

ORD. N°: 1560 /

ANT.: Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases de la propuesta pública para la concesión del servicio de "Provisión Permanente de Mano de Obra para la Extracción de Residuos Domiciliarios, Aseo de Oficinas Municipales, Aseo de Vías Públicas, Resguardo de Edificios Municipales y Mantenimiento de Áreas Verdes" Rol N° 1773-10 FNE.

Su Ord. de 24 de septiembre de 2010, recibido el día 1 de octubre de 2010.

MAT.: Informa.

25 OCT. 2010

DE : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
A : SRA. ANA MARÍA SILVA GUTIÉRREZ
ALCALDESA I. MUNICIPALIDAD DE CODEGUA
AV. O'HIGGINS N° 376
CODEGUA

Con fecha 01 de octubre de 2010, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas y Especificaciones Técnicas para la Licitación Pública del Servicio de Provisión Permanente de Mano de Obra para la Extracción de Residuos Domiciliarios, Aseo de Oficinas Municipales, Aseo de Vías Públicas, Resguardo de Edificios Municipales y Mantenimiento de Áreas Verdes de la comuna de Codegua, con el objeto de consultar, preliminarmente, si dicha licitación es de aquellas que, conforme a las Instrucciones de Carácter General N° 1/2006 (en adelante "las Instrucciones"), del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, deben ser visadas por la Fiscalía Nacional Económica y, en la afirmativa, para que esta Fiscalía se pronuncie respecto de la conformidad de dichas Bases con las referidas instrucciones.

En consecuencia, lo primero que debe ser analizado es si la licitación cuyas bases fueron remitidas es o no de aquellas que, conforme al resuelto 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 hacer presente que el servicio objeto de licitación es, según reza el artículo 1° de las Bases Administrativas referidas, la *“Provisión Permanente de Mano de Obra para la Extracción de Residuos Domiciliarios, Aseo de Oficinas Municipales, Aseo Vías Públicas, Resguardo de Edificios Municipales y Mantención de Áreas Verdes de la Comuna de Codegua”*¹.

Más adelante, en el literal a) del punto 1 de las Especificaciones Técnicas, se detalla que una de las obligaciones básicas del contratista consistirá en *“el retiro de residuos sólidos del sector Urbano y Rural de la Comuna, mediante la Contratación de todo el personal necesario para la prestación satisfactoria del servicio...”*, agregando el literal “C” del mismo número –que define el servicio de Aseo de Vías Públicas- que será, asimismo, obligación del contratista *“...el barrido de las calles principales del sector Urbano de la Comuna de Codegua...”*

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.”*

Si bien lo normal es que los servicios que suelen licitarse comprendan todo lo que su provisión implica, y que el servicio licitado por esa Municipalidad versa tan solo sobre la mano de obra necesaria para su ejecución, huelga concluir que los servicios objeto de las bases remitidas quedan comprendidos por las

¹ Los énfasis son nuestros. En las citas textuales, salvo noticia en contrario, los subrayados son todos agregados por esta Fiscalía.

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 licitación de los servicios de aseo y de recolección de residuos sólidos domiciliarios, aún cuando se refieran sólo a la provisión de su mano de obra, deben ser remitidas a esta Fiscalía para su revisión.

Establecida la conclusión anterior, cabe hacer presente a esa Municipalidad que el objeto de la remisión de las Bases de Licitación es permitir que la FNE represente a la entidad licitante las disposiciones que en ellas pudieren atender o poner en riesgo la sana competencia que debe verificarse en el proceso, de modo que ellas puedan ser corregidas y evitar, de esta suerte, obstrucciones a la competencia en la concesión.

Como es de toda lógica, para que el cometido encomendado a la Fiscalía tenga sentido, resulta necesario que las bases sean remitidas antes del inicio del proceso licitatorio, y no cuando este se encuentra ya consumado.

Las Bases por usted remitidas corresponden a un proceso de licitación adjudicado hace poco menos de un año, y que ha dado lugar a la suscripción de un contrato hoy vigente.

A pesar de lo anterior, y teniendo especialmente en cuenta que el contrato de provisión de servicios vence en fecha próxima, se harán algunas observaciones a las bases de licitación remitidas.

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

I. CRONOGRAMA DEL PROCESO

1. Las Bases Administrativas señalan algunos de los hitos del proceso licitatorio, sin informar con claridad la fecha de cada uno de ellos, ni tampoco la fecha de inicio de los servicios, incrementando, de esta manera, la incertidumbre que enfrenta un potencial oferente de servicios.
2. Sin embargo, aquello que es omitido en las Bases pudo consultarse en el cronograma del proceso de licitación, publicado en www.mercadopublico.cl, bajo el número de identificación 4732-25-LE09. Ahí se establece un lapso de tan solo 9 días entre la fecha de publicación del llamado y la fecha de cierre de la recepción de ofertas.
3. Para futuras licitaciones, se hace presente a esa Corporación que las Instrucciones, en su resuelto 3°, establecen 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 otro de circulación en la región que corresponda”*.
4. Igualmente, se recomienda a esa I. Municipalidad, incorporar a futuras Bases –y no sólo al llamado en el sistema de información que establece la Ley 19.886- un cronograma detallado, que contemple todos los hitos relevantes del proceso, como son, por ejemplo: fecha de publicación del llamado a licitación, de límite a la presentación de las ofertas, de adjudicación, de suscripción del contrato, de inicio de los servicios, etc.

5. A este respecto cabe tener presente 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”*.²

II. DURACION DEL CONTRATO.

6. El punto 15.2 establece que: *“la duración del contrato será hasta dos años...pudiendo ser renovado previo acuerdo de las partes por períodos de dos años y sucesivos...”*
7. La cláusula observada contraría el Resuelvo primero de las Instrucciones, que señala: *“Las bases de licitaciones de servicios de recolección, transporte y disposición de residuos sólidos domiciliarios deberán cautelar la debida transparencia y garantía de libre acceso, estableciendo condiciones generales, uniformes y objetivas”*.
8. Lo anterior, considerando la necesaria certidumbre sobre el objeto licitado que han de tener todos los eventuales oferentes. En efecto, lo lógico es que se establezca entre las partes un plazo fijo, renovable por un plazo no superior a los seis meses, y sólo en circunstancias excepcionales.

III. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

9. El literal (a) del numeral 14. de las Bases Administrativas presenta los criterios utilizados por la comisión evaluadora para examinar las ofertas:

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

Criterios	Ponderación
Menor valor de la oferta	30 puntos
Mayor experiencia	30 puntos
Empresa de la Región	15 puntos
Contratación de cesantes	25 puntos
Total	100 puntos

10. 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.

11. Así, deberá asignarse al criterio precio una ponderación superior al 50%, y en el evento de que las bases contemplen otros criterios, aquéllas deberán establecer un procedimiento objetivo de evaluación de los mismos.

IV. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

12. El punto a.2 del numeral 14 señala que el criterio *experiencia* se evaluará tomando en consideración el inicio de actividades y primera factura emitida *en el rubro*.

13. Lo anterior contraría lo dispuesto en el Resuelvo 6° de las Instrucciones de carácter general N° 1/2006 emitido por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que dispone que *“las municipalidades no podrán 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”*.

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.

14. Más aun, el ya citado Resuelvo 1° resalta la importancia que las Instrucciones le otorgan a no limitar ni crear barreras artificiales de entradas, al establecer, como se dijo, que *“las bases de licitaciones de servicios de recolección, transporte, y disposición de residuos sólidos domiciliarios deberán cautelar la debida transparencia y garantía de libre acceso, estableciendo condiciones generales, uniformes y objetivas”*.

15. Además, sobre el criterio de experiencia, es concluyente lo señalado por el H. Tribunal en su Sentencia 77-2008 recaída en el Requerimiento realizada por la Fiscalía Nacional Económica en contra de la I. Municipalidad de Curicó, al señalar en su considerando Quincuagésimo quinto, lo siguiente:

“Que sin embargo, atendido que la recolección, transporte y disposición de residuos no es un rubro particularmente sofisticado desde el punto de vista tecnológico, este Tribunal considera que la exigencia que debiera hacerse en un proceso de licitación como el que motiva esta causa, debiera referirse más bien a “experiencia relevante” y no necesariamente en el rubro de los servicios que se licitan propiamente tales”.

Acto seguido, el H. Tribunal, en lo resolutivo del fallo, previene a la I. Municipalidad que, en lo sucesivo, deberá referirse a “experiencia relevante” en general, y no necesariamente en el rubro de recolección, transporte y disposición de residuos.

16. Adicionalmente, 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. DISCRECIONALIDAD

17. El inciso segundo del punto a.4 del numeral 14 de las Bases Administrativas señala que *“La Municipalidad de Codegua se reserva el derecho de adjudicar la oferta que resulte más conveniente a sus intereses, como asimismo, rechazar todas las ofertas o declarar la propuesta desierta...”*.

18. La cláusula citada podría introducir graves riesgo de actuar discrecional por parte de la entidad licitante, lo que incrementa los niveles de incertidumbre que enfrenta el potencial oferente. Al respecto, las Instrucciones Generales, en su resuelvo 7° disponen que *“las Bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación”*.
19. En el mismo sentido, 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”*.⁴
20. En consecuencia, conforme lo descrito, resulta necesario asegurar la debida transparencia de la actuación municipal, eliminando la discrecionalidad en su proceder. 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.

VI. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

21. El mentado inciso segundo del punto a.4 del numeral 14 puntualiza que la Municipalidad puede adjudicar la concesión a la propuesta más conveniente a sus intereses, rechazar las ofertas o declarar la propuesta desierta, *“sin que los oferentes rechazados puedan presentar reclamos o pedir explicaciones”*.
22. Al respecto, cabe tener presente que las cláusulas que establecen la renuncia anticipada de acciones legales, jurisdiccionales y/o administrativas, en especial las que son irrenunciables, contravienen el Resuelvo 8° de las Instrucciones Generales, que expresamente dispone: *“No podrán incluirse en*

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.

las bases de licitación cláusulas o disposiciones sobre renuncia anticipada de acciones ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia...”.

23. 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...”.*

VII. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

24. El numeral 15.3 de las Bases Administrativas establece que la *“se considerará la facultad de la Municipalidad para ampliar el contrato hasta en un 5%, habiendo consideración de las características especiales de este servicio”.*
25. Al respecto, esta Fiscalía considera que 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, 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 de carácter general.

Finalmente, hago presente a ese Municipio, para futuras licitaciones, 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 a la señora Alcaldesa que las Bases consultadas sean modificadas conforme a lo observado.

Saluda atentamente a usted,



FELIPE IRARRÁZABAL PHILIPPI
FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

Encargado FNE
Juan Correa
Fono: 75356