



ORD. N°:

1452^{v1}

ANT.:

Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases Administrativas y Técnicas para la concesión del "Servicio de Limpieza y Barrido de Calles, Ferias y Otros de la Ciudad de Calama". Rol N° 1760-10 FNE.

Su Ord. N°1022, de 10 de septiembre de 2010, recibido el día 13 de septiembre de 2010.

MAT.: Informa.

Santiago, 14 OCT. 2010

DE : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
A : SR. ESTÉBAN VELÁSQUEZ NÚÑEZ
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE CALAMA
VICUÑA MACKENNA N°2001
CALAMA. REGIÓN DE ANTOFAGASTA.

Con fecha 13 de septiembre de 2010, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas Generales y Técnicas para la concesión del "Servicio de Limpieza y Barrido de Calles, Ferias y Otros, de la Ciudad 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.

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

I CRONOGRAMA DEL PROCESO

1. Las fechas establecidas para la publicación del llamado a licitación, para el cierre de la recepción de propuestas, para las consultas, las respuestas y las aclaraciones, aquella que establece el límite para la entrega en soporte papel de las propuestas y para el acto de apertura están establecidas en términos genéricos (sustituyendo las fechas precisas por "X"), debiendo presumiblemente llenarse una vez que se presenten a los oferentes las bases para la licitación.
2. A su vez, el artículo 14.1 de las Bases Administrativas Generales establece que *"Una vez firmado el contrato, el concesionario comenzará inmediatamente a planificar e implementar el plan de operación ofertado, dentro de los 15 días siguientes a la firma del contrato"* (énfasis agregado)¹.
3. Poco más adelante, el artículo 17 de las mismas Bases establece que *"el plan de operaciones deberá ser elaborado de tal forma que el concesionario pueda iniciar en forma normal sus operaciones en la fecha a definir por la Ilustre Municipalidad de Calama"*. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 5° de las Bases Técnicas.
4. Al respecto, cabe hacer presente a esa Corporación que el Resuelvo 6° de las 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 y precisos 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.
5. 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

¹ En lo sucesivo, salvo noticia en contrario, los énfasis contenidos en las citas textuales son todos agregados por nosotros.

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”.²

6. Finalmente, se recomienda a esa I. Municipalidad, incorporar a las Bases un cronograma detallado, que contemple todos los hitos relevantes del proceso, como son, por ejemplo: fecha de publicación del llamado a licitación, de presentación de las ofertas, de adjudicación, de suscripción del contrato, de inicio de los servicios, etc.

II DURACIÓN DEL CONTRATO

7. El inciso 2° del artículo 7.1 señala que “El valor ofertado se mantendrá inalterable en un periodo de 05 años, plazo que durará el contrato de Concesión, podrá ser prorrogado, por única vez, por un periodo de un año”. En el mismo sentido se expresa el número 1.0.- de las Bases Técnicas.
8. Sin embargo, el inciso séptimo del artículo 9 de las mismas Bases establece que la adjudicación dará lugar a un “contrato de Concesión por un periodo de 05 años a partir de la fecha de la firma del contrato.”, agregando el inciso siguiente que “El contrato podrá ser prorrogado por única vez y por igual periodo”.
9. Adicionalmente, si bien se establecen mecanismos que reducen los riesgos de arbitrariedad en la decisión de prorrogar o no el contrato (debe mediar un informe del Supervisor del contrato y acuerdo del Consejo Municipal), no se establecen criterios objetivos en que habría de basarse dicha decisión.
10. Respecto de las disposiciones comentadas, cabe representar a esa Municipalidad que para ajustarse a las Instrucciones, las Bases deberían establecer, con certeza, una duración del contrato de no más de seis años,

² Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de la I. Municipalidad de Curicó.

prorrogables por un breve plazo, sólo en caso de circunstancias especiales de buen servicio, apreciables objetivamente.

11. 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.

III CRITERIOS DE EVALUACIÓN

12. En la Metodología de Evaluación anexada a las Bases se presentan los criterios utilizados por la comisión evaluadora para examinar las ofertas:

Criterios	Ponderación
Análisis Propuesta Técnica	40%
Experiencia	(25%)
Capacidad Económica	(05%)
Mejor Oferta Técnica	(70%)
Análisis Propuesta Financiera	60%
Total	100%

13. Sobre el particular, cabe tener presente lo señalado por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en 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”³.

14. 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 cada uno de estos criterios será evaluado, de manera tal de cautelar la *“debidamente justificadas”*, tal como agrega el Resuelvo 1° de las Instrucciones.
15. En suma, además de justificarse la inclusión de criterios distintos del económico, resulta necesario que la forma en que se apliquen estos parámetros se encuentre debidamente detallada y especificada, de modo que no se preste para su posterior aplicación arbitraria y de manera tal que los potenciales oferentes sepan con antelación los criterios con que serán juzgadas sus propuestas.

IV EXIGENCIAS DESMEDIDAS / VENTAJAS ARTIFICIALES

16. Cabe hacer presente a esa Corporación que el Resuelvo sexto de las Instrucciones dispone que: “Las Municipalidades no podrán imponer a los interesados exigencias que otorguen ventajas artificiales que reduzcan injustificadamente el número de potenciales participantes en la licitación respectiva”.
17. El inciso 2° del artículo 7° de las Bases establece que *“Si durante el acto de apertura existe omisión de documentos o la falta de mayor respaldo a los antecedentes presentados, quedará en acta la observación, debiendo el proponente **dar respuesta a estas observaciones a más tardar en 4 días hábiles**”* (énfasis en el original).

³ Sentencia N° 92 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de fecha 29 de diciembre de 2009. Considerando trigésimo segundo, página 14.

18. Según se colige de lo establecido en el artículo 33 del DS. 250/2004 del Ministerio de Hacienda, que aprueba el reglamento de la Ley 19.886, así como de la propia naturaleza del acto, la apertura supone la publicidad de las ofertas de los competidores, enterándose así cada oferente del contenido de la propuesta de los demás potenciales adjudicatarios.
19. Así, las respuestas a observaciones hechas con posterioridad al acto de apertura se efectuarán, por tanto, estando quien responde en conocimiento de las condiciones ofrecidas por sus competidores. Esto podría alentar dos comportamientos indeseables en términos competitivos: de un lado, que ello introdujera riesgos de discrecionalidad en el actuar municipal, en cuanto podría permitir se exigiera, selectivamente, a ciertos oferentes completar sus propuestas, y; de otro, podría incentivar la omisión estratégica u oportunista de antecedentes por parte de los competidores.
20. Adicionalmente, el Artículo 1° de las Bases, junto al enunciado "Participantes" establece "Solo empresas del rubro con inscripción vigente en 'chileproveedores'". Poco más adelante, en el artículo 7.2.e) de las mismas, se exige como documento anexo "*El currículum del proponente, acreditado que respalde haber realizado Servicios similares*".
21. Resulta pertinente comunicar a esa Municipalidad 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.*"
22. 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.

V RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

23. El resuelvo 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...”*.
24. 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...”*.
25. El inciso 1° del artículo 13 de las Bases otorga al concesionario un plazo de 24 horas para apelar, ante el Alcalde, de las multas que le sean cursadas por la Dirección de Aseo y Ornato o por los Inspectores Municipales. Habida cuenta de que la aplicación de multas puede derivar en una eventual terminación del contrato, hacemos presente que el plazo concedido para la apelación -que es un plazo de horas- podría amagar, en términos materiales, el derecho que formalmente otorga dicho artículo para recurrir respecto de la detección de una deficiencia.
26. Basta imaginar que la deficiencia detectada sea notificada al concesionario antes de un día inhábil, cuestión que podría producir la indefensión del concesionario. Esto, tal como ha advertido el Tribunal en sus Instrucciones, puede desincentivar la participación de oferentes en el proceso.

VI DISCRECIONALIDAD

27. 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...”*.

28. 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”*.
29. Una de las aplicaciones concretas de este principio dice relación 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 mismas sin que se lesionen los principios de debida transparencia y garantía de libre acceso, garantidos por el Resuelvo N° 1 de las Instrucciones de carácter general.
30. En este marco, esta Fiscalía estima que lo establecido en el artículo 6° de las Bases, en cuanto a que *“Las respuestas y aclaraciones podrán modificar aspectos establecidos en las bases y/o agregar nuevos aspectos”*, vulnera en este respecto las Instrucciones.
31. Por su parte, el principio de inmutabilidad de las bases importa también proteger debidamente la correspondencia entre las Bases de licitación y el contrato al que dan lugar. En este sentido, la posibilidad de convenir modificaciones al contrato no amparadas en circunstancias objetivas y verificables (como por ejemplo, aumento del número de viviendas que deben ser atendidas, como consecuencia de la construcción de nuevos conjuntos habitacionales) debidamente establecidas en las bases de licitación, se contraponen con la inmutabilidad de las mismas.
32. El artículo 15 de las Bases establece que *“Cualquier modificación al contrato será con previo acuerdo entre las partes y con aprobación del Consejo Municipal, modificaciones que pueden incluir especies no establecidas previamente en las bases u oferta técnica”*.

33. En opinión de esta Fiscalía, en la medida en que dicha disposición no establezca circunstancias objetivas y verificables para dichas modificaciones resulta contraria a las Instrucciones.
34. En la misma línea, la reducción al mínimo posible de discrecionalidad exige que las causales de terminación del contrato, la desestimación de ofertas y la declaración de la licitación como desierta requiere, asimismo, fundarse de manera objetiva, con base en criterios previamente establecidos.
35. En cuanto a las causales de terminación del contrato –fuera de observar que el artículo 17.2.b) de las Bases administrativas y el 5.2.b) de las Técnicas establecen como causal de terminación el “cumplimiento” de las obligaciones que establece el contrato- cabe hacer presente que se explican, en el artículo 17.2, las circunstancias que habilitarían a la municipalidad para hacer uso de un Mandato Completo e Irrevocable, mandato que las Bases no especifican ni describen.
36. En el mismo artículo 17 se señala que, ante la notificación de resolución del contrato, el contratista podría decidir *“no continuar con la prestación del servicio por los doscientos diez establecidos”*, circunstancia que habilitaría al municipio para subcontratar los servicios. Sin embargo no se entiende qué quiere decir con los “doscientos diez establecidos”, pues aún cuando se pudiera interpretar como un error de transcripción (donde con ‘diez’ se quisiera decir ‘días’), el guarismo no se ajusta a la cantidad de jornadas (150) por las que el contratista debe prolongar la prestación del servicio luego de la notificación de resolución.
37. En cuanto a la posibilidad de que la licitación sea declarada desierta, el artículo 9 de las Bases señala que *“La IMC se reserva el derecho unilateral de declarar desierta la licitación, si así lo estima conveniente”*. Al respecto, cabe reiterar a esa Municipalidad que si bien declarar desierta una licitación es un derecho de la entidad licitante, en resguardo de la no discrecionalidad es necesario que dicha determinación sea fundada y eche mano de causales preestablecidas.

38. En fin, de la mayor importancia para sujetar el riesgo de discrecionalidad en el proceso de licitación resulta necesario evitar toda forma de arbitrariedad en el proceso de adjudicación. En este sentido, resulta especialmente relevante que el proceso de elección del oferente adjudicatario quede definida del modo más claro y transparente posible en la bases.
39. Cabe hacer presente que, según se desprende del artículo 9 de las Bases, intitulado “De la evaluación y adjudicación”, la Comisión Evaluadora debe emitir un Informe de Adjudicación que remite al Alcalde, quien propondrá un adjudicatario al Consejo Municipal. El inciso segundo establece que, para el caso que el Alcalde desee proponer la adjudicación a un oferente distinto del señalado por la Comisión Evaluadora, debe *“Indicar su razón por escrito en un nuevo documento o vía providencia en el informe”*.
40. 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.
41. Más aún, 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.”*
42. 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.”*

VII OTRAS CONSIDERACIONES

43. 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