

ORD. N°:

0319^v /

ANT.:

Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases de Concesión para proveer personal de aseo y otros servicios en la ciudad de Calama. Rol N° 1836-11 FNE.

Su Ord. N° 070, de 21 de enero de 2011, recibido el día 09 de febrero de 2011.

MAT.:

Informa.

Santiago,

23 FEB. 2011

DE : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
A : SR. MARIO MONTECINOS RODRÍGUEZ
ALCALDE (S)
I. MUNICIPALIDAD DE CALAMA
VICUÑA MACKENNA N °2001
CALAMA. REGIÓN DE ANTOFAGASTA.

Con fecha 09 de febrero de 2011, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas y Técnicas para la "Concesión para la provisión de personal de servicios menores, para aseo de dependencias municipales, servicio de mensajería, apoyo eléctrico y operativo sub departamento de operaciones y para el servicio de mantención de áreas verdes de Calama", 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 (en adelante 'las Instrucciones'), dictadas de conformidad al Decreto Ley N° 211, sobre Defensa de la Libre Competencia.

Al respecto, y previo a informar a Ud. lo solicitado, debe analizarse si la licitación cuyas bases fueron remitidas es o no de aquellas que, conforme al resuelvo 9° de las Instrucciones, deben ser remitidas a esta Fiscalía para efectos de consultar si su contenido se ajusta a las instrucciones generales que sobre la

materia dictó el Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en lo que sigue, indistintamente, 'H. Tribunal' o 'H. TDLC').

Al respecto, cabe notar que el número 4.0. del título VIII de las Bases Técnicas remitidas, al especificar el contenido del servicio de Mantenimiento de Áreas Verdes concesionado, señala que el adjudicatario deberá "a) ... *mantener aseadas todas las áreas que forman los jardines, circulaciones, zonas de equipamiento y tazas de árboles. Eliminando ramas, hojas, malezas inertes, escombros y basuras en general*", agregando en el literal siguiente "b) *Los restos que se originen como consecuencia de una poda, corte de pasto basura, materiales inertes u otros derivados de limpieza de áreas verdes, el contratista deberá trasladarlos con sus medios hasta el relleno sanitario o al depósito de residuos de la Construcción según sea el caso de los residuos generados*".

Asimismo, el N° 6 del mismo título, que define 'Otros Servicios Complementarios', detalla en su literal a) que "el prestador deberá realizar *limpieza en sitios eriazos o cualquier otro sitio que ordene la Dirección de Aseo y Ornato, siempre y cuando sea de prioridad específica para la I.M.C*".

Para desentrañar acaso quedan o no comprendidos dichos servicios dentro de los que son objeto de las Instrucciones, resulta provechoso citar lo señalado por el H. Tribunal en el considerando Quinto de ellas, que indica: "...los servicios que suelen licitarse por parte de las municipalidades son, en general, todos o algunos de los siguientes: recolección y transporte de residuos sólidos domiciliarios; provisión y reposición de contenedores; saneamiento de microbasurales producidos por residuos domiciliarios y voluminosos; disposición final de residuos; servicio de retiro y transporte de escombros y ramas y su disposición final. Asimismo, se licitan servicios de aseo, que incluyen barrido y limpieza de calles y ferias libres"¹.

De esta suerte, aún cuando la mayor parte de los servicios que se pretenden licitar no son de aquellos cuyas bases deben remitirse a este servicio para objeto de observar su adecuación a las Instrucciones, huelga concluir que algunos de los servicios objeto de las mismas quedan comprendidos por las

¹ Salvo mención expresa en contrario, los énfasis de las citas son agregados.

Instrucciones y que, por tanto, corresponde a esta Fiscalía emitir informe a su respecto.

En primer lugar, la locución '*en general*' del considerando transcrito, deja en claro el carácter no taxativo de la enumeración, por lo que mal podrían considerarse excluidos los servicios licitados en la especie por constituir solo una porción de los servicios enunciados.

En seguida, de forma análoga a como la ley 19.886 (que rige esta materia) prohíbe en su artículo 7° fragmentar las contrataciones de los entes públicos con el objeto de variar el procedimiento legal de contratación, eximir de examen los servicios que importan una fracción de aquellos normalmente informados a esta Fiscalía, podría dar lugar a su fragmentación oportunista, guiada por el objeto de eludir el análisis que a esta repartición compete por orden de las Instrucciones.

En suma, las bases de una licitación, aún cuando se refieran sólo a algunos de los ítems normalmente comprendidos por las Instrucciones, deben ser remitidas a esta Fiscalía para su revisión.

Sin perjuicio de lo hasta aquí dicho, hacemos presente a esa Corporación que las observaciones que siguen -relacionadas todas con la adecuación a las Instrucciones de las Bases remitidas- solo se referirán a la regulación de los servicios de Mantenimiento de Áreas Verdes y Servicios Complementarios, tal como fueron identificados poco más arriba. Lo anterior toda vez que la observación del contenido de las bases de licitación de los demás servicios no se encuentra dentro del ámbito de competencia de esta Fiscalía.

Hecha la prevención anterior, informo a Ud. las disconformidades que, a juicio de esta Fiscalía, presentan las referidas Bases:

I. OFERTA DE LOS SERVICIOS

1. De acuerdo con las Bases remitidas a esta Fiscalía, se licitan en forma conjunta los servicios de provisión de personal para el aseo de las dependencias municipales, para el servicio de mensajería interno, para el

apoyo eléctrico y operativo del subdepartamento de operaciones y, en fin, se licita el servicio de mantención y reposición de áreas verdes de Calama.

2. Al respecto, el considerando séptimo de las Instrucciones de carácter general N° 1/2006 resalta la conveniencia de 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 en contrario”*.
3. Si bien es cierto que el tratamiento conjunto de los servicios no necesariamente contraviene la instrucción citada, no lo es menos que tal ligazón debe encontrarse debidamente justificada, cuestión que las Bases no realizan.

II. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

4. En el número 2 del Título VIII de las Bases Generales, que define los criterios de evaluación de las ofertas, otorga una ponderación de 60% a la oferta técnica y de 40% a la oferta económica.
5. Tal como esta Fiscalía le hizo presente a esa Corporación, en su Ord. N° 1452, de fecha 14 de octubre de 2010, en que se observaron las bases por Ud. remitidas para la concesión del servicio de limpieza y barrido de calles, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en la Sentencia N° 92/2009, dispuso: *“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”*².
6. Ahora bien, en el evento que la I. Municipalidad decida ponderar elementos distintos del precio, deberá justificar la inclusión de estos criterios en la evaluación de las propuestas, más allá de la descripción o definición de cada uno de ellos, así como también debe indicar en forma clara el modo en que

² Sentencia N° 92 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de fecha 29 de diciembre de 2009. Considerando trigésimo segundo, página 14.

cada uno de estos criterios será evaluado, de manera tal de cautelar la *“debida transparencia y garantía de libre acceso, estableciendo condiciones generales, uniformes y objetivas”*, tal como agrega el Resuelvo 1° de las Instrucciones.

7. Respecto de esto último, cabe destacar que las Bases Generales remitidas contienen un formulario que exige a los postulantes acompañar un certificado o constancia bancaria que dé cuenta del capital comprobado y de la línea de crédito autorizada para el oferente por una entidad bancaria. Sin embargo, entre los criterios de evaluación de las postulaciones, no se señala que la solvencia de los oferentes (o aquellas otras cualidades que los referidos certificados puedan acreditar) sea considerada para efectos de elegir al oferente adjudicatario.
8. Asimismo, se agregan dos criterios de evaluación de la propuesta técnica denominados *“Antigüedad en el mercado”* y *“Cartera de Clientes”*, en que se otorgan 10 puntos por cada año en el mercado y 10 por cada cliente acreditado, respectivamente. Al respecto cabe resaltar lo dispuesto 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.”*
9. Hacemos presente a usted que la aplicación 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. En consecuencia, sugerimos tener por suficiente la experiencia acreditada por los socios o profesionales de las empresas participantes en la licitación.

III. PRÓRROGA DEL CONTRATO

10. En el N° 7 del Título X de las Bases Administrativas se especifica que la Municipalidad se reserva el derecho a *“prorrogar aquellos servicios especiales que se contraten temporalmente durante la vigencia del Contrato, sin que ello implique vulnerar lo dispuesto en la Ley N° 19.886 y su respectivo reglamento”*.

11. Sin perjuicio de las observaciones que se hacen a esta cláusula en el acápite de este Ord. referido a la inmutabilidad de las bases, cabe hacer presente a esa Corporación que el contrato de concesión, para ajustarse a las Instrucciones, puede ser prorrogable por un breve plazo, sólo en caso de circunstancias especiales de buen servicio, apreciables objetivamente.
12. Lo anterior, considerando, por una parte, la necesaria certidumbre sobre el objeto licitado que han de tener todos los eventuales interesados y, por otra, la duración normal del ciclo de negocio, asociado a la depreciación de los activos que requiere. Una menor certidumbre atenta contra la transparencia del proceso y el libre acceso, en tanto que una duración excesiva imposibilita innecesariamente la disputa por la provisión del servicio. Todo esto, de conformidad con los Resueltos 1° y 2° de las Instrucciones.
13. A mayor abundamiento, cabe destacar que el artículo 10 del Decreto Supremo N° 250 del Ministerio de Hacienda, del año 2004, que aprueba el reglamento de la Ley N° 19.886, establece, en el literal a) de su número 7, las circunstancias que habilitan a contratar la prórroga de un contrato de suministro o servicios, o contratar servicios conexos, respecto de un contrato suscrito con anterioridad, sin necesidad de recurrir a una nueva licitación.

IV. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

14. El resuelto octavo de las Instrucciones previene respecto de la renuncia anticipada de acciones legales, jurisdiccionales y/o administrativas, en especial la de aquellas que son irrenunciables. En efecto, éste 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...”*.
15. A su vez, el considerando cuarto de las mismas instrucciones agrega que: *“la incorporación en las bases de licitación de cláusulas o disposiciones de renuncia anticipada de acciones legales, jurisdiccionales y/o administrativas (...) además de desincentivar la participación de oferentes en estos procesos al introducir un elemento de incertidumbre, podría vulnerar normas de orden público...”*.

16. El número 2 del Título IX de las Bases Administrativas remitidas señala que la Municipalidad se reserva el derecho a rechazar proponentes o declarar desierta la licitación, señalando que esta decisión *“no dará lugar a reclamos, ni derechos indemnización de ninguna naturaleza lo que el proponente declara aceptar en su totalidad (sic)”*.
17. A su vez, los números 1 y 2 del Título XIII de las mismas Bases, que detallan los casos en que podrá hacerse efectiva la garantía de seriedad de la oferta y la garantía de fiel cumplimiento del contrato, respectivamente, señalan que ello será *“sin derecho a reclamo alguno”*, para el primer caso, y; *“sin derecho a ulterior reclamo”*, en el segundo. Disposiciones similares contiene el número 4 de la primera sección del Título XII y el número 3 de la segunda.

V. PUBLICACIÓN

18. El Título XVII de las Bases Administrativas, que detalla el cronograma del proceso de licitación, indica que se dará inicio a éste por medio de una publicación en el portal www.mercadopublico.cl, medida de publicidad que, aun cuando pueda resultar útil, no satisface por sí sola las exigencias establecidas.
19. En tal sentido, se hace presente a esa I. Municipalidad que el Resuelvo 3° de las Instrucciones de Carácter General dispone que *“las Municipalidades deberán 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.”*

VI. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

20. La posibilidad de convenir modificaciones al contrato no amparadas en circunstancias objetivas y verificables, debidamente establecidas en las bases de licitación, 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 al contenido esencial de las bases sin que se lesionen los principios de debida transparencia y garantía de libre acceso, garantidos por el Resuelvo N° 1 de las Instrucciones.

21. En tal sentido, cabe representar a esa I. Municipalidad que el N° 7 del Título X de las Bases Administrativas señale que *“en virtud de la naturaleza de los servicios contratados, la Ilustre Municipalidad de Calama, se reserva el derecho de disminuir o ampliar los mismos. Así también prorrogar aquellos servicios especiales que se contraten temporalmente durante la vigencia del Contrato, sin que ello implique vulnerar lo dispuesto en la Ley N° 19.886 y su respectivo Reglamento”*.

VII. DISCRECIONALIDAD

22. De conformidad a lo dispuesto en el Resuelvo 7° de las Instrucciones de Carácter General, *“Las bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación...”*.
23. Por su parte, la Resolución N° 13/2006 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia señaló: *“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”*.
24. En consecuencia, conforme lo señalado en las Instrucciones y la citada Resolución, resulta necesario asegurar la debida transparencia de la actuación municipal, eliminando la discrecionalidad en su proceder.
25. Así, la selección del proponente que se adjudicará la licitación, la desestimación de las ofertas y las causales de resolución del contrato deberán fundarse de manera objetiva en base a criterios previamente establecidos en las bases.

26. En lo referente a la desestimación de ofertas, las Bases Administrativas consultadas se establece que en la instancia de apertura de las propuestas “Se abrirá el sobre N° 1, si el sobre N° 1 de algún oferente no contiene la totalidad de los documentos exigidos... quedará fuera de la propuesta... sin perjuicio de lo señalado en el N° 5 del presente Título”. A su turno, el aludido N° 5 del Título VI señala “Para el caso que haya omisión de documentos... podrá ser causal para dejar fuera de las bases a la empresa o quedar en acta como observación, de acuerdo a la facultad de la Comisión, la que podrá otorgar que dicha documentación faltante u omitida, pueda ser corregida por la empresa...”.
27. En suma, las citadas disposiciones permiten, ante una misma hipótesis de hecho (la omisión de documentos en la propuesta), dos consecuencias radicalmente opuestas, como lo son la exclusión inmediata del proceso y el otorgamiento de un plazo para corregir la omisión. Que se siga una u otra consecuencia depende –según la regulación remitida- de la ‘*facultad de la Comisión*’. Lo anterior introduce riesgos de actuar discrecional por parte de esa Corporación, en la medida en que la habilita para tratar en forma diversa a dos propuestas que adolezcan de un mismo defecto.
28. En lo atinente a las causales de terminación del contrato, el N° 9 del Título X de las Bases Administrativas, que detalla las circunstancias que habilitarían a la Municipalidad para poner término anticipado al contrato administrativamente, señala que esa enumeración “*en ningún caso es taxativa*”.
29. El que se contemplen causales de terminación del contrato que no se detallen en las bases -aunque sea en forma genérica-, vulnera las Instrucciones en cuanto exigen que las circunstancias que habilitan a poner término al contrato deban fundarse de manera objetiva, a partir de criterios previamente establecidos.
30. A mayor abundamiento, cabe recordar a ese municipio que el artículo 13 de la Ley 19.886 señala que los contratos regulados por esa ley podrán terminarse anticipadamente por resciliación, por incumplimiento grave de las obligaciones contraídas, por notoria insolvencia del contratante, por exigirlo

así el interés público o la seguridad nacional, así como aquellas otras causales *“que se establezcan en las respectivas bases de licitación o en el contrato”*.

31. En fin, en lo tocante a la forma de elección de la propuesta ganadora, las Bases remitidas, en el número 1 de su Título IX, permiten adjudicar el contrato *“al proponente cuya oferta se estime más conveniente y adecuada a las características, peculiaridades y naturaleza del servicio, no necesariamente al valor más bajo ofertado”*.
32. A juicio de esta Fiscalía, el artículo señalado podría 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 mencionado resuelvo 7° de las Instrucciones de Carácter General, el cual dispone, además, que: *“Las Bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación.”*
33. 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.”*

34. Por su parte, el número 5 del mismo Título 10 señala que *“La comisión elaborará un informe técnico y una propuesta de adjudicación que serán remitidos al Honorable Concejo Municipal y Sr. Alcalde, para su pronunciamiento definitivo”*. Dicho artículo, sin embargo, no especifica si los órganos a los que propuesta e informe son remitidos deben o no respetar los criterios y la elección hecha por la Comisión, ni en base a qué criterios podría alterarlos.
35. Cabe hacer presente a ese municipio que en un proceso licitatorio, que debe ser resuelto en base a criterios públicos y objetivos, pueden verse truncados sus principios de transparencia, uniformidad y certeza si, hecha la elección de la propuesta en forma objetiva, cabe la posibilidad que el oferente adjudicatario sea alterado sin causales previas para ello, aún cuando se exija fundamentación.

VIII. OTRAS CONSIDERACIONES

36. En diversas disposiciones existen referencias erróneas o que remiten a artículos inexistentes, lo que podrían resultar confuso y eventualmente incrementar los niveles de incertidumbre que enfrentan potenciales oferentes, por lo que se recomienda enmendarlas.

Finalmente, hago presente a ese 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.”* 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 al señor Alcalde que las Bases consultadas sean modificadas conforme a lo observado.

Saluda atentamente a usted,



FELIPE IRARRÁZABAL PHILIPPI
FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

Encargado FNE
Juan Correa S.
Fono: 7535604