. De lo antes expuesto, se concluye que 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. Además, las Bases indican como único medio de publicidad de la propuesta, su publicación en el portal Mercado Público.

4. Sobre el particular, se hace presente a ese Municipio que según lo prevé el Considerando 3° de las Instrucciones Generales, 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 previamente señalado, además, 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”.

6. De esta manera, se recomienda a esa I. Municipalidad que establezca un plazo de 60 días entre el llamado a licitación, con su respectiva publicación en diarios de circulación nacional, y la recepción de ofertas, además de ajustar las fechas establecidas en el cronograma.

II. DISCRECIONALIDAD

7. En el numeral 9.4 de las Bases Administrativas, respecto de la adjudicación de la licitación, se indica que “El municipio se reserva el derecho de rechazar una o todas las ofertas, de acuerdo a la decisión fundada que adopte el Consejo Municipal en el ejercicio de sus atribuciones legales y que será informada mediante el Sistema de Información”.

8. Por su parte, el numeral 9.2, se refiere a la adjudicación señalando: “(...) En caso que el Concejo Municipal rechace la propuesta de adjudicación formulada por el Alcalde, éste podrá realizar una nueva propuesta de adjudicación para cuyo efecto seleccionará a otro oferente de los que fueron evaluados o llamar a una nueva licitación”.

9. Respecto a la adjudicación misma, cabe señalar que en concepto de esta Fiscalía, resulta improcedente que el Alcalde pueda, en los hechos, adjudicar una licitación a su arbitrio, prescindiendo incluso de los resultados de la evaluación que haya obtenido el segundo oferente mejor evaluado. 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 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”.

10. Lo anterior puede transformarse en una fuente de discrecionalidad en la licitación, al no especificar cuáles serían dichas razones fundadas, pudiendo disuadir de esta manera la participación de potenciales interesados en la prestación del servicio, razón por la cual se recomienda a ese municipio detallar las situaciones en las cuales podría declararse desierta la licitación en cuestión.

11. 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".

III. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

12. En lo relativo al sistema de evaluación, particularmente al apartado de la evaluación técnica descrito en el numeral 8.1.2 de las Bases Administrativas Generales, se hace presente que no se establece un criterio objetivo mediante el cual evaluar los puntos 1.1 y 1.3 al 1.7, pudiendo generar lo anterior un ámbito de discrecionalidad a la Municipalidad respecto del 8% del puntaje total.

IV INMUTABILIDAD DE LAS BASES

13. Las Bases Administrativas, en su numeral 2.3, nombrado "Respuestas a las consultas, aclaraciones", señala que "[L]as respuestas a las aclaraciones solicitadas por los oferentes serán decretadas y formarán parte integrante de las presentes B.A.G.(...) El mandante, por propia iniciativa o en respuesta a una consulta o solicitud de aclaración planteada por algún proponente, podrá enmendar, enmendar [sic], rectificar, adicionar o suprimir elementos las presentes Bases Administrativas [sic], Especificaciones Técnicas, Formatos y/o Anexos".

14. Por otra parte, en su numeral 1.5, las Bases ya citadas señalan "[L]a Municipalidad de Cerrillos previo acuerdo del Consejo Municipal y antes del término del contrato podrá prorrogar el contrato por razones fundamentadas y por periodos que no sobrepasen en total seis (6) mese (...)", no detallando las causales que pueden dar origen a dicha modificación, las cuales debiesen corresponder sólo a circunstancias especiales a fin de asegurar la continuidad del servicio.

15. Adicionalmente, el numeral 32, de las mismas Bases, señala que "[E]l contratista podrá realizar subcontrataciones parciales para la ejecución de todas o algunas de las obras conexas complementarias (...)"

16. En particular respecto del párrafo precedente, se debe mencionar que la facultad conferida al oferente para subcontratar parte de la obras, permitiendo la ejecución

del contrato por uno o varios operadores diferentes del adjudicatario original, puede dar lugar a una reducción de la competencia efectiva en la fase de la licitación, ya que ciertas empresas que podrían acudir al proceso competitivo como licitadores, optarían por no hacerlo o, por participar en forma menos agresiva, prefiriendo actuar como subcontratistas, con la consiguiente relajación de las condiciones de competencia de la licitación.

17. De esta forma, respecto de todo lo anterior, se hace presente que la posibilidad de efectuar modificaciones a las Bases, se contraponen 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, garantidos por el Resuelvo N° 1 de las Instrucciones Generales.

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

Saluda atentamente a usted,

Por orden del Fiscal Nacional Económico,


MARIO YBAR ABAD
SUBFISCAL NACIONAL (S)


REPUBLICA DE CHILE
* SUBFISCAL NACIONAL *
FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

Abogada FNE
Ximena Castillo
Fono: 7535602 - 604