

027

ORD. N°: 0307✓

ANT.: Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases Administrativas y Especificaciones Técnicas para la propuesta pública de: 1) Recolección de residuos sólidos domiciliarios, 2) Limpieza de calles y otros, y 3) Recolección de ramas y escombros.
Rol N° 1842-11 FNE.

Su Ord. N° 36, de 25 de enero de 2011, recibido el día 14 de febrero del mismo año.

MAT.: Informa.

Santiago, 18 FEB. 2011

DE : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)
A : SR. JOEL ROSALES GUZMÁN
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE LOS ÁNGELES
CAUPOLICÁN 399, 3° PISO
LOS ÁNGELES

Con fecha 14 de febrero de 2011, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas y Especificaciones Técnicas para la propuesta pública de: 1) Recolección de residuos sólidos domiciliarios y su traslado al relleno sanitario, 2) Limpieza de calles y otros, y 3) Recolección de ramas, escombros y otros residuos menores, para la Comuna de Los Ángeles, 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, que Fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia.

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

I. PUBLICACIÓN

1. En primer término cabe señalar que, en las Bases Administrativas que se adjuntan a los antecedentes, se establece que las fechas de publicación de los

llamados a licitación se realizarán en los días 01-03-2011 a las 14:00:00 horas, 14-03-2011 a las 12:00:00 horas y 31-03-2011 a las 12:00:00 horas. De dicha información no es posible colegir que el acto de publicación se realizará de conformidad a lo estatuido en el Resuelvo 3° de las Instrucciones de Carácter General N° 1/2006, en el sentido que el llamado a licitación se realizará en al menos dos diarios de circulación nacional, o alternativamente, en un diario de circulación nacional y en otro de circulación en la región que corresponda. Por el contrario anunciado la “hora de publicación” se deduce que los actos de publicación informados se encuentren referidos exclusivamente a las exigencias propias del procedimiento de contratación pública establecido en la Ley 19.886, de 2003, en específico al artículo 24 de su Reglamento establecido en el Decreto 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda. Por lo que en este sentido se hace necesario establecer en las Bases la(s) forma(s) determinada(s) de notificación a terceros del llamado a licitación, y que dicha especificación se encuentre en plena conformidad a lo dispuesto en el aludido Resuelvo 3° de las Instrucciones de Carácter General.

II. CRONOGRAMA DEL PROCESO

2. En relación a este aspecto cabe puntualizar que si bien el texto de las Bases contemplan un ítem (“4.- *Etapas y Plazos*”) que regula esta materia, carece dicho apartado de dos hitos relevantes a considerar: suscripción del contrato e inicio de los servicios.
3. En relación a esto, cabe tener presente que el Resuelvo 6° de las ya citadas 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 participantes en la licitación respectiva”*. 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.
4. Confirma el criterio 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

5. En el caso de las Bases Administrativas sometidas a análisis, la omisión de los datos referidos dificulta especialmente la evaluación que al efecto tengan que hacer los potenciales oferentes del servicio licitado, dado que con la falta de dicha información se hace dificultoso para la empresa dimensionar sus reales posibilidades para dar cumplimiento efectivo a las exigencias establecidas en el acto de licitación. Especialmente en lo atinente a la instancia de suscripción del contrato, cabe señalar que, la oportunidad establecida en las Bases, esto es, una vez resuelta la adjudicación y comunicada que sea ésta², no dispensa la certeza requerida a estos efectos, por lo que corresponde que el órgano edilicio de precisión a este momento del *íter* contractual.

6. En este sentido, asimismo se recomienda que la data de inicio del servicio sea incorporado en el cronograma contemplado en las Bases Administrativas, de manera concordante con lo establecido en las especificaciones técnicas. También en relación a este punto, cabe señalar que aún, para el servicio de limpieza de calles y otros y para el servicio de recolección de ramas y escombros, los denominados “*Términos técnicos de referencia*” no contemplan la fecha exacta de inicio de servicios, no bastando a los fines que se pretenden resguardar, la mera referencia a la fecha de entrada en vigencia del contrato, toda vez aquella no supone que todas y cada una de las obligaciones estipuladas (en este caso la principal) sean devengadas en dicho momento, requiriéndose de mayor precisión a este respecto, sobre todo si en las Bases se contemplan obligaciones que se hacen exigibles en forma inmediatamente

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

² Se establece en las Bases (ítem “*Del contrato de Concesión*”): “Una vez resuelta la Adjudicación mediante Decreto Alcaldicio, se comunicará a través del portal www.mercadopublico.cl al Proponente favorecido y se procederá a la suscripción de Escritura Pública, ante Notario, redactado por la Dirección de Asesoría Jurídica de la Municipalidad.”

posterior al acto de adjudicación, como aquellas derivadas de la “fase de implementación del plan de operaciones”.

III. CRITERIOS DE EVALUACION

7. El ítem 7.- de las respectivas Bases Administrativas presenta los criterios de evaluación, para examinar las ofertas y su ponderación:

1.- Recolección de residuos sólidos domiciliarios y su traslado al relleno sanitario:

Criterios	Ponderación
Precio	55%
Calidad Técnica de los Bienes o Servicios	30%
Experiencia de los Oferentes	15%
Total	100%

2.- Limpieza de calles y otros:

Criterios	Ponderación
Precio	60%
Calidad Técnica de los Bienes o Servicios	30%
Experiencia de los Oferentes	10%
Total	100%

3.- Recolección de ramas, escombros y otros residuos menores:

Criterios	Ponderación
Precio	55%
Calidad Técnica de los Bienes o Servicios	30%
Experiencia de los Oferentes	15%
Total	100%

8. En lo referente a la calidad técnica de los bienes o servicios, en las Bases Técnicas de las respectivas licitaciones se precisan los diversos ítems de evaluación que componen este criterio, por lo que a este respecto, y de conformidad a los distintos aspectos que deberán ser consignados en el acto administrativo que perfeccione el acto de adjudicación, la exigencia de justificación establecida por la jurisprudencia atingente³ se considera satisfecha.
9. En cuanto al criterio de evaluación referido a la “Experiencia”, en las especificaciones técnicas aparejadas a vuestra presentación, se precisan los ítems que sub-componen dicho criterio, preciando los siguientes, respecto del servicio de recolección de residuos sólidos domiciliarios y su traslado al relleno sanitario y el servicio de limpieza de calles y otros: N° de contratos ejecutados y en ejecución en los últimos cuatro años (con certificación), N° de contratos vigentes con otras Municipalidades (con certificación) y N° de multas aplicadas en el período de enero 2007 a la fecha. Respecto del servicio de recolección de ramas, escombros y otros residuos menores, se establece que el factor experiencia se ponderará en base al número de contratos ejecutados y en ejecución en los últimos dos años (con certificación).
10. En lo referente a los criterios y exigencias explicitadas, relativas al ítem “Experiencia”, cabe tener especialmente presente lo resuelto por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que en su Sentencia N° 77, de 04 de noviembre de 2008, en cuanto dispuso 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.”, pronunciamiento judicial que se encuentra en plena concordancia con lo establecido en el ya citado Resuelvo 6° de las Instrucciones de Carácter General, por lo que a este respecto, procede que el criterio o sub-factor de evaluación en análisis, de subsistir, sea acotado a la experiencia que puedan acreditar los socios o profesionales de las empresas participantes en la licitación, puesto que de

³ Considerando Trigésimo segundo de la Sentencia N° 92/2009, que dispone: “*lo relevante es que el principal criterio de asignación de la licitación –no necesariamente el único– sea el precio ofrecido y que en caso que se estimase necesario utilizar otros parámetros distintos del precio, éstos se encuentren debidamente justificados.*”

esta manera se evita que empresas cuyo personal disponga de experiencia relevante, queden técnicamente excluidas de disputar este mercado.

IV. DISCRECIONALIDAD EN ADJUDICACIÓN

11. El ítem “*Evaluación y Adjudicación de la Oferta*” del Capítulo 10.- de las tres Bases Administrativas acompañadas, establece textual que: “*La Municipalidad se reserva el derecho de aceptar cualquiera de las ofertas, en forma total aún cuando no sea la más baja, o de rechazarlas todas, según convenga a los intereses municipales, con el debido fundamento y sin que por ello incurra en responsabilidad alguna respecto del proponente afectado, no dando lugar a indemnización alguna al oferente. Los oferentes no adjudicados también serán notificados a través del sistema.*”
12. Según resulta fácil advertir, la disposición citada permite que la Municipalidad puede eventualmente desatender los criterios de evaluación establecidos en las Bases, y aún más, la propia valoración que al efecto realice la Comisión Evaluadora, en función de la conveniencia de los intereses municipales. Lo anterior introduce una fuente de discrecionalidad importante al actuar municipal, lo que, en términos de competencia, se traduce en una disminución de incentivos a los potenciales oferentes a concurrir al acto concursal.
13. En relación a ello, es propio citar lo establecido en el Resuelvo 7° de las Instrucciones de Carácter General, quien sobre la materia establece el principio general que debe regir a este respecto: “*Las bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación...*”.
14. Al respecto, resulta igualmente atingente citar la Resolución N° 13/2006 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la que 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".⁴

15. A mayor abundamiento, en relación a la discrecionalidad, la Sentencia N° 77/2008 del mismo H. Tribunal, confirmada por Sentencia de la Excma. 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."*
16. Adicionalmente, se hace hincapié en que la desestimación de las ofertas deberán fundarse de manera objetiva, en base a criterios previamente establecidos en las Bases.

V. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

17. Respecto de la renuncia anticipada de acciones legales, jurisdiccionales y/o administrativas, y la exoneración de responsabilidad establecida en la disposición citada precedentemente, cabe señalar que con su estipulación se vulnera el Resuelvo octavo de las Instrucciones, que dispone: *"No podrán incluirse en las bases de licitación cláusulas o disposiciones sobre renuncia anticipada de acciones ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia..."*. La citada renuncia además de desincentivar la participación

⁴ 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.

de oferentes en estos procesos, podría vulnerar normas de orden público, tal como lo señalan las Instrucciones en su Considerando cuarto.

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,



CRISTIÁN REYES CID
FISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)

Abogado FNE
Paula Hollstein Barria
Fono: 7535604