

ORD. N°: 1203,

ANT.: Consulta sobre bases de licitación para el "Servicio para el tratamiento de basuras orgánicas vegetales y retiro de material reciclable, desde puntos limpios ubicados en las ferias libres de la comuna de Santiago"; Rol N° 1932-11 FNE.

Su Ord. N° 1382, de 11 de julio de 2011.

MAT.: Informa.

Santiago, 31 AGO. 2011

DE : SUBFISCAL NACIONAL ECONÓMICO
A : SR. PABLO ZALAUQUETT SAID
ALCALDE DE SANTIAGO
PLAZA DE ARMAS S/N
SANTIAGO

Con fecha 11 de julio de 2011, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas, Bases Técnicas y Anexos para la licitación pública de la concesión del "Servicio para el tratamiento de basuras orgánicas vegetales y retiro de material reciclable, desde puntos limpios ubicados en las ferias libres de la comuna de Santiago", 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. El cronograma del proceso presenta diversos hitos del proceso licitatorio, tales como: fecha de publicación, fecha de adjudicación, fecha de inicio de servicios, consultas, etc.

2. No obstante, se hace presente que dicho cronograma no señala la fecha de suscripción del contrato, lo cual genera incertidumbre en los potenciales oferentes mermando así el libre acceso al proceso.
3. En consecuencia, resulta necesario incorporar a las Bases un cronograma detallado, que contemple todas las etapas relevantes del proceso, incluyendo en ella la fecha de suscripción del contrato, dotando de certeza así a los proponentes.
4. Además, el cronograma no presenta la fecha de publicación de la licitación con la antelación requerida, ni cumple las formalidades indicadas en el Resuelvo N° 3 de las Instrucciones Generales, el cual dispone, entre otros requisitos, que entre la publicación y el cierre de ofertas debe mediar un plazo no inferior a 60 días.
5. Por otro lado, se establecen tan solo 8 días hábiles entre la fecha de adjudicación y la fecha de inicio del servicio.
6. 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.
7. 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 (...)”*.
8. Confirma lo anterior la Sentencia N° 77, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la cual 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 la prestaciones a las que se obliguen, respectivamente.*

9. Adicionalmente, 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”*.

II. EXIGENCIAS DESMENDIDAS

10. En el cuadro “Criterios de Evaluación” de las Bases, se establece que uno de los criterios a ser considerados para la asignación de puntaje de los Oferentes será el requisito de experiencia con un 10%.
11. Así las cosas, las Bases establecen cierto puntaje en relación a la cantidad de años de experiencia. De tal modo, establecen: 5 años o más = 10 puntos; 3 a 4 años = 5 puntos; 1 año a 2 años = 2 puntos y menos de 1 año = 0 puntos.
12. 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”*.
13. Esto último resulta armónico con el considerando Tercero de las Instrucciones de carácter general N° 1/2006 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en tanto dispone *“Que, para lograr el cumplimiento de los objetivos antes expuestos, las municipalidades deben abstenerse de incorporar exigencias en las bases de licitación que dificulten la participación*

de la mayor cantidad posible de oferentes. Así entre otras de la misma naturaleza, debe evitarse en las bases el uso de cláusulas que exijan, por ejemplo, (...) contar con experiencia previa injustificadamente específica en el o los servicios que se licitan (...)”

III. DISCRECIONALIDAD

14. Se hace presente también lo señalado en el artículo 13 de las Bases Administrativas II, el cual dispone: *“Resolución de Empate: Se entenderá por empate cuando haya igualdad de puntajes entre dos o más propuestas una vez evaluada técnica y económicamente todas aquellas que hayan sido presentadas válidamente. Los criterios de desempate son los siguientes: En primer lugar se seleccionará aquel oferente que presente el mayor puntaje técnico en el proceso de evaluación de las propuestas. En segundo lugar, a igualdad entre dos o más propuestas bajo este criterio se escogerá aquella propuesta que presente el menor costo en la propuesta económica presentada a través del Sistema Mercado Público.”*¹
15. Sobre el particular se hace 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”*
16. Así, a juicio de esta Fiscalía se recomienda a esa I. Municipalidad modificar el artículo antes citado, de modo que sea el criterio económico el relevante para dirimir al adjudicatario y no otros.
17. En el cuadro “Observaciones de Entrega de Antecedentes Legales” de las Bases Administrativas I, se señala que *“La Ilustre Municipalidad de Santiago se reserva el derecho de solicitar al proponente que estime conveniente y una vez efectuada la apertura de la licitación, la presentación de los documentos que avalen lo declarado en dicho Formulario, teniendo el oferente un plazo de cinco días hábiles para su entrega”* .

¹ Énfasis agregado.

18. Asimismo, el artículo 4°, de las Bases Administrativas II sobre “Informe y Adjudicación de la Licitación” dispone: *“La comisión evaluadora se reserva el derecho de adjudicar total o parcialmente la propuesta, de acuerdo a la conveniencia y de acuerdo al resultado de la evaluación”*
19. A juicio de esta Fiscalía, las cláusulas señaladas podrían importar un grado de incertidumbre que restringiría el libre acceso a los potenciales oferentes. Al respecto, las Instrucciones Generales, en su Resuelvo N° 7 disponen que *“las Bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación”*.
20. 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”*.
21. De este modo, para 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 Resuelvo N° 6 de las Instrucciones de Carácter General, el cual dispone: *“Las Bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación”*.
22. En consecuencia, conforme a lo descrito, resulta necesario asegurar la debida transparencia de la actuación municipal, eliminando la discrecionalidad en su proceder.

IV. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

23. El artículo 12, de las Bases Administrativas II, señala: *“El contrato podrá aumentarse o disminuirse hasta en un 30% de la términos del monto total del contrato. Este aumento o disminución se expresa en incorporación de puntos limpios o materias orgánicas entregadas en tratamiento”*.

24. 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.
25. En consecuencia, resulta necesario que los ajustes al contrato respondan a la aplicación de parámetros objetivos previamente establecidos en las Bases, como sería el caso de aumento de los metros lineales de las Ferias Libres.

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 ECONÓMICO

Abogado FNE
Ximena Castillo.
Fono: 7535602