

ORD. N°: 1200 /

ANT.: Consulta sobre Bases de la propuesta pública para la concesión del "Servicio de Disposición Final de Residuos Sólidos, Comuna de Quillota", Rol N° 1922-11 FNE.

Sus Ords. N° 376, de 21 de junio de 2011 y N°402, de 06 de julio de 2011.

MAT.: Informa

Santiago, 29 AGO. 2011

DE : SUBFISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)
A : SR. LUIS MELLA GAJARDO
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE QUILLOTA
MAIPÚ N° 330
QUILLOTA

Con fecha 21 de Junio de 2011, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas Generales y Especiales para la licitación pública de la concesión del "Servicio de Disposición Final de Residuos Sólidos, Comuna de Quillota", y con fecha 06 de Julio los respectivos Términos Técnicos de Referencia, 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 Generales").

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

I. CRONOGRAMA DEL PROCESO

1. Las Bases Administrativas Especiales en sus numerales 6, 7, 8, 9 y 10, contemplan un calendario de la licitación, sin señalar fechas de las etapas del proceso, incrementando, de esta manera, la incertidumbre que enfrenta un potencial oferente de servicios.

2. Las Bases Administrativas Generales en su numeral 22, letra c) contemplan la facultad de la Unidad Técnica para resolver el contrato, en el evento de que el proponente por causa que le sea imputable, no inicie el servicio dentro de los cinco (05) días hábiles a contar de la fecha de firma del contrato.
3. La exigüidad del plazo referido podría significar que potenciales oferentes se inhiban de participar del proceso, en virtud de la imposibilidad de disponer del equipamiento requerido para iniciar el servicio, tendiendo a establecer ventajas competitivas artificiales que podrían favorecer a aquellas empresas que eventualmente lo estén prestando.
4. Al respecto, el Resuelvo N° 6 de las Instrucciones Generales, establece: *“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 (...)”*.
5. Sobre el particular, se solicita tener en especial consideración lo dispuesto en el Resuelvo 3° de la Instrucciones Generales, el que dispone: *“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. A la fecha de las publicaciones, las respectivas bases de licitación deberán estar disponibles para los interesados”*.
6. Confirma lo anterior la Sentencia N° 77, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la cual en su considerando quincuagésimo señala que las Bases de Licitación deben 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”*.
7. A objeto de disminuir los niveles de incertidumbre, esta Fiscalía recomienda a esa I. Municipalidad incorporar a las Bases de Licitación un cronograma

detallado, que contemple todos los hitos relevantes del proceso, como son: fecha de publicación del llamado a licitación, de presentación de las ofertas, de adjudicación, de suscripción del contrato, inicio de los servicios, etc.

II. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

8. En su numeral 17 inciso 3°, las Bases Administrativas Generales disponen que: *“letra f) Todos los vehículos y equipos que se utilizarán en la ejecución de esta materia de encargo deberán ser: De propiedad del contratista; o Arrendados a terceros, para lo cual requerirá autorización expresa del municipio previa solicitud”*.
9. Sobre el particular se hace presente que las Bases no deben exigir a los participantes acreditar la propiedad o exigir una autorización previa del Municipio en caso de arrendamiento de los vehículos y maquinarias necesarias para prestar el servicio licitado, bastando con que los proponentes garanticen la existencia de un compromiso de arriendo u otro suficiente. En ese sentido, la citada cláusula podría incrementar la incertidumbre del potencial oferente, al no poder arrendar libremente los equipos, reduciendo injustificadamente el número de potenciales participantes en la licitación.
10. Por otro lado, las Bases Administrativas Generales disponen en su numeral 9.3, referido al contenido del Sobre Documentos Administrativos: c) *“El proponente deberá incluir los siguientes antecedentes: c) Currículo de la empresa con la relación a los servicios contratados y/o en ejecución, en los últimos 3 años, de la materia de encargo, señalando los montos de cada uno de los contratos, el contratante y la comuna”*.
11. Asimismo, las Bases Administrativas Especiales contemplan en su numeral 20.2 sobre la evaluación de la Oferta técnica, Núm. *“iii. Currículo de la empresa 20%: La empresa que demuestre tener mayor experiencia de la materia de encargo obtendrá el mayor puntaje, evaluándose en forma decreciente, a quienes acrediten menor experiencia”* (el destacado es nuestro).

12. Sobre el particular, esta Fiscalía considera suficiente el requisito establecido en el numeral 3° de las Bases Administrativas Generales, que establece que “podrán participar en la licitación, todas las personas naturales y/o jurídicas inscritas que se encuentren bajo la condición de propietario o arrendatario de un sitio de Disposición Final de RSD, que cuente con resolución sanitaria vigente para operación y recepción de RSD...”.
13. 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, por lo que bastaría 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. Sobre el particular, 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”*.
14. Lo anterior, 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”*.

III. DISCRECIONALIDAD

15. Las Bases Generales en su punto número 1, disponen: *“En caso de haber cualquier discrepancia entre estas Bases Administrativas Generales, las Bases Administrativas Especiales, los Términos de Referencia, el Contrato y demás documentos, será facultad de la Secretaría Comunal de Planificación (SECPLAN) en su calidad de Unidad Técnica resolver tales discrepancias, en la forma que mejor beneficie al proyecto.”*

16. También, las citadas bases contemplan en su numeral 19, inciso 2°: *“Si alguna imprecisión se originara en algunas de los términos técnicos de referencia, así como cualquier discordancia entre los antecedentes o falta de aclaración de algún detalle de la propuesta, la municipalidad lo interpretará de la mejor forma en beneficio del proyecto”*.
17. En ambos casos se concede a la Municipalidad la facultad de interpretar los términos de las bases cuando su sentido no sea claro o se produzcan discrepancias entre ellas, sin sujetarse a parámetros objetivos para resolver la controversia.
18. Por otro lado, el numeral 22 de las Bases Administrativas Generales, establece las causales de resolución del contrato, señalando en su literal n) que el mismo se resolverá *“En general, si el proponente no ha dado cumplimiento a las bases de licitación”*.
19. Al respecto, se hace presente que debe acotarse claramente cuáles son los incumplimientos a las Bases que facultarán a Municipio para poner término al contrato. Ello en consideración a lo dispuesto en el Resuelvo 8°, de las Instrucciones Generales del H. Tribunal: *“...ni otras que otorguen a la Municipalidad respectiva el derecho a poner término anticipado al contrato adjudicado sin una causa justificada”*.
20. El numeral 12, de las Bases Administrativas Generales, en sus párrafos 3° y 4°, señalan: *“Toda información que se demuestre sea falsa, alterada o maliciosamente incompleta y que altere el principio de igualdad de los oferentes será estimada fraudulenta, siendo causal de eliminación del oferente de la etapa de evaluación y adjudicación de la propuesta”, “En tal evento los proponentes participantes que se vean afectados por dicha resolución declinan efectuar cualquier acción que pretenda indemnización alguna por este hecho, entendiendo que es facultad privativa del Municipio para decidirlo que sea más conveniente a sus intereses”*.
21. Sobre el particular, se hace presente que los calificativos empleados, además de requerir un pronunciamiento previo a su configuración, pueden importar que la materia deba ser de obligatorio conocimiento por otras instancias administrativas o judiciales en caso de constituir infracciones de ley, por lo que

se recomienda utilizar los parámetros generales de cumplimiento de la normativa aplicable, a fin de eliminar cualquier atisbo de imprecisión de las Bases.

22. El párrafo final del numeral en análisis, establece: *"En todo caso y según corresponda la Municipalidad de Quillota se reserva el derecho de efectuar un nuevo proceso de licitación"*.
23. Al respecto, el Resuelvo 7°, de las Instrucciones es perentorio al señalar: *"...En caso de declarar desierta una licitación, las municipalidades estarán obligadas a iniciar una nueva, ajustando las bases de la misma a las necesidades del proceso declarado desierto"*.
24. Por su parte, el numeral 13 de las Bases Administrativas Generales, establece: *"Cuando en una propuesta se presentase una (01) sola oferta, la Comisión de Evaluación procederá a realizar su evaluación, pudiendo proponer o rechazar su adjudicación"*.
25. Asimismo, el numeral 14, de las Bases Administrativas Generales, señala: *"Cabe señalar que tanto el Sr. Alcalde como el H. Concejo se reservan el derecho con expresión fundada de causa de rechazar todas las ofertas que hayan sido propuestas para su adjudicación o bien aceptar cualquiera de ellas de acuerdo a lo que estimen sea lo más conveniente para los intereses del Municipio, aunque ésta no sea la de más bajo precio. La decisión que se adopte no dará lugar a indemnización de ningún tipo a favor de los proponentes cuyas ofertas hayan sido rechazadas a que no hayan sido favorecidas"*.
26. En el mismo sentido, el Anexo denominado "Declaración Jurada", establece en su numeral 4): *"Que acatará en todo, la determinación de la I. Municipalidad de Quillota al resolver la propuesta, reconociendo la facultad privativa de ella, para decidir lo que sea más conveniente a sus intereses"*.
27. Por su parte, el numeral 20, párrafo 6, dispone: *"De igual forma, el Mandante se reserva el derecho de ordenar la paralización de la materia de encargo encomendada, cuando no haya fondos disponibles para llevarla adelante o cuando así lo aconsejen las necesidades del mismo. El aviso sobre el*

particular deberá ser comunicado por escrito al Contratista con una anticipación de 30 días corridos. Finalmente, el ejercicio de las atribuciones señaladas anteriormente, no dará lugar a derecho o indemnización de ningún tipo a favor del Contratista". (el destacado es nuestro).

28. Además, el numeral 22 de las Bases Generales Administrativas, sobre las causales de resolución del contrato, contemplan: *"El contrato quedará resuelto por disposición de la Unidad Técnica si ocurriera cualquiera de los siguientes eventos: letra d) Si no se acatan las órdenes e instrucciones que imparta la Inspección Técnica Institucional".*
29. En los apartados citados anteriormente no se describen de forma precisa las circunstancias que configurarían las causales que se invocan en cada caso, dejando un amplio margen de interpretación respecto de las mismas.
30. 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".*
31. 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 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".*
32. 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”.

33. En definitiva, la adjudicación de la licitación debe hacerse a aquel oferente – aunque sea un único postor- que obtenga los puntajes habilitantes, de acuerdo a los criterios de evaluación y ponderaciones previamente establecidos en las bases administrativas, tal como lo establece el artículo 10 de la ley 19.886, ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, en concordancia con los artículo 37 y 41 de su reglamento.

IV. PAUTA DE EVALUACIÓN

34. En el numeral 20.2, de las Bases Administrativas Especiales se describen los criterios de asignación de puntaje para cada uno de los ítem que componen la Oferta Técnica, de la siguiente forma:

“i. Programa de operación, monitoreo y control del relleno sanitario 40%:
Se aplicará el puntaje máximo al o los Oferentes que presenten el programa de trabajo que garantice la mejor calidad y atención del servicio (el énfasis es nuestro), de equipamiento, vehículos e insumos apropiados según las necesidades planteadas para la ejecución de la materia de encargo. En este sentido, las ofertas serán evaluadas de acuerdo a los siguientes criterios y puntajes:

CLASIFICACIÓN	PUNTOS
Muy Buena	10
Buena	8
Satisfactoria	6

Menos que satisfactoria	3
No informa	0

ii. Modalidad de atención al municipio, indicando días y horarios de atención 20%: Se aplicará el puntaje máximo al o los Oferentes que presenten dicha modalidad que garantice la mejor calidad y atención del servicio para el municipio (el énfasis es nuestro). En este sentido, las ofertas serán evaluadas de acuerdo a los siguientes criterios y puntajes:”

CLASIFICACIÓN	PUNTOS
Muy Buena	10
Buena	8
Satisfactoria	6
Menos que satisfactoria	3
No informa	0

35. Respecto a los criterios que se puntuarán conforme a las tablas señaladas anteriormente, esta Fiscalía considera que su margen de interpretación resulta demasiado amplio, dado que no se define qué parámetros se utilizarán para determinar los conceptos de “mejor calidad y atención del servicio”.
36. Al respecto, cabe tener presente lo señalado por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el Considerando Trigésimo segundo de 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.”*

V. COMISIÓN EVALUADORA

37. Las Bases no contemplan la conformación de una Comisión Evaluadora de las propuestas, ni su forma de designación.
38. Lo anterior contraviene las “Instrucciones Generales”, toda vez que el Resuelvo 5° de las mismas dispone: *“Las bases de todo proceso de licitación deberán precisar cómo se integrará la comisión evaluadora.”*

VI. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

39. El numeral 8, inciso 3° de las Bases Administrativas Generales, referido a las aclaraciones a los antecedentes, prescribe: *“Con motivo de dichas aclaraciones, la Unidad Técnica podrá rectificar, aclarar o modificar estas bases, las Bases Especiales, los Términos de Referencia y los demás antecedentes que formen parte de la licitación, previa conformidad del Mandante, enmiendas que pasarán a formar parte integrante de estas Bases y/o del contrato de obra respectivo”.*
40. En el mismo orden, el numeral 19 inciso 3°, sobre los aumentos de cantidades de obras y modificaciones de contratos, dispone: *“Si por cualquier motivo, fuera estrictamente necesario efectuar un aumento o modificación de la materia de encargo, el Proveedor deberá solicitarlo por escrito a la Inspección Técnica la cual deberá evaluarlo. El Alcalde deberá aprobar previamente a cualquier modificación”.*
41. 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 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, garantidos por el Resuelvo N° 1 de las Instrucciones de Carácter General.
42. En consecuencia, resulta necesario que los ajustes al contrato respondan a la aplicación de parámetros objetivos previamente establecidos en las Bases.

VII. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

43. Las Bases Generales en su numeral 4°, inciso 2° advierten: *“Para los efectos anteriores, se entiende por suma alzada, la oferta a precio fijo sin reajustes ni intereses de ninguna especie, en el servicio, materia de encargo a ejecutar, así como las características descritas en los Términos de Referencia son inamovibles, la determinación de los valores unitarios y del precio total corresponde al Proponente en base al estudio de los antecedentes entregadas por la Unidad Técnica, sin que proceda, en consecuencia, pagar mayores*

precios, cantidades adquiridas, ampliar plazos, ni otorgar indemnizaciones por concepto o motivo alguno".

44. Asimismo, el numeral 12, de las Bases Administrativas Generales, en sus párrafos 3° y 4°, señalan: *"Toda información que se demuestre sea falsa, alterada o maliciosamente incompleta y que altere el principio de igualdad de los oferentes será estimada fraudulenta, siendo causal de eliminación del oferente de la etapa de evaluación y adjudicación de la propuesta", "En tal evento los proponentes participantes que se vean afectados por dicha resolución declinan efectuar cualquier acción que pretenda indemnización alguna por este hecho, entendiéndose que es facultad privativa del Municipio para decidirlo que sea más conveniente a sus intereses"*.
45. Agrega, el numeral 14, de las Bases Administrativas Generales a propósito de la facultad del Alcalde y del H. Concejo para rechazar o aceptar las ofertas: *"... La decisión que se adopte no dará lugar a indemnización de ningún tipo a favor de los proponentes cuyas ofertas hayan sido rechazadas o que no hayan sido favorecidas"*.
46. En relación a la imposibilidad de los oferentes para reclamar, apelar 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, además de desincentivar la participación de oferentes en estos procesos, podría vulnerar normas de orden público, tal como lo señalan las Instrucciones Generales en su Considerando 4°. Adicionalmente, dichas cláusulas podrían contravenir 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 (...)"*.

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,


CRISTIÁN R. REYES CID
SUBFISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)

REPUBLICA DE CHILE
SUBFISCAL NACIONAL
ECONOMICA

Encargado FNE
Ximena Castillo
Fono: 7535604 7535602