

ORD. N°: 626 ✓

ANT.: - Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases para la licitación pública del "Servicio de Recolección por Contenedores de Residuos Sólidos Domiciliarios en los sectores Centro, Viña del Mar Alto, Forestal, Recreo Alto, Villa Arauco, Miraflores Alto, Achupallas, Reñaca Alto, Santa Inés, Gómez Carreño, Jardín del Mar y Reñaca Bajo, de la Comuna de Viña del Mar" Rol N° 1650-10 FNE.

- Su Oficio Ord. N° 0049, de fecha 27 de enero de 2010.

- Ord. FNE N° 254, de fecha 04 de febrero de 2010

- Su Oficio Ord. N° 0091 de fecha 11 de febrero de 2010, recibido con fecha 12 de febrero de 2010.

MAT.: Informa.

Santiago, 24 FEB. 2010

DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO
A : SRA. VIRGINIA REGINATO BOZZO
ALCALDESA
I. MUNICIPALIDAD DE VIÑA DEL MAR
ARLEGUI 615 - VIÑA DEL MAR

Con fecha 12 de Febrero de 2010, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas, Bases Técnicas y otros anexos de la licitación pública para el "Servicio de Recolección por Contenedores de Residuos Sólidos Domiciliarios en los Sectores Centro, Viña del Mar Alto, Forestal, Recreo Alto, Villa Arauco, Miraflores Alto, Achupallas, Reñaca Alto, Santa Inés, Gómez Carreño, Jardín del Mar y Reñaca Bajo, de la comuna de Viña del Mar" 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,

1

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

I. DEFINICION DE LOS SERVICIOS

1. Aún cuando las Bases están caratuladas como "Servicio de Recolección por contenedores de residuos sólidos domiciliarios en los sectores centro, Viña del Mar Alto, Forestal, Recreo Alto, Villa Arauco, Miraflores Alto, Achupallas, Reñaca Alto, Santa Inés, Gómez Carreño, Jardín del Mar y Reñaca Bajo, de la Comuna de Viña del Mar", y si bien en numeral 1° del Anexo N° 4 Bases Técnicas Propuesta Pública se define el servicio licitado como aquel que *consiste en la recolección de residuos sólidos domiciliarios, mediante el sistema de contenedores, con descarga mecanizada a camión recolector compactador de residuos y con camión lavador de contenedores*, en el párrafo 4 de dicho numeral se contempla, dentro de las responsabilidades de la Empresa Adjudicada, la provisión de los equipos de transporte, por un lado, y la disposición final de los residuos, por otro, lo que se reitera en diversas disposiciones.
2. A su vez, el numeral 12.4.2 de las Bases Administrativas Generales contempla la posibilidad de realizar eventuales ampliaciones al contrato, *con sistema de recolección tradicional*.
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. Si bien en las Bases se contempla un calendario o cronograma del proceso licitatorio, no se incorporan la totalidad de los hitos del mismo, lo cual incrementa los niveles de incertidumbre que enfrentan los potenciales oferentes.
6. Así por ejemplo, en el numeral 5 de las Bases Administrativas Generales se incorpora la etapa “visita a terreno”, de carácter de obligatorio para todas aquellas empresas interesadas a participar en el proceso, no considerada en el cronograma.
7. Se recomienda a esa Municipalidad, incorporar a las Bases un cronograma detallado de la convocatoria a licitación, que contemple la totalidad de los hitos del proceso, incluidas las fechas de adjudicación, fecha de firma del contrato, fecha de inicio de los servicios, y otras que se contemplen, a fin de disminuir los niveles de incertidumbre.
8. Cabe hacer presente que las Municipalidades deben publicar el llamado a licitación que realicen con una anticipación mínima de 60 días corridos a la fecha prevista para la recepción de ofertas, lo anterior según lo previsto en el Resuelvo 3° de las Instrucciones de Carácter General.

9. Adicionalmente, considerar que 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.
10. Asimismo, el Resuelvo N° 9 de las Instrucciones de Carácter General, indica: *“Las bases de las licitaciones públicas a que se refieren estas instrucciones, deberán ser remitidas a la Fiscalía Nacional Económica, a lo menos con 15 días corridos de anticipación a la fecha en que se publique el respectivo llamado”*.
11. Confirma lo anterior la Sentencia N° 77, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 4 de noviembre de 2008, que 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

II. CRITERIOS DE EVALUACION

12. El numeral 9.3 de las Bases Administrativas Generales señala el Método de Evaluación utilizado por la Comisión de Evaluación para examinar las ofertas:

a) OFERTA ECONOMICA	60%
b) OFERTA TÉCNICA	35%
b1) Experiencia del Oferente	30%

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

b2) Memoria Técnica	70%
c) ESTRUCTURA DE COSTOS	5%
TOTAL	100%

13. En relación al criterio de evaluación "Experiencia", la letra b1) del numeral 9.3 de las Bases Administrativas Generales dispone que *"El oferente que demuestre más experiencia en este tipo de proyectos, debidamente acreditado, obtendrá nota 7..."* Del mismo modo, la letra a) del numeral 7.2.2 de las mismas Bases, también relativo a la oferta técnica, estipula entre los antecedentes que deben incluirse en dicha oferta: *a) Curriculum Vitae de la Empresa y Curriculum Vitae del profesional a cargo de la ejecución del proyecto, que avalen experiencia, tanto, de la Empresa oferente como del profesional a cargo de la ejecución del proyecto, en servicios similares debidamente acreditados. Para estos efectos deberán acreditar los contratos y las Toneladas Movilizadas mensualmente en cada uno de ellos. Acreditar certificados o documentos emitidos por empresas o entidades que acrediten que ha prestado este mismo servicios o servicios similares, año de la prestación del servicio, lugar y mandante"*.
14. Sobre el particular, cabe tener presente lo resuelto por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que 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."*
15. Además, se hace presente a ese Municipio que precaviendo que dicho requisito se constituya en una barrera a la entrada al mercado para nuevas empresas, es recomendable tener por suficiente la experiencia acreditada por los socios o profesionales encargados de la gestión del proyecto, de manera de evitar que aquellas empresas cuyo personal disponga de experiencia relevante, queden excluidas de disputar este mercado.
16. Del mismo modo, cabe tener presente lo señalado por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el 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.”*

III. DISCRECIONALIDAD

17. El numeral 9.1 párrafo 5° de las Bases Administrativas Generales establece que *“Se declarará desierta la licitación cuando no se presenten ofertas, o bien cuando éstas no resulten convenientes a los intereses del Municipio.”*
18. Por otro lado, el numeral 10 de las Bases Administrativas Generales relativo a la adjudicación de la oferta, dispone que *“La adjudicación de la licitación se efectuará mediante Decreto Alcaldicio, reservándose la Municipalidad el derecho de adjudicarlo al o los proponentes, cuyas ofertas estime más conveniente para sus intereses y no necesariamente la de menor valor económico o rechazarlas todas.”* Se reitera el concepto de *“intereses municipales”* en el numeral 12.4.2 de dichas Bases, relativo a las ampliaciones del contrato, en el cual se indica que éstas procederán, por nuevos sectores incorporados, *en caso de ser conveniente a los intereses municipales* y por un máximo equivalente al 30% del valor total contratado.
19. Por su parte, el numeral 16 de las mismas Bases relativo a las multas que se pueden imponer al contratista para el caso de infracciones, establece que la enumeración que se indica no es limitativa, contemplando una disposición genérica en el numeral 5) en virtud de la cual *“Cualquier otra deficiencia notificada será multada de acuerdo al criterio de la Municipalidad”*.
20. A su vez, el numeral 17 de las Bases Administrativas Generales relativo a las causales de término anticipado del contrato contempla en su letra d) el *incumplimiento grave de las obligaciones del contrato, Bases Administrativas*

Generales, Bases Técnicas o de las instrucciones de la Unidad Técnica, sin calificar, ni ejemplificar que se entiende por incumplimiento grave. Por otro lado, la letra g) del mismo numeral permite el término anticipado “cuando sobrevenga un menoscabo o detrimento grave al uso común, o cuando concurren otras razones de interés público, sin derecho indemnización alguna para el adjudicatario.”, conceptos que tampoco se encuentran definidos. Por último, en el párrafo final se contempla la posibilidad para el Municipio de adjudicar el contrato a otro proponente, de acuerdo a una nómina de prelación que se configurará con los participantes a esta propuesta, por el período que reste al contrato original....” No se especifica, sin embargo, que el orden de prelación debe realizarse siguiendo en forma estricta el resultado de las propuestas mejor evaluadas lo que a juicio de esta Fiscalía resulta recomendable.

21. Disposiciones como las referidas, en la que no se determinan claramente las razones que permiten a la Municipalidad poner término anticipado al contrato, sino que se emplean las expresiones “incumplimiento grave”, por un lado y “razones de interés público”, por otro, podrían dar lugar a una aplicación discrecional por parte de la autoridad.
22. Por otro lado, el numeral 3 del anexo N° 2 de las Bases, señala respecto a la declaración del proponente, que éste se vería obligado a *“Aceptar la decisión que la I. Municipalidad de Viña del Mar determine sobre la adjudicación de la licitación incluyéndose la posibilidad de dejar sin efecto tal adjudicación antes de la firma del contrato”.*
23. Al respecto, 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”.*

24. 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.”**
25. Finalmente, en relación a este tema, cabe hacer mención de lo dispuesto por el numeral 9.3 de las Bases Administrativas Generales, que indica que previo a la evaluación de las ofertas *“... se deberá acreditar la solvencia económica necesaria para dar cumplimiento al contrato. De no estar acreditados, los recursos el oferente será descalificado”*. No se mencionan, sin embargo, los criterios que se considerarán para realizar dicha calificación.

IV. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

26. El numeral 12.4.2 de las Bases Administrativas Generales, contempla la posibilidad de hacer ampliaciones al contrato, a través de la incorporación de nuevos sectores, por un máximo equivalente al 30% del valor total contratado.

27. El párrafo tercero del citado numeral, por su parte, dispone que *“Para las eventuales ampliaciones del contrato, con sistema de recolección tradicional (con bolsas al paso del camión), se tomará como base de cálculo el valor unitario por vivienda ofertado, en **Anexo N° 3. Oferta Económica, Punto 2.2.** De esta forma, se contempla la posibilidad de modificar el contrato incluso en cuanto a la forma de recolección licitada.*
28. Por su parte, el numeral 23 relativo a los cambios técnicos indica que *“La Unidad Técnica Municipal podrá introducir ajustes, modificaciones técnicas al servicio, para la buena ejecución de éste, de común acuerdo con el adjudicatario.”*
29. 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 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 lesionen los principios de debida transparencia y garantía de libre acceso, garantidos por el Resolvo N° 1 de las Instrucciones de Carácter General.
30. Cláusulas como la señaladas incrementan, además, los niveles de incertidumbre que enfrenta un potencial oferente.
31. A fin de preservar dicho principio de inmutabilidad y permitir un grado de flexibilidad que le otorgue al Municipio la posibilidad de atender los cambios en las condiciones en que se presta el servicio licitado, resulta necesario incorporar a las Bases parámetros objetivos, previamente establecidos, tales como el incremento del número de habitantes, del número de viviendas, variaciones en el número de calle barridas, etc., que permita a ese Municipio, de común acuerdo con el adjudicatario, efectuar los ajustes al contrato.

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.”*

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,




ENRIQUE VERGARA VIAL
FISCAL NACIONAL ECONOMICO

Abogado FNE:
Andrea Avendaño B.
Fono 7535662