

ORD. N°: 1053 /

ANT.: Consulta sobre Bases para la concesión del "Servicio de Manejo Integral de Residuos Sólidos Domiciliarios", Rol N° 1900-11 FNE.

Ord. N° 0376, de 25 de mayo de 2011,

MAT.: Informa.

02 AGO. 2011

DE : SUBFISCAL NACIONAL ECONÓMICO
A : SR. RAMÓN BAHAMONDE CEA
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE PUERTO VARAS
SAN FRANCISCO N° 413
PUERTO VARAS

Con fecha 26 de mayo de 2011, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas, Bases Técnicas y Anexos para la licitación pública de la concesión del "Servicio de Manejo Integral de Recolección de Residuos Sólidos Domiciliarios", 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 Generales 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. Sobre el particular, se solicita tener en especial consideración lo dispuesto en el Resuelvo 3° de las 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”.

3. 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, etc.
4. A este respecto debe tenerse presente que las Bases de Licitación deben establecer plazos prudentes entre cada etapa del proceso, en particular entre la suscripción del contrato y el inicio de operaciones, cautelando que éstos no se constituyan en barreras a la entrada para potenciales participantes.
5. Confirma lo anterior la Sentencia N° 77, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el 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”.*

II. DURACION DEL CONTRATO

6. Las Bases Administrativas se refieren en su numeral 15.1, al plazo de contrato, señalando: *“El contrato entre el concesionario y la I. Municipalidad de Puerto Varas vence una vez cumplido los 6 (seis) años contados desde la fecha de adjudicación”.* Asimismo, en su artículo 16, se refieren a la

prórroga del mismo, señalando: *"El Municipio previo acuerdo del Honorable Concejo adoptado dentro de los seis meses que precedan al término de la licitación, podrá prorrogar por un periodo igual o inferior al de la licitación misma..."*.

7. Dicho artículo 16 contraría el Resuelvo 1° de las Instrucciones Generales, que señala: *"Las bases de licitaciones de servicios recolección, transporte y disposición de residuos sólidos domiciliarios deberán cautelar la debida transparencia y garantía de libre acceso, estableciendo condiciones generales, uniformes y objetivas"*. Lo anterior, considerando la necesaria certidumbre sobre el objeto licitado que han de tener todos los eventuales. En efecto, mayores niveles de incertidumbre atentan contra la transparencia del proceso y el libre acceso
8. Al respecto, cabe representar a esa Municipalidad que para ajustarse a las Instrucciones Generales, los contratos sólo podrán ser prorrogados por un plazo breve, únicamente en caso de circunstancias especiales de buen servicio, apreciables objetivamente, como en casos de caso fortuito o fuerza mayor y que se encuentren establecidos en las Bases de Licitación.
9. Por lo anterior, se recomienda a esa I. Municipalidad establecer la posibilidad de prórroga del contrato, sólo para casos excepcionales, debidamente establecidos en las Bases de Licitación, y por un período no superior al requerido razonablemente para hacer frente a dichas circunstancias excepcionales.

III. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

10. Las Bases Administrativas, en su numeral 5.3, referido a los documentos que la Oferta Técnica debe contener, exigen en el literal h): *"El oferente deberá presentar además, una oferta adicional sin costo para la Municipalidad"*.
11. Lo anterior se contrapone con el Resuelvo 6° de las Instrucciones Generales, 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”.

12. Más todavía, el ya citado Resuelvo 1° señala la importancia que las Instrucciones Generales le otorgan a no limitar ni crear barreras artificiales de entradas, al establecer 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”* (el destacado es nuestro).
13. En ese sentido, el artículo señalado constituye inequívocamente una imposición que reduce injustificadamente el número de potenciales participantes en la licitación.
14. Por su parte, las Bases Administrativas exigen, para poder participar en la licitación en el numeral 5.3, de la Oferta Técnica, literal c), *“...una descripción general de la empresa participante..., listado de experiencia de la empresa y certificados de proyectos similares ejecutados o en ejecución”*. Por su parte el literal d), exige a su vez: *“Experiencia en trabajos similares durante el plazo de los últimos 12 años”*.
15. Sobre el particular, cabe tener presente lo resuelto por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que 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”*.
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, 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.

17. Lo anterior, de acuerdo al Resuelvo 6° de las Instrucciones Generales, 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

18. El numeral 5.9, de las Bases Administrativas, en su párrafo final, señala: “La Municipalidad se reserva el derecho de aceptar la propuesta que estime más conveniente aún cuando no sea la más baja desde el punto de vista económico, en razón a una evaluación de carácter objetivo con base y consideración a rangos de realidad y aplicación local para el funcionamiento o operatividad del servicio”. El literal a) del mismo numeral agrega: “Recibida por el Alcalde la evaluación de la Comisión Técnica, él decidirá la adjudicación a la Empresa que considera más conveniente a los intereses municipales”.
19. Más aun, el referido literal en su párrafo final, establece: “El Alcalde podrá aceptar cualquier oferta o rechazarlas todas sin indicar la causal y/o no adjudicar la propuesta. Tal eventualidad no dará lugar a indemnización alguna en beneficio de los oferentes, entendiéndose que éstos renuncian a las acciones que pudiesen promover, por el sólo hecho de haber presentado sus ofertas en tiempo y forma. La decisión de la Municipalidad respecto de la calificación de las ofertas es privativa, discrecional y definitiva”.
20. Las disposiciones señaladas en los numerales anteriores contravienen la Resolución N° 13/2006 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que 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*¹.

21. 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 de Licitación para la adjudicación de la propuesta, adjudicando la licitación a cualquier oferente válido, vulnerando así el mencionado resuelvo 7° de las Instrucciones Generales, el cual dispone, además, que: *“Las Bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación”*.
22. 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.”***
23. En todo caso, debe tenerse presente que, tal como señala el Resuelvo N° 7 de las Instrucciones Generales *“en la medida que ello no signifique una*

¹ 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.

arbitrariedad, es lícito que las municipalidades (...) declaren desierta una licitación en aquellos casos en que ninguna de las propuestas se ajuste a sus necesidades". En tal sentido, el artículo 9 de la ley 19.886, ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, establece que: "(el órgano contratante) declarará desierta una licitación cuando no se presenten ofertas, o bien, cuando éstas no resulten convenientes a sus intereses". Sin perjuicio de lo anterior, en tal caso conforme lo establece el Resuelvo 7 de las Instrucciones Generales, "las municipalidades estarán obligadas a iniciar una nueva (licitación), ajustando las bases de la misma a las necesidades identificadas en el proceso declarado desierto".

24. Adicionalmente, la decisión que declare desierto el proceso, si bien puede ser sin expresión de causa, debe estar debidamente fundada, tal como lo exige el artículo 9 de la citada ley 19.886. De esta manera, tal como lo ha señalado el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia con ocasión de la sentencia N° 92/2009, *"se limita ex ante el ejercicio arbitrario de las facultades discrecionales del Alcalde y, en ese sentido, se genera suficiente certeza jurídica a los posibles interesados de participar en la licitación como para que no tenga por efecto restringir las condiciones de competencia en ese proceso de adjudicación"*.

V. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

25. El numeral 5.9, de las Bases Administrativas, en su letra a), señala: *"El Alcalde podrá aceptar cualquier oferta o rechazarlas todas sin indicar la causal y/o no adjudicar la propuesta. Tal eventualidad no dará lugar a indemnización alguna en beneficio de los oferentes, entendiéndose que éstos renuncian a las acciones que pudiesen promover, por el sólo hecho de haber presentado sus ofertas en tiempo y forma. La decisión de la Municipalidad respecto de la calificación de las ofertas es privativa, discrecional y definitiva"*.
26. 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 las bases de licitación cláusulas o disposiciones sobre renuncia anticipada de acciones ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia..."*.

27. Adicionalmente, la citada renuncia podría desincentivar la participación de oferentes en estos procesos, y vulnerar normas de orden público, tal como lo establecen las Instrucciones Generales, que en su Considerando 4° señalan: *"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..."*.
28. De esta manera, las instancias internas de apelación contempladas en las Bases Administrativas, o la ausencia de ellas, no puede afectar el derecho a la jurisdicción que tienen los oferentes, ni los recursos especiales establecidos en la ley N° 19.886, ley de bases de contratos administrativos, en la ley N° 18.695, ley orgánica de municipalidades, así como otros que corresponda.

VI. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

29. Las Bases Administrativas, en su numeral 18, se refieren a las "Modificaciones a las Bases", señalando: *"La I. Municipalidad de Puerto Varas podrá 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, hasta antes del vencimiento del plazo para presentar ofertas"*.
30. Al respecto, esta Fiscalía considera que la posibilidad de convenir modificaciones al contrato no amparadas en circunstancias objetivas y verificables, debidamente establecidas en las Bases de Licitación, se contrapone derechamente con el principio de inmutabilidad de las mismas.

En virtud de éste, 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 de Licitación, sin que se lesionen los principios de debida transparencia y garantía de libre acceso, garantidos por el Resuelvo N° 1 de las Instrucciones Generales.

31. En consideración a lo anterior, se hace presente que se pueden hacer las aclaraciones que sean necesarias o exigir antecedentes adicionales, siempre y cuando no se alteren o modifiquen las Bases de Licitación.

VII. PAUTA DE EVALUACIÓN

32. La pauta de evaluación contemplada en el numeral 5.5 de las Bases Administrativas, establece una ponderación de un 40% para la propuesta económica.
33. Sobre el particular, cabe considerar que al no contemplarse el precio ofrecido como principal criterio de adjudicación, se vulnera lo establecido en el Resuelvo 4° de las Instrucciones Generales, el cual dispone que: *“las Bases de licitación deberán fijar un estándar mínimo de calidad exigible a todas las propuestas y establecer como criterio principal de adjudicación el precio ofrecido, sujeto a este estándar mínimo de calidad. En caso que para la asignación final de la licitación se utilicen parámetros distintos al precio, ellos deberían justificarse fundadamente”*².
34. De esta manera, las Bases de Licitación remitidas a esta Fiscalía deben establecer como criterio principal de adjudicación el precio ofrecido por las oferentes. En el evento que la I. Municipalidad decida ponderar elementos distintos del precio, deberá justificar la inclusión de estos criterios en la evaluación de las propuestas, más allá de la descripción o definición de cada uno de ellos, así como también debe indicar en forma clara la manera

² Al respecto, cabe tener presente lo señalado por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en la Sentencia N° 92/2009, en su considerando trigésimo segundo 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”*.

que cada uno de estos criterios será evaluado, de manera de cautelar la *"debida transparencia y garantía de libre acceso, estableciendo condiciones generales, uniformes y objetivas"*, tal como agrega el Resuelto 1° de las Instrucciones Generales.

VIII. SERVICIOS LICITADOS

35. Las Bases de Licitación presentadas a esta Fiscalía dan cuenta de la licitación de dos servicios: la recolección de residuos domiciliarios y el barrido de calles³.
36. Al respecto, debe tenerse presente que conforme al Considerando Séptimo de las Instrucciones Generales *"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"*.
37. Sobre el particular, las Instrucciones Generales 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"*.

³ En efecto, las Bases Administrativas en su numeral 1°, se refieren al "Propósito y alcance de los servicios", señalando que la licitación pública tiene por objeto contratar el Servicio Integral de Manejo de Residuos Sólidos Domiciliarios (RSD), estableciendo que los servicios a licitar se refieren a Recolección, transporte y disposición final de residuos domiciliarios y comerciales (incluye varias localidades); y al barrido de calles en la ciudad de Puerto Varas, localidad de Nueva Braunau y Alerce Norte y su disposición final.

38. De esta manera, a fin de aumentar la competencia en el mercado, esta Fiscalía recomienda a esa Municipalidad, a menos que existan causas justificadas, establecer dos licitaciones distintas que comprendan por una parte los servicios de recolección de residuos domiciliarios, y por otra el aseo de calles y ferias libres y transporte de escombros y ramas.

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 a la señor Alcalde que las Bases de Licitación consultadas sean modificadas conforme a lo observado.

Saluda atentamente a usted,
Por orden del Fiscal Nacional Económico,


JAIME BARAHONA URZÚA
SUBFISCAL NACIONAL ECONÓMICO



Encargado FNE
Ximena Castillo
Fono: 7535604 7535662