

ORD. N° 1726
ANT.: Bases para la concesión
"Servicio de Operación del
Vertedero Municipal La
Chimba, Ciudad de
Antofagasta". Rol 2158-12
FNE.
Su Ord. N° 2165, de 14 de
noviembre de 2012.
MAT.: Informa.

Santiago, 10 de diciembre 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 23 de noviembre de 2012, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas, Bases Técnicas y Anexos para la licitación pública denominada Servicio de Operación del Vertedero Municipal La Chimba, Ciudad de Antofagasta Ciudad 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, ("Instrucciones Generales").

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

I. COMISIÓN DE EVALUACIÓN

1. El numeral 8.3 de las bases administrativas establece que "[l]a Comisión de Evaluación, estará conformada por a lo menos tres funcionarios de Planta o a Contrata de la siguiente repartición municipal:

- a. Dirección de Medio Ambiente, Aseo y Ornato.
- b. Secretaría Comunal de Planificación"

2. Al respecto, esta Fiscalía hace notar que, de acuerdo a lo expresado en dicho numeral 8.3, la conformación de la Comisión de Evaluación resulta vaga, ya que no se indica con precisión qué funcionarios o cargos serán los que, en definitiva, conformarán tal Comisión.

3. En línea con lo anterior, es necesario recordar que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en el Resuelvo 5° de las Instrucciones Generales N° 1, afirmó que “[l]as bases de todo proceso de licitación deberán precisar cómo se integrará la comisión evaluadora”.

4. Por tanto, se solicita a vuestra Municipalidad que, para dar cumplimiento a dichas Instrucciones, se especifique con mayor precisión qué funcionarios integrarán la Comisión Evaluadora, indicando el cargo de sus titulares y señalando, además, a quién corresponderá reemplazarlos en caso de ausencia de alguno de los titulares.

II. EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS

5. El numeral 16 de las bases administrativas indica la forma mediante la cual se evaluarán las ofertas presentadas.

6. En particular, el punto 16.1.1 detalla el procedimiento para evaluar la oferta económica. Cabe hacer notar, sin embargo, que tal fórmula de evaluación presenta un error, por cuanto establece que la oferta evaluada va en el numerador de la ecuación, mientras la menor oferta (“Oferta menor de la propuesta”) lo hace en el denominador, lo que dará lugar a que cualquier oferta que no sea la mejor oferta económica, tenga un puntaje mayor a los 100 puntos, lo que evidentemente no es lo buscado.

7. Por otra parte, se solicita especificar de forma más clara, en el cuerpo de las bases, qué se entiende por oferta económica, ya que, según se deduce de lo indicado en 16.1.1, la Oferta Económica (“O.E”) sería: $\text{Oferta Económica} = 60\% * \text{Oferta Económica Costo Fijo} + 40\% * \text{Oferta Económica costo variable}$

8. Sin embargo, lo anterior no se encuentra especificado de manera clara, pudiendo prestarse para interpretaciones distintas a las buscadas o para polémicas en la evaluación. Por tanto, se solicita que todas las fórmulas y definiciones contenidas en 16.1.1 de las Bases sean especificadas y redactadas de manera de no dar lugar a equívocos en su lectura e interpretación.

9. Respecto de la oferta técnica, se indica en el mismo 16.1.1 que “[c]ada integrante de la comisión de Evaluación pondrá una nota de 1 al 7, al plan de Operaciones ofertado las cuales se promediarán para obtener la nota final por oferente, a este promedio final, se le asignara puntos de acuerdo a la siguiente tabla:”, indicándose a continuación el puntaje que obtendrá cada oferta según la nota promedio de las mencionadas evaluaciones.

10. En relación a la tabla usada para asignar puntajes a cada promedio, debe observarse que sólo se muestran los puntajes que obtendrían las notas promedio enteras “7”, “6”, “4” y “3”. Nada se indica respecto del puntaje que obtendría cualquier promedio con un decimal distinto de cero (por ejemplo, ¿un promedio de “6,5” obtendría nota “7” o “6”?) o el que alcanzaría una oferta técnica con nota promedio de 5,0.

11. Por tanto, se solicita precisar la modalidad de evaluación de las ofertas técnicas, de modo de permitir la evaluación de cualquier nota promedio, lo cual podría cumplirse, sólo a modo de ejemplo, mediante puntajes asignados a rangos de notas.

III. DISCRECIONALIDAD

12. El numeral 17.4, de las Bases Administrativas, establece: “La Municipalidad se reserva el derecho de rechazar previo informe fundado, de la Comisión de la Propuesta, una o todas las ofertas, si así le pareciera más conveniente sus intereses actuales o futuros”.

13. 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.

14. 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 resuelto 7° de las Instrucciones de Carácter General, el cual dispone, que: “[l]as Bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación”.

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

16. 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”.

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

REPUBLICA DE CHILE
* SUBFISCAL NACIONAL *
FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

Abogada FNE
Ximena Castillo
Fono: 7535602 - 604