

ORD. N° 1578
ANT.: Bases para la concesión
"Limpieza de Calles
Destinadas al
Funcionamiento de las
Ferias Libres de la
Comuna de Santiago". Rol
1994-11 FNE.

Su Ord. N° 2138, de 3 de
noviembre de 2011.
MAT.: Informa.

Santiago, 16 de noviembre de 2011

DE : SUBFISCAL NACIONAL

**A : SR. PABLO ZALAUETT SAID
ALCALDE
I. MUNICIPALIDAD DE SANTIAGO
PLAZA DE ARMAS S/N
SANTIAGO
REGIÓN METROPOLITANA DE SANTIAGO**

Con fecha 4 de noviembre de 2011, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Generales, Especificaciones Técnicas y Anexos para la licitación pública de la concesión "Limpieza de Calles Destinadas al Funcionamiento de las Ferias Libres de la Comuna de Santiago", 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 bases remitidas en consulta.

I. DEFINICION DE SERVICIOS

1. Según el artículo 3 de las Bases Generales, el llamado a licitación tiene como objeto: "...contratar el servicio de "Limpieza de Calles Destinadas al Funcionamiento de Ferias Libres, Dependientes de la Comuna de Santiago", el que tendrá por objeto ejecutar la limpieza integral, de las calles en donde se instalan y funcionan las Ferias Libres de la Comuna."

2. A su vez, el artículo 5 de las Especificaciones Técnicas, sobre las tareas a ejecutar, dispone: "El trabajo a efectuar en las Ferias Libres consistirá en barrer, asear, acumular y retirar todos los desechos dejados por los comerciantes, usuarios y vecinos del sector destinado a la Feria Libre. El mismo precepto, luego agrega "Terminado el servicio de limpieza y recolección, se deberá proceder al lavado de cada área destinada diariamente al funcionamiento de las Ferias Libres."

3. De los artículos antes citados se concluye que la propuesta tiene un contenido más amplio del que implica su denominación, pues no sólo se licita el servicio de limpieza de calles destinadas al funcionamiento de ferias libres, sino también el servicio de recolección de residuos generados en el área objeto de la licitación.

4. Al respecto, resulta de suma importancia para la debida inteligencia de las bases que la totalidad de sus partes y disposiciones guarden coherencia entre si, por lo que se recomienda incluir en el título de la propuesta y definición de la naturaleza de la licitación, todos los servicios que la comprenden. De forma de no vulnerar lo dispuesto en el Resuelvo 2° de las Instrucciones que señala: "En los procesos de licitación, deberán definirse en forma explícita los distintos servicios que se liciten."

II. CRONOGRAMA

5. El artículo 16 de las Bases Generales de Licitación, señala: "Efectuada la evaluación de las Ofertas y emitido el Informe de Evaluación Final y Sugerencia de Adjudicación, dentro de 90 (noventa) días corridos desde la apertura de las ofertas, la Municipalidad dictará la resolución de Adjudicación, la que se notificará al proponente favorecido". A su vez, el artículo 4 de las Bases Generales, dispone el día 19 de enero de 2012 como fecha de apertura de las propuestas.

6. De lo anterior se concluye que el plazo para realizar la adjudicación se extiende hasta el día 17 de abril de 2012.

7. Por otra parte, el artículo 3 de las referidas Bases, señala el día 01 de mayo de 2012 como fecha de inicio de los servicios licitados.

8. Las Bases contemplan un plazo de 14 días entre la adjudicación y puesta en marcha del servicio.

9. La exigüidad del plazo referido podría significar que potenciales oferentes se inhiban de participar del proceso, en virtud de la imposibilidad de disponer en breve tiempo de todo el equipamiento requerido para iniciar el servicio, tendiendo a establecer ventajas competitivas artificiales que podrían favorecer a aquellas empresas que eventualmente lo estén prestando.

10. Al respecto, se recomienda a vuestro 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.

11. Reafirma 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”.

III. DISCRECIONALIDAD

12. El artículo 21, inciso segundo de las Bases Generales, señala: “Queda establecido que la I. Municipalidad de Santiago, cautelando su patrimonio y procurando la conveniencia de sus intereses Municipales que son los mismos que los de la propia comunidad, se reserva el más amplio derecho de adjudicar, conforme lo estime y según proceda a cualquiera de las ofertas propuesta válidamente, aunque no sea la más baja...”.

13. A juicio de esta Fiscalía, la disposición señalada podría facultar a vuestra Municipalidad 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 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”.

14. Por otra parte, el artículo 32 de las referidas Bases, dispone: “La Municipalidad podrá poner término anticipado y unilateralmente al o los contratos de pleno derecho y sin derecho a indemnización de ninguna especie, cuando el contratista incurra en algunas de las siguientes causales, sin que la enumeración sea limitativa: letra a) Aplicación reiterada y consecutiva de multas.”

15. El citado artículo contiene un alto grado de discrecionalidad en su interpretación; dado a que no señala qué tipo de multas se refiere, ni cuantas serán suficientes para configurar dicha causal. Por otra parte, al señalar que la enumeración de causales no es “limitativa” deja un amplio margen para que, en la práctica, la Municipalidad pueda poner término anticipado al contrato ante cualquier incumplimiento sin tener que justificar su actuar o calificar el hecho que configure la causal.

16. 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”.

17. A mayor abundamiento, en relación a la discrecionalidad, la citada Sentencia N° 77/2008 del mismo H. Tribunal, confirmada por Sentencia de la Excma. 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”.

IV. COMISIÓN EVALUADORA

18. El artículo 12 de las Bases Generales, dispone: “La Comisión Evaluadora, estará compuesta por un miembro de la Secretaria Comunal de Planificación, otro del Área de Administración y Finanzas y otro de la Unidad Generadora. También podrán ser invitados otros organismos técnicos invitados si las Bases Especiales y/o Técnicas de la licitación así lo consideran necesario.”

19. Las Bases no señalan la forma en que se integrará definitivamente la Comisión Evaluadora, con lo cual se vulnera el texto expreso del Resuelvo 5° de las Instrucciones de carácter general, que señala: “Las bases de todo proceso de licitación deberán precisar cómo se integrará la comisión evaluadora y establecer las pautas que se utilizarán para la calificación de los oferentes y sus propuestas”.

V. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

20. El artículo 31 de las Bases Generales, disponen: “La Municipalidad podrá disponer la ampliación del contrato hasta un 30% más del valor total del contrato, al momento de la adjudicación, así mismo podrá disminuir el contrato por el mismo porcentaje señalado precedentemente”.

21. El citado artículo faculta al Municipio para introducir modificaciones en el contrato durante la ejecución de los servicios, cuestión que puede afectar a la competencia, disuadiendo a posibles competidores de participar en la licitación, toda vez que aumenta el grado de incertidumbre del negocio, al no describir bajo qué supuestos operará el aumento o disminución de los servicios.

22. Se hace presente, que 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 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 y verificables previamente establecidos en las Bases, tales como incremento en el número de viviendas o en el número, extensión de calles y circunstancias calificadas como de emergencia o catástrofe

por la autoridad competente.

VI. PUBLICIDAD

23. El artículo 4 sobre el llamado a licitación, de las Bases Generales indica como único medio de publicidad de la propuesta el sitio www.mercadopublico.cl.

24. En miras de garantizar la debida publicidad de las licitaciones, la transparencia y el libre acceso, es que las Instrucciones establecen en su Resuelvo N°3 que: "Las municipalidades deberán publicar el llamado 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 deberán estar disponibles para los interesados."

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


Abogada FNE
Ximena Castillo
Fono: 7535602 - 604