

ORD. N°: 1559 /

ANT.: Consulta de esa I. Municipalidad sobre bases de licitación para la propuesta pública denominada "Concesión servicio extracción de basura domiciliaria y traslado combustible para la operación de grupos electrógenos poblados de la comuna de Huara - 2011". Rol N° 2000-11 FNE.

Su Ord. N°0352/2011, de 21 de octubre de 2011, recibido el día 7 de noviembre de 2011.

MAT.: Informa.

Santiago, 19 9 NOV. 2011

DE : SUBFISCAL NACIONAL

A : SR. CARLOS SILVA RIQUELME
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE HUARA
VICUÑA MACKENNA S/N
HUARA
PROVINCIA DEL TAMARUGAL, I REGION

Con fecha 7 de noviembre de 2011, se han recibido en esta Fiscalía las Bases de licitación para la propuesta pública denominada "Concesión servicio extracción de basura domiciliaria y traslado combustible para la operación de grupos electrógenos poblados de la comuna de Huara - 2011", 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.

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

I. DEFINICIÓN DE LOS SERVICIOS LICITADOS

1. El proceso licitatorio se encuentra caratulado “Concesión servicio extracción de basura domiciliaria y traslado combustible para la operación de grupos electrógenos poblados de la comuna de Huará – 2011”.
2. A esta Fiscalía corresponde únicamente la revisión y pronunciamiento respecto a las bases de licitaciones públicas a que se refieren las Instrucciones de Carácter General N° 1/2006, esto es, aquellas que dicen relación con los servicios de recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios, particularmente los que suelen licitarse por parte de las Municipalidades en relación con estos servicios, señalados en el Considerando Quinto del citado instructivo, entre las cuales no se encuentra el traslado de combustible.
3. En razón de lo expuesto, el presente informe se circunscribe únicamente al servicio denominado extracción de basura domiciliaria.

II. CRONOGRAMA DEL PROCESO

4. No se incorpora a las Bases un Cronograma que contemple todas las etapas relevantes del proceso, tales como: fecha de publicación del llamado a licitación, de presentación de las ofertas, de adjudicación, de suscripción del contrato, de inicio de los servicios, etc., por lo que surge la necesidad de agregarlo.
5. Al respecto, corresponde tener presente que el Resuelvo 6° de las Instrucciones precitadas establece 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”*. En consecuencia, se deben establecer en las Bases plazos prudentes entre cada etapa del proceso, en particular entre la suscripción del contrato e inicio de las operaciones, cautelando que los mismos no se constituyan en barreras a la entrada para potenciales oferentes.

6. Confirma lo anterior la Sentencia N° 77, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 4 de noviembre de 2008, 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 las prestaciones a las que se obliguen, respectivamente”*.¹

7. Por otro lado, es preciso recordar que las Instrucciones generales disponen en su Resuelvo 3° que *“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 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 deben estar disponibles para los interesados.”*

8. Finalmente en relación a este aspecto, cabe señalar que el Resuelvo 9° de las Instrucciones N° 1/2006 estatuye: *“Las bases de las licitaciones públicas a que se refieren estas instrucciones, deberán ser remitidas a la Fiscalía Nacional Económica, a lo menos con 15 días corridos de anticipación a la fecha en que se publique el llamado respectivo.”*

III. DURACIÓN DEL CONTRATO

9. El numeral 1.14 en su párrafo final señala *“El contrato tendrá una duración de seis años, contado desde la fecha de suscripción de contrato de servicios, y/o la firma del acta de inicio del programa, sin perjuicio de los señalado en los en las Términos Técnicos de Referencia que se adjuntan como anexo en el portal, en lo que diga relación a la revisión por parte de la Municipalidad de Huara de las obligaciones propias del contrato.”*

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

10. 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. Así, la cláusula referida 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”*.

11. Sin perjuicio de ello, el plazo de duración del contrato debe ser concordante en las Bases y en los Términos Técnicos de Referencia. Ello al parecer no se cumple al tenor de lo dispuesto en el punto II de los Términos Técnicos que señala *“... el período desde el presente año hasta el año 2015”*.

IV. CRITERIOS DE EVALUACION

12. Se establecen como criterios de evaluación para la valoración de las propuestas: i) el precio, con un 55% de ponderación; y ii) la calidad técnica de los bienes o servicios, con un 45%. Este último criterio se subdivide en:

	Calidad Técnica	Ponderación (%)
	Programación del retiro de basura domiciliaria	25
	Dotación de vehículos	60
	Propuesta de indicadores de desempeño	10
	Capacidad económica del oferente	5

13. Respecto al indicador Propuesta de indicadores de desempeño, existe una discordancia entre el porcentaje asignado en la tabla que es de un 10% y aquel asignado bajo el título *Pt3: Propuesta indicadores*, donde dice *factor 20%*.

14. Por otro lado, esta Fiscalía considera que la valoración del subfactor *Capacidad económica del oferente*, en que se asigna el puntaje en relación al valor de la oferta, resulta indeterminada toda vez que no se definen los aspectos concretos que se considerarán para su aplicación, tales como podrían ser, a título de ejemplo, el patrimonio del oferente, los flujos de ingresos de un año determinado u otros, lo que se sugiere complementar.

15. Por último, en relación al Comité de Evaluación, el que será encargado de la ponderación de las propuestas, el Resuelvo 5° de las Instrucciones de Carácter General dispone que *“Las bases de todo proceso de licitación deberán precisar cómo se integrará la comisión evaluadora ...”*, lo que en el caso no ocurre.

V. DISCRECIONALIDAD

16. El literal d) del punto 1.9.1 de las Bases Administrativas incluye entre los *Antecedentes Identificatorios*: *“d) Declaración jurada ante Notario en la que el oferente declara conocer las Bases de la propuesta y acepta que la resolución de la Municipalidad es privativa y discrecional. (Formato N° 2)”*.²

17. Por otro lado, el numeral 1.13 de las citadas Bases dispone en su párrafo segundo que *“La Ilustre Municipalidad de Huara se reserva el derecho de adjudicar cualquiera de las ofertas, o de rechazar algunas o todas las propuestas sin fundamentar su decisión que no sea otra de no convenir a los intereses municipales, la que será comunicado mediante Decreto Alcaldicio que se dictará para tal efecto.”*³

18. A su turno, el párrafo segundo del numeral 1.14 siguiente, establece *“La no suscripción del contrato respectivo, por causa no imputable a la Municipalidad, facultará a esta a dejar sin efecto dictar uno nuevo, adjudicando a otro proponente según lo indicado en el informe del comité técnico respecto a la proposición de*

² Énfasis nuestro.

³ Énfasis nuestro.

adjudicación o rechazar a todos los proponentes, según defina la Alcaldía, si ello resultase conveniente para los intereses municipales."⁴

19. Por otra parte, el numeral 1.15 relativo a la Resolución del contrato contempla como casual en su letra i) *"En general si el contratista no ha dado cumplimiento a las bases de licitación."* No se especifica, sin embargo, que tipo de incumplimientos generarán tal sanción lo que resulta ser relevante toda vez que no todos son de igual gravedad y, por tanto, conducentes a llevar aparejado como sanción la resolución en la medida que se trata de una consecuencia grave.

20. El numeral 1.22 de las Bases indicadas se dispone que *"La Ilustre Municipalidad podrá disponer durante el transcurso del Contrato la disminución de trabajadores contemplados en las presentes Bases si lo estima pertinente y necesarios, ..."*⁵

21. Sumado a lo anterior, el literal A. del numeral 1.15 de las Bases Administrativas dispone que *"La Municipalidad tendrá derecho a ordenar la paralización del servicio cuando así lo aconsejen las necesidades de la Municipalidad. El aviso sobre el particular deberá ser comunicado por escrito al contratista con una anticipación de 30 días."*⁶

22. 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".*

23. Aún más, 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

⁴ Énfasis nuestro.

⁵ Énfasis nuestro.

⁶ Énfasis nuestro.

criterios de evaluación establecidos en las Bases para la adjudicación de la propuesta, otorgando la licitación a cualquier oferente válido. Se vulneraría de esta forma el Resuelvo 7° de las Instrucciones de Carácter General, mediante el cual se dispone que “Las Bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación”.

24. 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”.

25. 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.

VI. INMUTABILIDAD

26. El numeral 1.21 de las Bases Administrativas indica que *“Para la ejecución de los trabajos indicados no se contemplan horas extraordinarias ordenadas directamente por parte del contratista. Las faenas extraordinarias en caso de ser requeridas por la I. M. H. deberán ser coordinadas por el contratista y la Secretaria Comunal de Planificación, cancelándose en factura adicional.”*⁷

27. A su turno, el numeral 1.22 de las Bases indicadas, referido en el punto 20 anterior, dispone, según se anticipó en parte, que *“La Ilustre Municipalidad podrá disponer durante el transcurso del Contrato la disminución de trabajadores contemplados en las presentes Bases si lo estima pertinente y necesarios, para lo cual remitirá solicitud por escrito al Contratista, descontando del monto ofertado el equivalente por el trabajador o trabajadores.”* Continúa señalando en el párrafo siguiente que *“Si fuera necesario contar con mano de obra en una cantidad superior a la establecida en estas Bases, la Municipalidad solicitará al contratista la contratación de mano de obra adicional por el tiempo que dure la necesidad ha solucionar, cancelando al Contratista por cada jornada adicional. Dichas cantidades serán canceladas al ser facturadas a fin de mes.”*

28. 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.

29. 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.

⁷ Énfasis nuestro.

VII. RENUNCIA DE ACCIONES

30. El numeral 1.13 de las Bases Administrativas, párrafo 5°, dispone que *“Los oferentes al tomar conocimiento de estas bases y presentar su oferta, aceptan todo el contenido de las mismas y se obligan a abstenerse de emprender acciones legales contra el Municipio.”*

31. A su vez, en el punto II de los Términos Técnicos de Referencia se dispone que *“... Al término de seis meses, contado desde la suscripción del contrato, el mandante se reservará el derecho de revisar el cumplimiento de las obligaciones que emanen del referido contrato, en cuya virtud podrá resolverlo en forma unilateral, sin derecho a indemnización alguna, en caso que el adjudicatario se encuentre en incumplimiento del mismo, previo informe de la Unidad Técnica respectiva, todo lo cual deberá ser informado al concejo municipal.”*

32. 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. OTRAS OBSERVACIONES

33. El numeral 1.9 y 1.11 de las Bases Administrativas contienen espacios en blanco lo que es necesario completar a fin de asegurar una adecuada información a potenciales oferentes.

34. Por otro lado el numeral 1.16 de las citadas Bases dispone que *“Determinado el día de iniciación del Programa, la Secretaría Comunal de*

Planificación de la I. M. H. hará entrega de la misma mediante un Acta de entrega de inicio del Programa, debiendo el contratista iniciar los servicios inmediatamente a contar de este trámite, fecha señalada en el punto 1.14 Contrato.” Sin embargo, el punto 1.14 referido no contempla la fecha aludida lo que se sugiere adecuar.

35. El Formato N° 4 denominado Carta Oferta Económica de la Propuesta dispone en su texto que *“El tiempo de ejecución de la Obra a contar de la entrega del terreno, el oferente se obliga a cumplirla en un plazo de _____ días corridos”*. Dicha disposición parece no ser concordante con el servicio que se licita.

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,


REPUBLICA DE CHILE
* SUBFISCAL NACIONAL
FISCALIA NACIONAL ECONOMICA
JAIME BARAHONA URZÚA
SUBFISCAL NACIONAL

Abogado FNE:
Andrea Avendaño B.
Fono: 7535604