

ORD. N°: **1189** /

ANT.: Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases de licitación para los "Servicios de Recolección, Transporte y Disposición Final de Residuos Sólidos Domiciliarios, Limpieza de Calles y Aceras, Servicio de Aseo en Ferias Libres y Festividades Patrias, 1° de Noviembre". Rol 1566-09 FNE.

MAT.: Informa.

Santiago, **01 OCT. 2009**

DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO
A : SR. SERGIO MEDEL ACOSTA
ALCALDE
I. MUNICIPALIDAD DE MOSTAZAL
PLAZA DE ARMAS S/N
MOSTAZAL

Con fecha 10 de septiembre de 2009, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas y Técnicas, del llamado a licitación para la concesión de los servicios de "Servicios de Recolección, Transporte y Disposición Final de Residuos Sólidos Domiciliarios; Limpieza de Calles y Aceras; Servicio de Aseo en Ferias Libres y Festividades Patrias; 1 de Noviembre" ambas para la comuna de Mostazal, con el objeto de consultar si su contenido se ajustan 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 en 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. DEFINICIÓN DE LOS SERVICIOS LICITADOS

1. Aún cuando las Bases están caratuladas como "Servicio de recolección, transporte y disposición final de Residuos Sólidos Domiciliarios; Limpieza de Calles y Aceras; Servicio de Aseo en Ferias Libres y Festividades Patrias; 1° de Noviembre Comuna de Mostazal", en diversas disposiciones de las mismas se indica que la disposición final de los residuos se hará en el Vertedero La Yesca, lo que resulta contradictorio y poco preciso.
2. En aras de presentar una información adecuada a los potenciales oferentes, se recomienda a esa Corporación especificar claramente los servicios licitados.
3. Por otro lado, de la evaluación de la oferta se desprende que los servicios serán licitados de manera integrada.
4. Considerando lo anterior, esta Fiscalía solicita que, como una manera de generar mayor competencia en el servicio de *limpieza de calles y aceras* y en el de *aseo de ferias libres y festividades patrias y 1° de noviembre*, ese Municipio tenga a bien permitir ofertas separadas respecto de los servicios a licitar, habida consideración que las escalas de negocio pueden diferir entre los mismos. Ello, sin perjuicio que, producto de mejores ofertas, un mismo oferente pueda adjudicarse la totalidad de los servicios licitados.

II. CRONOGRAMA DEL PROCESO

5. El artículo 4° de las Bases Administrativas presenta un detalle de algunos de los hitos del proceso licitatorio, especificando las fechas en que cada uno de estos hitos tendrá lugar.
6. En el artículo referido, sin embargo, no se especifica en forma clara la fecha de adjudicación de la propuesta, ni de suscripción de contrato.

7. Por otro lado, el numeral 6.1 inciso final dispone que *"Una vez notificado el resultado de la propuesta, el proponente adjudicado, tendrá 72 horas para proceder a la suscripción del contrato, contados desde la fecha de la notificación."* No se especifica, sin embargo, esta última fecha en las Bases.
8. Debido a lo anterior, y en aras de minimizar esta incertidumbre, ese Municipio debiese establecer con claridad las fechas de adjudicación de la propuesta y de suscripción del contrato respectivo. Este último hito del proceso licitatorio es relevante, puesto que permite a los oferentes obtener el financiamiento bancario.
9. Por otra parte, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5 de las Bases Administrativas, que en su inciso segundo establece que el informe de la Comisión evaluadora *será remitido al Alcalde en un plazo máximo de 7 días*, y a lo establecido en el numeral 4.3 anterior, que indica que la apertura de la propuesta *se llevará a efecto a las 16.30 hrs. del 01 de diciembre de 2009*, se puede inferir que la Comisión Evaluadora presentará su informe a más tardar el día 8 de diciembre de 2009. A su vez, el punto 4.5 establece que el inicio de los servicios será el día 2 de enero de 2010.
10. Al respecto, 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.
11. Confirma lo anterior la Sentencia N° 77, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 4 de noviembre de 2008, 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

12. Cabe hacer presente, además, 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.

III. DISCRECIONALIDAD

13. El artículo 6 de las Bases administrativas contempla la posibilidad que el contrato, que tendrá una duración de un año, sea prorrogado *"en un eventual y único período de prórroga."*
14. Al respecto, cabe hacer presente a ese Municipio que el eventual período de prórroga debe ser breve, sólo en caso de circunstancias especiales de buen servicio, apreciables objetivamente.
15. El artículo 5 de las Bases Administrativas relativo a la adjudicación señala que el alcalde la resolverá *"atendiendo los intereses comunales, junto con una eficiente utilización de los recursos municipales, pudiendo eventualmente declarar nulo el proceso si existieren causales para ello."*
16. Por otro lado, en el artículo 6 de las referidas Bases, específicamente el numeral 6.2 relativo al término anticipado del contrato, establece en la letra b) que éste podrá terminar por *"incumplimiento grave de las obligaciones contraídas por el contratante, y que la gravedad del incumplimiento será"*

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

calificado por el Alcalde mediante Decreto Alcaldicio dictado previo acuerdo del Consejo Municipal, debiendo fundamentarse en informe firmado por el Director de Obras Municipales y el encargado de Aseo y Ornato.” No explica, define o ejemplifica, sin embargo, que se considerará incumplimiento grave.

17. A su vez, la letra d) del mismo artículo 6 establece que el contrato puede terminar por *“exigirlo el interés público de la comuna.”*
18. 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”.*
19. 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”.*
20. Finalmente, cabe señalar que, de conformidad a lo dispuesto en el Resuelvo 8° de las Instrucciones de Carácter General, *“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, ni otras que otorguen a la municipalidad respectiva el derecho a poner término anticipado al contrato adjudicado sin una causa justificada.”*
21. En consecuencia, conforme a lo descrito, resulta necesario asegurar la debida transparencia de la actuación municipal, eliminando la discrecionalidad en su proceder, que se traduce en incertidumbre para los potenciales oferentes, con eventuales efectos anticompetitivos.

IV. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

22. El artículo 5° de las Bases Administrativas establece en su inciso tercero que *los oferentes cuyas ofertas no resulten adjudicadas, no tendrán derecho a exigir indemnización de tipo alguno y bajo ningún concepto.*"
23. La cláusula señalada contraviene el ya referido resuelto 7° de las Instrucciones Generales -al incorporar una disposición arbitraria-, como asimismo el resuelto 8°, que expresamente señala que *"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."*

V. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

24. El artículo 6° de las Bases administrativas, relativo al contrato, dispone en su inciso cuarto que *"Cuando por la naturaleza del servicio proceda, se podrá aumentar los servicios contratados, en cuyo caso el contratista tendrá derecho a su pago, debiendo presentar las garantías correspondientes, que serán de su cargo."*
25. El inciso quinto siguiente indica que *"La ampliación o disminución del servicio no constituye nuevos contratos, y en el caso de los aumentos, no podrá establecerse normas diferentes a las ya contenidas en las Bases del contrato original."*
26. Continúa el inciso sexto del artículo citado disponiendo que *"Los servicios extraordinarios se pactarán en base a un presupuesto cuyos valores y tiempos serán convenidos con el Contratista y la Unidad Técnica, quien deberá informar al Mandante, conjuntamente con la solicitud de modificación. Todo lo anterior deberá ser formulado por, por escrito a la unidad técnica, y a lo menos con 15 días de anticipación."*

27. Por otro lado, el artículo 2 de las Bases técnicas, en su punto 2.2., dispone que *“La frecuencia de la recolección de residuos domiciliarios Urbanos y Rurales, según se contempla en los puntos 3.1, 3.2 y 3.3, deberá ser de acuerdo a la propuesta presentada al momento de la licitación. No obstante este podrá ser modificado de común acuerdo de las partes y en función a las necesidades de la comuna según las modificaciones que presente esta en el tiempo que dure el contrato.”*
28. 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 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.
29. Una cláusula como la señalada incrementa, además, los niveles de incertidumbre que enfrenta un potencial oferente.
30. 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.

VI. OTRAS OBSERVACIONES

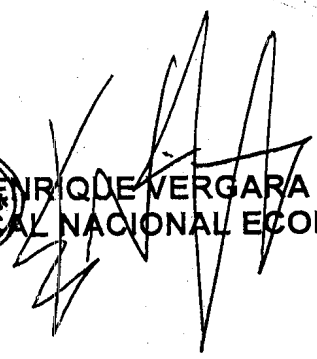
31. A fin de apreciar la concordancia entre las Bases y los formatos a que se hace referencia en ellas, es necesario se envíe a esta Fiscalía la totalidad de estos documentos junto a la nueva versión de las mismas, para su revisión.

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 Ben-Azul
Fono: 7535662