

ORD. N°: 295 /

ANT.: Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases de la propuesta pública para la licitación del "Servicio de Recolección Diferenciada y Transporte de Residuos Sólidos Domiciliarios y Plantel Adicional de 10 Operarios, La Pintana 2010-2014" Rol N° 1655-10 FNE.

MAT.: Informa.

Santiago, **18 FEB. 2010**

**A : SR. JAIME PAVEZ MORENO
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE LA PINTANA
AVDA. SANTA ROSA N° 12975
LA PINTANA**

DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO (S)

Con fecha 03 de febrero de 2010, se han recibido en esta Fiscalía las Bases del llamado a licitación para la concesión del "Servicio de Recolección Diferenciada y Transporte de Residuos Sólidos Domiciliarios y Plantel Adicional de 10 Operarios, La Pintana 2010-2014", 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, dictadas de conformidad al Decreto Ley N° 211, sobre Defensa de la Libre Competencia.

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

I. DEFINICIÓN DE LOS SERVICIOS LICITADOS

1. Aún cuando las Bases están caratuladas como "Servicio de Recolección Diferenciada y Transporte de Residuos Sólidos Domiciliarios y Plantel Adicional de 10 Operarios, La Pintana 2010-2014", y si bien en artículo 1° de las Especificaciones Técnicas se define el servicio licitado como aquel que *tiene por objetivo la recolección diferenciada y transporte de los residuos sólidos domiciliarios en el área afectada por el contrato hasta su destino de tratamiento, disposición intermedia en Estación de Transferencia o de disposición final en relleno sanitario*, en el artículo 2 de dichas Especificaciones, relativos a la ejecución de los servicios, se considera *la recolección de residuos públicos*, el cual se reitera en diversas disposiciones.
2. A su vez, el artículo 11 de las Especificaciones Técnicas contempla la posible recolección de residuos provenientes de ferias libres y persas al disponer: *"Para la ejecución del servicio el oferente deberá considerar el tomar las medidas adecuadas para asegurar el retiro de los residuos los días de instalación de ferias libres y persas en el territorio afecto al servicio, (...)".*
3. En razón de lo expuesto, esta Fiscalía considera que la definición del servicio licitado no resulta clara de la lectura del título de la Licitación así como del texto de las Bases, al no existir la debida concordancia entre la definición general del servicio licitado y los servicios comprendidos en la licitación que se especifican.
4. En aras de presentar una información adecuada y a objeto minimizar los niveles de incertidumbre permitiendo una mayor participación de oferentes, se sugiere que se especifiquen claramente los servicios licitados, tal como lo indica el Considerando Sexto de las Instrucciones de Carácter General que dispone que: *"En las bases de licitación respectivas debe definirse con claridad los servicios a licitar y en qué consiste cada uno de ellos. Asimismo, para efectos de aumentar la competencia y participación en este mercado,*

resulta apropiado que en las bases de licitación se exija a los participantes que formulen ofertas por separado respecto de cada uno de los servicios que se licitan”.

II. CRONOGRAMA DEL PROCESO

5. En el artículo 6° de las Bases Administrativas Especiales se incorporan los principales hitos del proceso licitatorio, pero no se detallan las fechas específicas para cada uno de ellos.
6. El Resuelvo 6° de las referidas Instrucciones 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 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.
7. 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

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

III. DISCRECIONALIDAD

8. El numeral 10.7 del artículo 10 de las Bases Administrativas Generales establece que el Municipio, en caso que el contrato no fuere firmado en el plazo establecido, *podrá dejar sin efecto la adjudicación de la propuesta, pudiendo aceptar cualquiera de las otras, con excepción de las que quedaron fuera de las Bases ...*Dicha disposición, por lo demás, resulta contradictoria con lo dispuesto en el numeral 11.6 de las siguiente que faculta a la Municipalidad para adjudicar la propuesta, en caso que el contrato no se perfeccione en el plazo señalado por causa imputable al proponente favorecido, *al siguiente mejor evaluado, o bien rechazar las ofertas presentadas a la propuesta....*
9. El artículo 17 numeral 17.2 de las referidas Bases, por su parte, contempla las causales de término administrativo y en forma anticipada del contrato, contemplando en la letra g) *Por interés público*. Dicho concepto, que además es reiterado en el numeral 17.4.4., no se encuentra definido en las Bases.
10. En relación a este tema, cabe tener presente que 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, disminuya la competencia ex ante”*.
11. En efecto, cláusulas como las referidas 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 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.”*

12.A mayor abundamiento, en relación a la discrecionalidad, la 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

13. El artículo 4 de las Bases Administrativas Generales en su numeral 4.3 dispone que “La Municipalidad podrá, en cualquier momento antes del vencimiento del cierre electrónico del plazo de presentación de la propuesta, modificar los documentos y plazos de la Licitación, lo que deberá publicar en el sistema de información. Podrá además hacer aclaraciones de las Bases u otros documentos”.

14. En esta misma línea, el numeral 10.3 del artículo 10 de las referidas Bases dispone que “La Municipalidad de La Pintana podrá incluir modificaciones a la **propuesta en proceso de adjudicación**, en el sentido de agregar, disminuir o eliminar algunas partidas por un monto no superior al 10% (diez por ciento) de la oferta económica presentada, **a menos que las Bases Administrativas Especiales señalen un monto superior.**”

15. Por otra parte, el artículo 13° de las Bases Administrativas Generales dispone en sus distintos numerales la posibilidad de introducir modificaciones a los servicios contemplados en el contrato, así como de solicitar la ejecución de servicios extraordinarios y emplear materiales o equipos no considerados en la propuesta. Así, por ejemplo, el numeral 13.5 dispone que *“La Municipalidad podrá disminuir las cantidades de servicios contemplados en el contrato, dentro de los límites permitidos en las **Bases Administrativas Especiales.**”*
16. Sin perjuicio de lo señalado, las Bases Administrativas Especiales, a las que se remiten las Bases Generales, establecen circunstancias objetivas de aumento o disminución del contrato en cuanto a tonelajes y distancias, evitando incurrir en un concepto tan amplio, y por ende susceptible de discrecionalidad, como lo es la palabra servicios.
17. Finalmente, la Nota 1 del artículo 13 de las Especificaciones Técnicas dispone que *“Durante la ejecución del contrato y en consideración a la participación de la comunidad en el Programa de separación de origen, se podrá a petición de la ITS cambiar el servicio a prestar por los vehículos, desde el sistema de recolección convencional a recolección segregada.”*
18. Esta Fiscalía considera que la posibilidad de convenir modificaciones al contrato no amparadas en circunstancias objetivas y verificables, debidamente establecidas en las bases de licitación, se contraponen con la inmutabilidad de las bases, las que una vez iniciado el proceso de licitación no pueden alterarse siquiera por la vía de las aclaraciones, enmendaduras, adiciones o supresiones al contenido esencial de ellas, sin que lesionen los principios de debida transparencia y garantía de libre acceso, garantizados por el Resolvo N° 1 de las Instrucciones de Carácter General.

V. OTRAS OBSERVACIONES

19. El artículo 15 de las Bases Especiales en su numeral 4. dispone que a los 90 días de inicio del Servicio el contratista deberá contar con la propiedad de los vehículos y estar en condiciones de utilizarlos en la comuna.
20. Por su parte el numeral 16.3 siguiente impone la obligación para el adjudicatario, previa a la firma del contrato, de presentar, según sea el caso **Certificado de dominio, contrato de leasing, contrato de compraventa y/o orden de compra** de los vehículos nuevos para prestación de servicios definitivos. A su vez el artículo 40° de las mismas Bases hace referencia a la propiedad de los equipos, vehículos e instalaciones, indicando en su inciso 2° que *“A los treinta (30) días de adjudicada la propuesta, deberán presentarse los respectivos contratos de Leasing, en que se identifique claramente los equipos ofertados y adquiridos por este sistema. A los sesenta (60) días máximo de la fecha de adjudicación, los equipos adquiridos vía leasing deberán estar en plena operación”*.
21. Dichas disposiciones resultan confusas al no quedar claramente determinado si los vehículos deben ser de propiedad del contratista o puede poseerlos por otro título, como el leasing.
22. Por otro lado, no existe en las Bases una definición clara del período de implementación - período para que la concesionaria entre a operar con camiones nuevos - y los plazos involucrados en dicho período.
23. Así en el artículo 6 de las Bases Administrativas Especiales, numeral 6.11, se establece que la empresa adjudicada tendrá hasta un plazo de 120 días corridos, desde la firma del contrato, para contar con la dotación de camiones nuevos, durante este período podrá optar por prestar el servicio con camiones usados.
24. Luego en el artículo 15 numeral 3. de las Bases Especiales se dispone *“Durante el período de implementación (90 días) el contratista podrá operar*

con vehículos o máquinas arrendadas que no tengas una antigüedad superior a 4 años (vehículos cuyo año de fabricación no sea inferior al 2006)".

25. Adicionalmente el numeral 4. del referido artículo dispone: *"Cabe señalar que a los 90 días de inicio del Servicio el contratista deberá contar con la propiedad de los vehículos y estar en condiciones de utilizarlos en la comuna"*

26. A su vez en el artículo 40°, antes referido, señala en su párrafo segundo que *"A los treinta (30) días de adjudicada la propuesta, deberán presentarse los respectivos contratos de Leasing, en que se identifique claramente los equipos ofertados y adquiridos por este sistema. A los sesenta (60) días máximo de la fecha de adjudicación, los equipos adquiridos vía leasing deberán estar en plena operación"*

Finalmente, hago presente a su 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,




JAIME BARAHONA URZUA
FISCAL NACIONAL ECONOMICO (S)

Abogado FNE:
Andrea Avendaño B.
Fono: 7535662