

059

ORD. N°: 0542 /

ANT.: Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases Administrativas de Licitación Pública para la propuesta denominada "Concesión de los Servicios de Aseo de la Comuna de Estación Central"; Rol N°1860 -11 FNE.

Su Ord. N° 1200/45, de 21 de marzo de 2011.

MAT.: Informa.

Santiago, 18 ABR. 2011

DE : SUBFISCAL NACIONAL ECONÓMICO

A : SR. RODRIGO DELGADO MORCARQUER
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE ESTACIÓN CENTRAL
AVDA. BERNARDO O'HHIGGINS N° 3920
ESTACIÓN CENTRAL

Con fecha 21 de marzo de 2011, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas, Especificaciones Técnicas Generales, Bases Administrativas Especiales, Anexos y Planos, de la propuesta pública denominada "Concesión de los Servicios de Aseo de la Comuna de Estación Central", 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").

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

I. CRONOGRAMA DEL PROCESO

1. Las Bases Administrativas Generales de los servicios a contratar, que comprenden: recolección de residuos sólidos domiciliarios, su transporte a rellenos sanitarios o estaciones de transferencia; retiro de voluminosos en la vía pública; especial de recolección de residuos sólidos y barrido de calles (sectores), de funcionamiento de ferias libres; de barrido de calles y avenidas; extraordinario de empresa, industria, comercio, establecimientos educacionales y jardines infantiles, señalan algunos de los hitos del proceso licitatorio, sin establecer fechas, como en el caso de la publicación de las bases, recepción de las ofertas, adjudicación, incrementando, de esta manera, la incertidumbre que enfrenta un potencial oferente de servicios.
2. Sobre el particular, el Resuelvo N° 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 participantes, lo que refuerza la necesidad de consignar plazos prudentes, de manera que no se constituyan en barreras a la entrada para ellos.
3. 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

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

4. Por lo tanto, se recomienda a ese municipio acompañar un cronograma que comprenda los diferentes hitos del proceso, estableciendo plazos prudentes entre la suscripción 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. Considerando el volumen de residuos y de habitantes de la comuna, dicho plazo no debiera ser inferior a 90 días contados desde la fecha de suscripción del contrato.

II. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

5. Las Bases Administrativas, en su numeral 23, literal e), se refieren a la modificación del contrato señalando: *“El contrato podrá modificarse a fin de ampliar o disminuir los servicios inicialmente estipulados hasta en un 40% del monto original de la sumatoria de todas las ofertas, calculando de acuerdo a los precios ofertados por el adjudicatario en su oferta inicial, debidamente reajustados...”*.
6. Sobre el particular, hacemos presente que la posibilidad de efectuar modificaciones a las Bases, se contrapone con la inmutabilidad de las mismas, cuyo contenido esencial 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, garantidos por el Resuelvo N° 1 de las Instrucciones de Carácter General.
7. 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 y extensión de calles sujetas a barrido.

III. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

8. El numeral 12, párrafo segundo de las Bases Administrativas, exigen para poder participar en la licitación: *“...que tengan dentro de su objeto social la ejecución de los servicios que se solicitan...”*.
9. Asimismo, el numeral 16, letra j), se refiere a los documentos que debe contener el Sobre 1 “Documentos Anexos” señalando: *“Los oferentes deberán presentar una lista de Contratos, ejecutados o realizándose en los últimos 3 (tres) años según Formato N° 4 de experiencia...”*.
10. Al respecto, cabe tener presente lo resuelto por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que en su Sentencia N° 77, de 4 de noviembre de 2008, 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.”*
11. Además, basta tener por suficiente la experiencia acreditada por los socios o profesionales de las empresas participantes en la licitación, puesto que de esta manera se evita que empresas cuyo personal disponga de experiencia relevante, queden excluidas de disputar este mercado.
12. Por lo indicado, se recomienda a esa I. Municipalidad establecer un mínimo de experiencia relevante, a fin de evitar reducir injustificadamente el número de potenciales participantes en la licitación respectiva, de acuerdo al resuelvo 6° de las Instrucciones de Carácter General, que dictamina 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.”

IV. DISCRECIONALIDAD

13. El numeral 21, letra a) de las Bases Administrativas, faculta a la Comisión de Evaluación para proponer al Alcalde: *“...las tres ofertas más viables y convenientes a los intereses Municipales”*.
14. Asimismo, el numeral 22, literal b) de las Bases Administrativas, establece: *“La Municipalidad podrá aceptar cualquiera de las ofertas que estime conveniente para los intereses municipales, aunque ésta no sea la más baja, o las rechazará todas expresando la causa y/o motivo...”*.
15. Por su parte el literal c), agrega: *“Se adjudicará todos los servicios en forma global a un solo proponente, siendo también una de las opciones la de rechazar todas las ofertas si no conviene a los intereses de la municipalidad”*.
16. 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, disminuye la competencia ex ante”*².
17. Más aún, a juicio de esta Fiscalía, los numerales señalados podrían facultar a esa Corporación para desentenderse de los criterios de evaluación establecidos en las Bases para la adjudicación de la propuesta, adjudicando la

² 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.

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”.

18. A mayor abundamiento, en relación a la discrecionalidad, la citada 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”*.*

V. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

19. El citado numeral 22, literal b) de las Bases Administrativas, establece: “La Municipalidad podrá aceptar cualquiera de las ofertas que estime conveniente para los intereses municipales, aunque ésta no sea la más baja, o las rechazará todas expresando la causa y/o motivo, *sin que los oferentes tengan derecho a reclamo o indemnización de ninguna especie. Los oferentes cuyas ofertas no fueran aceptadas con expresión de causa no tendrán derecho a reclamo, acción legal ni indemnización de ninguna especie”*.

20. Por su parte el numeral 28, literal c), señala: *“Las observaciones consignadas en las órdenes de servicio, deberán encuadrarse a los términos y condiciones del contrato, y el contratista deberá cumplir dichas órdenes. En caso de que este considere que una orden esta fuera de alcance de los términos y condiciones del contrato, podrá notificarlo por escrito al Director de Aseo y Ornato, quién deberá responder dentro de las 48 hrs, siguientes. A falta de acuerdo procederá el recurso de apelación ante el Alcalde, quien o resolverá dentro del plazo de 5 días hábiles, no siendo su resolución susceptible de recurso alguno, renunciando el contratista desde ya a toda acción, reclamo o indemnización respecto a dicha reclamación” (el subrayado es nuestro).*
21. En relación a la imposibilidad de los oferentes para reclamar, interponer acciones legales y exigir indemnizaciones, cabe señalar que, la incorporación de cláusulas que establezcan 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 las bases de licitación cláusulas o disposiciones sobre renuncia anticipada de acciones ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (...)”.*
22. La citada renuncia además de desincentivar la participación de oferentes en estos procesos, podría vulnerar normas de orden público, tal como lo señalan las Instrucciones en su Considerando 4°.

VI. MODALIDAD DE LOS SERVICIOS LICITADOS

23. Las Bases Administrativas establecen en su numeral 2°, que el llamado a licitación pública se refiere a la concesión de los servicios de: recolección de residuos domiciliarios; barrido limpieza y mantención de calles; limpieza de ferias libres; retiro de escombros y servicio extraordinario de empresas,

industria, establecimientos educacionales y jardines infantiles. Establece como modalidad de la propuesta, según lo establece el numeral 22, literal c), la adjudicación de todos los servicios a un solo proponente.

24. Sobre el particular las “Instrucciones” establecen en su Considerando Sexto que: *“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”,* el Considerando siguiente agrega: *“Que, por otra parte, es conveniente que, siempre que sea posible y no existan fundamentos que lo desaconsejen, las municipalidades efectúen licitaciones separadas para los servicios de recolección, transporte y disposición final de residuos; de aseo y limpieza de calles y de ferias libres; y el servicio de retiro y transporte de escombros y ramas, salvo que existan fundamentos en contrario”.*
25. Conforme con lo expuesto, esta Fiscalía estima necesario que se elimine la modalidad de oferta y adjudicación global de los servicios licitados, estableciéndose la modalidad de ofertas separadas.

VII. COMISIÓN EVALUADORA

26. Las Bases Administrativas en su numeral 21, literal a), señalan: *“Para la evaluación de las ofertas se constituirá una Comisión de Evaluación que estudiará todos los antecedentes presentados por los oferentes...”.*
27. Una cláusula como la señalada contraviene las “Instrucciones” que en su Resuelvo 5° disponen: *“Las bases de todo proceso de licitación deberán precisar cómo se integrará la comisión evaluadora”.*

28. Por último, 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,
Por orden del Fiscal Nacional Económico,



REPUBLICA DE CHILE
* SUBFISCAL NACIONAL *
FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA

JAIME BARAHONA URZÚA
SUBFISCAL NACIONAL ECONÓMICO

Abogado FNE
Ximena Castillo C.
Fono: 7535602