

024

ORD. N°:

0299 ✓

ANT.: Consulta de I. Municipalidad de Pedro Aguirre Cerda sobre bases de Licitación Pública para la "Contratación de Servicios de Recolección y Transporte de Residuos Sólidos Domiciliarios, Aseo de Ferias Libres y Barrido de Calles". Rol N° 1839-11 FNE.

MAT.: Informa.

Santiago, 17 FEB. 2011

DE : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)
A : SRA. CLAUDINA NUÑEZ JIMENEZ
ALCALDESA
I. MUNICIPALIDAD DE PEDRO AGUIRRE CERDA
AV. PRESIDENTE SALVADOR ALLENDE N° 2029
PEDRO AGUIRRE CERDA

Con fecha 7 de febrero de 2011, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas y Especificaciones Técnicas del llamado a licitación pública para la "Contratación de Servicios de Recolección y Transporte de Residuos Sólidos Domiciliarios, Aseo de Ferias Libres y Barrido de Calles, Comuna de Pedro Aguirre Cerda", 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.

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

I. OFERTA DE LOS SERVICIOS LICITADOS

1. El proceso licitatorio comprende, según su título y diversas disposiciones de las Bases Administrativas y Especificaciones Técnicas, los servicios de: i)

recolección y transporte de residuos sólidos domiciliarios; ii) aseo de ferias libres; y iii) barrido de calles de la comuna.

2. Por su parte, el Artículo N° 14 de las Bases Administrativas establece que la ponderación de los factores a evaluar se obtendrá de la siguiente forma: “a) 65%: Precio de la oferta económica (POF): correspondiente a la sumatoria de las ofertas recibidas por: Retiro domiciliario, Levante de ferias libres y Barrido de calles”.
3. De lo expuesto, resulta que la adjudicación de los tres servicios licitados se realizará en forma conjunta.
4. Sobre el particular, resulta conveniente tener presente lo establecido en el Considerando Séptimo de las citadas Instrucciones Generales, el cual dispone que *“... por otra parte, es conveniente que, siempre que sea posible y no existan fundamentos que lo desaconsejen, las municipalidades efectúen licitaciones separadas para los servicios de recolección, transporte y disposición final de residuos; de aseo y limpieza de calles y de ferias libres; y el servicio de retiro y transporte de escombros y ramas, salvo que existan fundamentos al contrario”*.
5. En consecuencia, esta Fiscalía recomienda, como una manera de generar mayor competencia para la licitación del servicio de “aseo de ferias libres y barrido de calles”, que ese Municipio permita para ellos la presentación de ofertas separadas, habida consideración de que su escala de negocio es muy distinta a los otros servicios licitados. Todo ello, sin perjuicio que producto de mejores ofertas, un mismo oferente pueda adjudicarse en definitiva la totalidad de los servicios licitados.

II. CRONOGRAMA DEL PROCESO

6. Resulta necesario incorporar a las Bases un cronograma detallado, que contemple todas las etapas relevantes del proceso, como son, por ejemplo:

fecha de publicación del llamado a licitación, de presentación de las ofertas, de adjudicación, de suscripción del contrato, de inicio de los servicios, etc., cuidando que éste mantenga la debida concordancia con el articulado de las Bases.

7. Al respecto, cabe tener presente que 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”*. En consecuencia, se debe 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.
8. 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.
9. Por último, en relación a este aspecto, cabe considerar que, según prevé el Resuelvo N° 3 de las citadas Instrucciones, *“las Municipalidades deben publicar el llamado a licitación que realicen, con una anticipación mínima de 60 días corridos previos a la fecha prevista para la recepción de 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.”* En dicho sentido, resulta necesario

¹ Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de la I. Municipalidad de Curicó.

adecuar el Artículo N° 9 de las Bases Administrativas, que considera un plazo de a lo menos 40 días corridos entre la publicación y la apertura de ofertas.

III. EL FACTOR EXPERIENCIA

10. El artículo N° 14 de las Bases Administrativas establece, entre los factores de evaluación, la *Experiencia (PEP)*, la cual señala se evaluará en función de los antecedentes de la empresa.
11. Más adelante, el citado artículo, en su letra **c) Puntaje experiencia (Pep)**, asigna puntaje a la experiencia en el rubro, refiriéndose particularmente a *Contratos asociados al rubro de la licitación*, el que será evaluado de acuerdo a la cantidad de toneladas recolectadas.
12. Al respecto, cabe tener presente lo resuelto por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en su Sentencia N° 77, 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.”
13. A juicio de esta Fiscalía, la práctica de esta exigencia debe realizarse de manera tal que dicho requisito no se constituya en una barrera a la entrada al mercado para nuevas empresas, razón por la cual resulta conveniente tener por suficiente la experiencia acreditada por los socios o profesionales de las empresas participantes en la licitación, para así evitar que empresas cuyo personal disponga de experiencia relevante queden excluidas de disputar este mercado.

IV. DISCRECIONALIDAD

14. El inciso 2° del Artículo N° 16 de las Bases Administrativas, faculta al Municipio para dejar sin efecto la licitación en caso que no se suscriba el

contrato respectivo por causa que no le sea imputable, escenario en el cual podrá adjudicarla al proponente que esté ubicado en segundo lugar en la proposición de adjudicación, y si éste no aceptase, al tercero y así sucesivamente, o para rechazar a todos los proponentes, si ello resultase conveniente a los intereses municipales.

15. Al respecto, hago presente a usted que la desestimación de las ofertas deberá fundarse de manera objetiva, a partir de criterios previamente establecidos en las Bases.
16. Por otro lado, el Artículo N° 18 de las Bases citadas contempla la posibilidad de desistimiento unilateral de la entidad licitante hasta el momento de la firma del Contrato, en cuyo caso el Municipio podrá dejar sin efecto la aprobación de la oferta y la adjudicación, en forma fundada, en caso que se produjeran ciertos hechos ahí descritos, entre ellos, la necesidad de hacer modificaciones sustanciales al proyecto.
17. Sobre el particular, 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.

V. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

18. El Artículo N° 2 de las Bases contiene la definición de diversos términos, entre ellos: “*Bases de Licitación: El presente documento aprobado por la Municipalidad y visado por la Fiscalía Nacional Económica y todas aquellas disposiciones, antecedentes, circulares, anexos y enmiendas, respuestas y*

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.

aclaraciones que digan relación directa con la Licitación Pública". Más adelante se define "Respuesta: Acto de declaración de la Municipalidad que modifica o clarifica el sentido de las bases y que se expresa ante la o las consultas efectuadas por los participantes."

19. Cabe hacer presente que la posibilidad de convenir modificaciones a las bases se contrapone con la inmutabilidad de las mismas, 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 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.

VI. OTRAS OBSERVACIONES

20. El Artículo N° 25 de las Bases, relativo a las obligaciones del Municipio, se refiere en la letra a) a "Los aumentos de servicios ...", haciendo una reseña errónea al Artículo 18 de las Bases.

21. Se recomienda enmendar dicho aspecto, a fin de entregar una información adecuada 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.

Saluda atentamente a usted,



CRISTIÁN R. REYES CID
FISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)

Abogado FNE
Andrea Avendaño B.
Fono: 7535604