

ORD. N°: 1502 /

ANT.: Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases de Licitación Pública para la propuesta denominada "Licitación para la concesión de servicios de extracción, recolección y transporte de RSDU de Calbuco y Pargua"; Rol N° 1982-11 FNE.

Su Ord. N°360, de 07 de octubre de 2011, recibido el día 12 de octubre de 2011.

MAT.: Informa.

Santiago, 04 NOV. 2011

DE : SUBFISCAL NACIONAL

A : SR. RUBÉN CÁRDENAS GÓMEZ
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE CALBUCO
AV. FEDERICO ERRAZURIZ 210
CALBUCO, REGION DE LOS LAGOS

Con fecha 12 de octubre del año en curso, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas y Especificaciones Técnicas para la licitación pública de la propuesta denominada "Licitación para la concesión de servicios de extracción, recolección y transporte de RSDU de Calbuco y Pargua", 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.

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

I. DEFINICIÓN DE LOS SERVICIOS LICITADOS

1. Aun cuando el proceso licitatorio está caratulado como "*Licitación para la concesión de servicios de extracción, recolección y transporte de RSDU de Calbuco y Pargua*", diversas disposiciones tanto de las Bases Administrativas

como de las Especificaciones Técnicas hacen referencia a la adquisición y mantención de contenedores, conteniendo una regulación detallada sobre la materia.

2. Por otro lado, el artículo 1 inciso 4° de las Especificaciones Técnicas señala que *“El servicio de Recolección de Residuos Sólidos Domiciliarios Urbanos, comprende todas las tareas que deberá realizar el Concesionario de acuerdo a la propuesta presentada, empleando un sistema de CONTENEDORES en los sectores definidos en las presentes Especificaciones Técnicas.”*
3. De lo expuesto se colige que la licitación comprende además de los servicios indicados en el título, el servicio de aprovisionamiento y mantención de contenedores.
4. En consecuencia, y a fin de cumplir con la exigencia establecida en el Resuelvo Segundo de las Instrucciones de Carácter General que establece que en *“los procesos de licitación, deberán definirse en forma explícita los distintos servicios que se liciten.”*, se sugiere aclarar en todo el texto de la propuesta, así como en los títulos de la misma, los servicios que resultan comprendidos.
5. Por otro lado, cabe considerar lo dispuesto por el Considerando Sexto de las citadas Instrucciones generales que dispone: *“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”*.
6. Adicionalmente, el Considerando Séptimo de las referidas Instrucciones dispone que *“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”*.

7. 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 para los servicios de: i) recolección y transporte; y ii) la adquisición y mantención de contenedores. O bien, a fin de permitir en el mismo proceso ofertas separadas por cada uno de los servicios que se licitan, se contengan en las Bases, Especificaciones y Anexos, disposiciones claras que así lo establezcan, junto los respectivos formularios de ofertas separadas.

II. CRONOGRAMA DEL PROCESO

8. El artículo 5 de las Bases Administrativas muestra la programación de la propuesta señalando los distintos hitos del proceso licitatorio. Sin embargo, no se presenta con exactitud la fecha de publicación de la licitación, de cierre para la recepción de ofertas, fechas de los actos de apertura técnica y económica, entre otros, lo que incrementa los niveles de incertidumbre que enfrentan los potenciales oferentes.
9. Particularmente, con respecto a la publicación de la oferta, se aconseja a vuestra I. Municipalidad efectuar la publicación de la licitación atendiendo a las medidas de publicidad consignadas en las Instrucciones Generales, esto es, por medio de su publicación *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.*
10. Ahora bien, en cuanto a los plazos, el Resuelvo 6° de las Instrucciones referidas 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.

11. 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”*.¹

III. DURACIÓN DEL CONTRATO

12. Las Bases Administrativas establecen en su artículo 6 que *“La Duración de los servicios concesionados será de **siete (07) años**”*. Igual disposición se reitera en el artículo 23 de las Bases.
13. El plazo indicado no se condice con los plazos comunes en la industria los que, según antecedentes recopilados por esta Fiscalía, no superan los cuatro a cinco años, resultando de esta forma excesivo y rigidizando innecesariamente la disputa por la provisión del servicio. Esta cláusula contraría el Resuelvo 1° de las Instrucciones 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”*.
14. Por otro lado, el citado artículo 23 dispone, además, que *“Por razones de continuidad del Servicio, Fuerza Mayor y en todos aquellos casos que sea estrictamente necesario -circunstancias que serán certificadas por la Unidad Técnica, el referido contrato podrá renovarse hasta por dos años más, todo lo cual será refrendado mediante Decreto debidamente fundado.”*²

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

² Énfasis nuestro.

15. Al respecto, cabe representar a esa Municipalidad que para ajustarse a las Instrucciones, la posibilidad de prorrogar el contrato debe ser por un plazo breve y sólo para el caso de circunstancias especiales que permitan asegurar la continuidad del servicio.

IV. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

16. El artículo 19 de las Bases Administrativas presenta los criterios de evaluación de las ofertas, el que se realizará de acuerdo al siguiente cuadro:

Criterios	Ponderación
Técnico	40%
Económico	60%
Total	100%

17. Concretamente para el caso de los *Contenedores* comprendidos en la *Evaluación Técnica* se valora i) cantidad y capacidad; ii) frecuencia de vaciado y lavado; y iii) diseño, funcionalidad y calidad.
18. Al respecto, esta Fiscalía considera que el margen de interpretación en la valoración del subfactor *diseño, funcionalidad y calidad* resulta indeterminado, toda vez que no se definen en las Bases las características que deben tener los contenedores, fijando una expresión genérica en cuanto a que *se ofrezcan contenedores de buena calidad, diseño y que sean funcionales al servicio licitado*.
19. Sumado a ello, el numeral 4.1 literal a) de las Especificaciones Técnicas dispone para el caso del servicio de recolección: *“El Municipio evaluará el plan más óptimo y satisfactorio presentado por los oferentes para las presentes bases de licitación, considerando entre otras materias: Frecuencia y horario de recolección; Conocimiento y solución de acuerdo a las diferentes características de los sectores dentro de la ciudad de Calbuco y localidad de Pargua; Vínculo del sistema con enfoque al turismo, tránsito vehicular,*

peatonal, etc....”. Respecto de estos últimos criterios, no se señala en qué forma se ponderarán, ni como se incluirán en el puntaje de adjudicación.

20. Aún más, en el Capítulo XVIII de las Bases Administrativas se estatuye que *“Las condiciones y requisitos administrativos de las presentes Bases se consideran condiciones mínimas. Sin embargo, será materia de la Oferta, la presentación y descripción de otro tipo de garantías, productos/servicios y adicionales no mencionados en la propuesta, al igual que otras modalidades tales como descuentos y ofertas especiales respecto de los ítem ofertados por los proponentes, los que serán evaluados favorablemente de ser ventajosa para la municipalidad.”* Sin embargo, no se indica la forma en que serán evaluados los demás aspectos que superan las llamadas *condiciones mínimas*, ni como se incluirán en el puntaje de adjudicación.
21. Por otro lado, y en el evento que esa 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 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 lo dispone el Resuelvo 1° de las Instrucciones Generales.

V. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

22. El artículo 8 relativo a la *Forma en que deben realizar la oferta*, contempla en su numeral 5.- la presentación de *Fotocopia autorizada ante Notario de la patente comercial, referente al rubro de la Licitación, vigente y pagada a la fecha de apertura de la propuesta*. Por otro lado, el numeral 9.- se refiere a *Certificados firmados por los respectivos mandantes que acrediten experiencia del oferente en servicios de la misma naturaleza, señalando institución o*

nombre de la empresa que presta el servicio, nombre de la Obra, monto mensual a cancelar, número de trabajadores, período de ejecución, ...»³

23. 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”*.
24. 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.

VI. DISCRECIONALIDAD

25. El artículo 20 inciso segundo de las Bases Administrativas dispone que: *“Una vez concluido el proceso de evaluación, la Comisión evaluadora presentará al Alcalde un Informe del proceso, recomendando la Adjudicación al Oferente que presente las condiciones más ventajosas para los intereses del municipio ...”⁴*

26. Por otro lado, el artículo 25 de las citadas Bases establece en su inciso tercero, para el caso que el adjudicatario no cumpliera con la entrega de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato en el plazo establecido, que *“Si resulta conveniente a los intereses municipales se le adjudicará la propuesta al proponente que le siga de acuerdo al orden establecido en el acta de análisis o de lo contrario se ordenará otra licitación”⁵*

³ Énfasis nuestro.

⁴ Énfasis agregado.

⁵ Énfasis agregado.

27. Además, el artículo 27 de las Bases referidas señala que: *“El contrato se extinguirá por: letra e) Fuerza mayor o caso fortuito”*. En relación con dicho precepto el artículo 32 inciso segundo dispone que: *“La calificación del caso fortuito o fuerza mayor, será determinada en forma exclusiva por la Municipalidad de Calbuco”*.
28. 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”*.
29. 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”*.
30. 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”.

31. En definitiva, la adjudicación de la licitación debe realizarse a aquel oferente que obtenga el mayor puntaje 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 N° 19.886 sobre Bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, en concordancia con los artículos 37 y 41 de su Reglamento.
32. Respecto a la eventualidad que se declarase desierta la licitación, el Resuelvo 7° mencionado es preciso 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”.*

VII. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

33. El artículo 28 de las Bases Administrativas, dispone: *“Vencido el plazo del contrato, el Contratista dejará de prestar el servicio, no teniendo derecho a indemnización alguna”.* Dicha disposición es reiterada en el inciso final del artículo 29.
34. Por su parte, el inciso segundo del Capítulo XVIII titulado Otras Consideraciones Generales dispone que *“El Municipio se reserva el derecho de solicitar mayores antecedentes si así lo estimara conveniente, además de rechazar la Oferta, sin lugar a indemnización alguna, a aquellos Proponentes que no acompañen los documentos, antecedentes o anexos indicados en las presentes Bases.”*
35. Además, el Anexo N° 2 Declaración Jurada N° 1 indica que el oferente declara bajo juramento: *3. Que conforme establecen las Bases Administrativas y*

Técnicas de la presente Propuesta Pública, acepto la decisión de la Municipalidad de Calbuco en cuanto a la adjudicación, si se produjere del servicio materia de las presentes Bases.

36. 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 (...)”*.

VIII. INMUTABILIDAD DE LAS CONDICIONES

37. El artículo 10 inciso segundo de las Bases Administrativas dispone que *“La Municipalidad, de oficio o en respuesta a una consulta o solicitud de aclaración planteada por algún Proponente, podrá enmendar, rectificar o adicionar las Bases de Licitación mediante aclaraciones.”*⁶
38. Por otro lado, el inciso cuarto del artículo 13 de las citadas Bases establece que *“En el evento que se postergare la fecha de apertura de la propuesta los proponentes deberán prorrogar la vigencia de esta garantía, de manera de dar cumplimiento al plazo de vigencia señalado precedentemente.”*⁷
39. Aún más, el artículo 39 de las Bases Administrativas señala que *“El contratista deberá ejecutar los servicios de acuerdo y conforme a lo estipulado en las Bases Técnicas, con las modificaciones que se acuerden entre las partes.”*⁸

⁶ Énfasis nuestro.

⁷ Énfasis nuestro.

⁸ Énfasis nuestro.

40. Sobre el particular, conviene señalar que la posibilidad de efectuar modificaciones a las Bases se contrapone con la inmutabilidad de las mismas cuyo contenido esencial, 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 Resuelvo 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.

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

Abogado FNE
Andrea Avendaño B.
Fono: 7535604 7535602