

ORD. N° 1472
ANT.: Bases para la concesión de la "Contratación de servicios de recolección y transporte de residuos sólidos domiciliarios, aseo de ferias libres y barrido de calles".
MAT.: Su Ord. N° 41/1567, de 30 de Septiembre de 2011.
Informa.

Santiago, 27 de octubre de 2011

DE : SUBFISCAL NACIONAL

**A : SRA. CLAUDINA NÚÑEZ JIMÉNEZ
ALCALDESA
I. MUNICIPALIDAD DE PEDRO AGUIRRE CERDA
AVDA. SALESIANOS N° 2029
PEDRO AGUIRRE CERDA
REGIÓN METROPOLITANA DE SANTIAGO**

Con fecha 30 de Septiembre de 2011, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas Generales, Especificaciones Técnicas y Anexos para la licitación pública de la concesión "Contratación de servicios de recolección y transporte de residuos sólidos domiciliarios, aseo de ferias libres y barrido de calles" de la Comuna de Pedro Aguirre Cerda, 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, (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. Si bien, las Bases Administrativas hacen referencia a la mayor parte de los principales hitos y sus plazos, señalando como fecha de inicio de los servicios el día 1 de junio de 2012, no se pronuncia acerca de la fecha en que se realizará la adjudicación de los servicios licitados.

2. Por otra parte, el artículo 21 de las Bases Administrativas, señala: "El contratista iniciará el servicio en un plazo no menor a 60 días desde la suscripción del contrato."

3. Las Bases no señalan el plazo en que deberá suscribirse el contrato, por lo que no es posible determinar con precisión el inicio de la fase de implementación del proyecto.

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. 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”.

6. Al respecto, se recomienda a ese municipio establecer 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 Tercero de las Instrucciones.

II. OFERTA DE LOS SERVICIOS

7. Las Bases Administrativas, en su artículo 1° inciso segundo, señalan: “Los proponentes deberán formular su oferta por cada uno de los servicios descritos, toda vez que la presente licitación será de adjudicación indivisible, teniendo presente el tamaño de la comuna, los volúmenes de residuos que se generan actualmente y las economías de escala que se persigue obtener al adjudicar en forma conjunta y, toda vez, que la experiencia de años ha demostrado que dichos servicios pueden realizarse por una sola empresa, manteniendo los estándares de respuesta a la comunidad, fin último, de este servicio.”

8. A su vez, el artículo 7° de las referidas bases, dispone que los servicios a licitar son: “a) Recolección y transporte de residuos sólidos domiciliarios a un relleno sanitario, estación de transferencia u otro destino autorizado por la municipalidad y los órganos del Estado con competencia medioambiental.; b) Aseo de ferias libres, entendido como la recolección de residuos, lavado a presión, transporte y descarga de los residuos recogidos a un relleno sanitario, estación de transferencia u otro destino autorizado por la municipalidad; en este servicio se deben incluir la limpieza de bocacalles y lugares inmediatamente adyacentes; c) Limpieza y barrido de calles, este servicio se contratará en base a kilómetros de calles a barrer.”

9. 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;”.

10. 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 licitaciones separadas que comprendan los servicios de: recolección y transporte; aseo de ferias libres; y limpieza y barrido de calles, o bien permitir en un mismo proceso licitatorio ofertas separadas por cada uno de los servicios que se licitan.

III. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

11. El literal c) del artículo 14 de las Bases Administrativas establece que, dentro de los criterios de evaluación, se evaluará la experiencia del proponente, para lo cual debe adjuntar nómina de los proyectos ejecutados en los últimos cinco años.

12. En lo referente a los criterios y exigencias explicitadas, relativas al ítem "Experiencia", cabe tener especialmente presente lo resuelto por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que en su Sentencia N° 77, de 04 de noviembre de 2008, en cuanto dispuso 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.", pronunciamiento que se encuentra en plena concordancia con lo establecido en el ya citado Resuelvo 6° de las Instrucciones de Carácter General, por lo que a este respecto, procede que el criterio o sub-factor de evaluación en análisis, de subsistir, sea acotado a la experiencia que puedan acreditar 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 técnicamente excluidas de disputar este mercado.

IV. DISCRECIONALIDAD

13. El artículo 34° de las Bases Administrativas, dispone: “La Municipalidad está facultada para calificar los hechos que constituyan incumplimiento grave de las obligaciones del contrato, por parte del contratista. En ese caso, a través de un decreto fundado comunicado al contratista, declarará resuelto el contrato en forma anticipada y sin forma de juicio”.

14. 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”.

15. A juicio de esta Fiscalía, la facultad consignada en el párrafo antes citado está sujeta a un amplio margen de discrecionalidad por parte de la autoridad, que eleva los grados de riesgo e incertidumbre durante la ejecución del contrato que puede disuadir a potenciales oferentes de participar en la presente licitación.

V. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

16. Las Bases Administrativas, en su artículo 17 inciso cuarto, señalan: "Se podrá disponer el aumento de los servicios en los siguientes casos; (...) Por situaciones debidamente calificadas que hagan necesario efectuar una recolección de residuos que exceda a los promedios normales de volúmenes generados por la comunidad en diferentes sectores de la comuna."

17. Si bien, se restringe la posibilidad de efectuar cambios en el contrato durante la ejecución del servicio, el precepto citado no señala qué situaciones objetivas y comprobables se entenderán como "debidamente calificadas", ni el plazo máximo por el cual podrá extenderse tal aumento en la demanda del servicio.

18. Sobre el particular, la posibilidad de efectuar modificaciones a las Bases, se contraponen 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 Resolvo 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.

19. En otro orden, el artículo 37, de las bases Administrativas, se refiere a la subcontratación, señalando: "El Contratista no podrá ceder o transferir el contrato en cuanto a las obligaciones por él contraídas a persona natural o jurídica alguna, pero podrá realizar subcontrataciones parciales para la ejecución de todos o algunos de los servicios...".

20. La facultad conferida al oferente para subcontratar parte de las obras, permitiendo la ejecución del contrato por uno o varios operadores diferentes del adjudicatario original puede dar lugar a una reducción de la competencia efectiva en la fase de la licitación, ya que ciertas empresas que podrían acudir al proceso competitivo como licitadores, optarían por no hacerlo o, por participar en forma menos agresiva, prefiriendo actuar como subcontratistas, con la consiguiente relajación de las condiciones de competencia de la licitación.

VI. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

21. Las Bases Administrativas señalan en su artículo 21°, sobre Ejecución del contrato, que: "Si a esta fecha no se hubiera concretado la implementación completa del servicio por cualquier causa no imputable a la entidad licitante, el Municipio quedará facultado para resolver administrativamente el contrato, sin derecho a indemnización alguna para el contratista".

22. En el mismo orden, el artículo 33° de las referidas Bases, sobre Término del contrato, señala: "Sin perjuicio de las disposiciones legales vigentes, serán causales de término de contrato las que se señalan a continuación, las que no darán derecho a indemnización alguna a favor del Contratista."

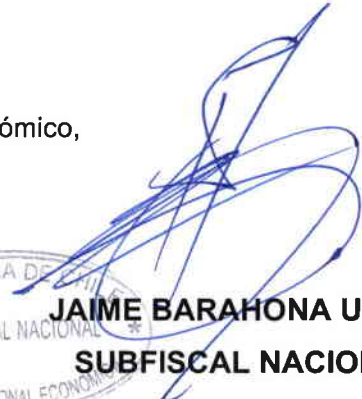
23. En relación a la imposibilidad de los oferentes para reclamar, apelar y exigir indemnizaciones, cabe señalar que, la incorporación de cláusulas que establezcan la renuncia anticipada de acciones legales, jurisdiccionales y/o administrativas, en especial las que son irrenunciables, además de desincentivar 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, se contraviene 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,


JAIME BARAHONA URZÚA
SUBFISCAL NACIONAL

REPUBLICA DE CHILE
* SUBFISCAL NACIONAL *
FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

Abogada FNE
Ximena Castillo
Fono: 7535602 - 604

Agustinas 853, Piso 2
Santiago de Chile
Tel [56 2] 753 5600
Fax [56 2] 753 5607
www.fne.gob.cl