

ORD. N° 0106
ANT.: Bases de la "Concesión del servicio de recolección de residuos domiciliarios y disposición final en vertedero, y limpieza y aseo de calles, Victoria". Rol 2169-13 FNE.
MAT.: Su Ord. N° 100 de 16 de enero de 2013.
Informa.

Santiago, 23 de enero de 2013

DE : SUBFISCAL NACIONAL
A : SR. HUGO MONSALVES CASTILLO
ALCALDE
I. MUNICIPALIDAD DE VICTORIA
LAGOS N° 680
VICTORIA
REGIÓN DE LA ARAUCANÍA

Con fecha 17 de enero de 2013, se ha recibido en esta Fiscalía una nueva versión de las Bases Administrativas, Técnicas y Anexos de la licitación pública para la "Concesión del servicio de recolección de residuos domiciliarios, y disposición final en vertedero y limpieza y aseo de calles, Victoria", con el objeto de establecer 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, ("Instrucciones Generales").

A continuación informo las disconformidades que a juicio de esta Fiscalía aun presentan las bases remitidas en consulta.

I. CRONOGRAMA

1. Si bien el cronograma que se acompaña hace referencia a los hitos relevantes del proceso, el plazo que media entre la fecha de publicación y la apertura de las ofertas no se ajusta a lo previsto por las Instrucciones Generales.

2. Sobre el particular se hace presente que las Instrucciones generales, indican en su Resuelvo 3°, 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 las 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 (...)".

3. Asimismo, se recomienda a ese municipio establecer plazos prudentes entre la firma del contrato y el inicio de los servicios, cautelando que éstos no se constituyan en barreras a la entrada para potenciales participantes, según lo prevé el Considerando 3° de las citadas Instrucciones.

II. INMUTABILIDAD

4. Persiste la disposición contemplada en el artículo 8 de las Bases Administrativas referida a la posibilidad de modificación de las Bases: “Se podrán modificar los documentos de la propuesta, ya sea por iniciativa propia o en atención a una aclaración solicitada por alguno de los oferentes, durante el proceso de la propuesta y hasta la entrega de las aclaraciones, informando de ello a través del sitio www.mercadopublico.cl. Estas modificaciones formarán parte integrante de las Bases”.

5. Por otra parte, el artículo 15 aun contempla la facultad de ampliar los servicios de superficie: “Los servicios podrán ampliarse en el periodo vigente hasta en un 15% (quince por ciento) manteniéndose los mismos precios unitarios del contrato, pero reajustados en la misma proporción del aumento de área a mantener, sin el requisito de una Propuesta Pública”. “De igual forma, el Municipio se reserva el derecho de disminuir la superficie licitada durante la vigencia del Contrato, solamente en caso que por ejecución de alguna obra de urbanización y por un plazo superior a 3 meses de duración”.

6. Sobre el particular, la posibilidad de efectuar modificaciones a las Bases, se contrapone con la inmutabilidad de las mismas cuyo contenido esencial es que una vez iniciado el proceso de licitación no puede alterarse por la vía de las aclaraciones, enmendaduras, adiciones o supresiones sin que se lesionen los principios de debida transparencia y garantía de libre acceso, reguardados por el Resuelvo N° 1 de las Instrucciones de Carácter General. En consecuencia, resulta necesario que los ajustes al contrato respondan a la aplicación de parámetros objetivos previamente establecidos en las Bases, tales como incremento en el número de viviendas o en el número, extensión de calles sujetas a barrido y circunstancias calificadas como de emergencia o catástrofe por la autoridad competente.

III. DISCRECIONALIDAD

7. Se reitera la observación referida al numeral 13.1, párrafo final que señala. “Esta Comisión propondrá al Sr. Alcalde dentro del plazo estimado que se señala en el portal, la oferta que estime más conveniente y favorable al municipio, para su adjudicación y sanción o bien la proposición de rechazo de las ofertas o de declarar desierta la propuesta. Una vez comprobado el cumplimiento estricto de los requisitos técnicos, las ofertas se evaluarán considerando los criterios antes mencionados”.

8. Sobre el particular, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, señaló en su Resolución N° 13/2006: “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”.

9. Más aún, a juicio de esta Fiscalía, las cláusulas que permiten a la autoridad desechar ofertas y adjudicar el proceso licitatorio en virtud de disposiciones discrecionales, podrían facultar a esa Municipalidad para desentenderse de los criterios de evaluación establecidos en las Bases para la adjudicación de la propuesta, otorgando la licitación a cualquier oferente válido, vulnerarían el mencionado resuelto 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”.

10. 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”.

IV. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

11. El artículo 13 de las Bases Administrativas, en el criterio N° 4, referido a la experiencia ponderada con un 10%, establece la forma de evaluación de la misma, señalando: “Contratos debidamente certificados por los servicios públicos o privados en dónde prestó el servicio. (La Municipalidad se reserva el derecho a consultar a quienes han extendido dichos certificados). La mayor cantidad de certificados debidamente comprobados obtendrá 100 puntos y los siguientes se calcularán porcentualmente. En caso de igualdad de puntajes la decisión la tomará la autoridad comunal”.

12. Sobre el particular, debe tenerse presente lo señalado en el Resuelto 1° que se refiere a 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”.

13. Asimismo, las exigencias solicitadas contrarían 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, el 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”.

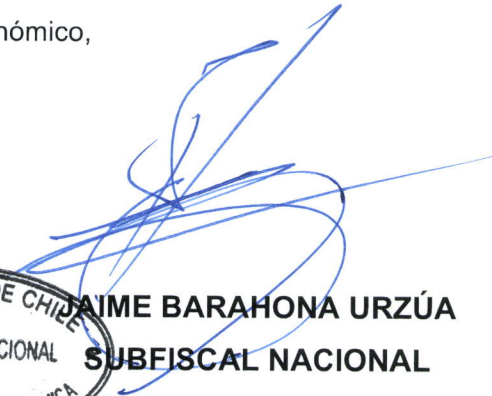
14. Sobre la experiencia de la empresa como criterio de evaluación, cabe tener presente lo resuelto por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en su Sentencia N° 77, en cuanto a que: “la exigencia de experiencia debe referirse en general a ‘experiencia relevante’ y no necesariamente en el rubro de recolección, transporte y disposición de residuos”.

Finalmente, hago presente a ese Municipio que, para futuras licitaciones, 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,

Por orden del Fiscal Nacional Económico,


 **JAIME BARAHONA URZÚA**
SUBFISCAL NACIONAL

Abogada FNE
Ximena Castillo
Fono: 27535602 - 604