

ORD. N° 1693
ANT.: Consulta bases licitación
concesión servicio de
recolección y transporte de
RSD y otros, Comuna de
Mostazal. Rol N° 1984-11
FNE. Ord. N°449, de 10 de
octubre de 2011. Ord. N°
1532 FNE de 9 de
noviembre. Ord. N° 527
recibido el 30 de
noviembre de 2011.
MAT.: Informa.

Santiago, 02 de diciembre de 2011

DE : SUBFISCAL NACIONAL

**A : SR. SERGIO MEDEL COSTA
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE MOSTAZAL
PLAZA DE ARMAS S/N
MOSTAZAL
REGIÓN DEL LIBERTADOR B. O'HIGGINS**

Con fecha 30 de noviembre de 2011, se han recibido en esta Fiscalía las nuevas bases de licitación para la propuesta pública denominada "Concesión del Servicio de Recolección y transporte de residuos sólidos domiciliarios, limpieza de calles y veredas y aseo de ferias libres en la Comuna de Mostazal", 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. Si bien se incluyó expresamente en el cuerpo de la licitación la provisión de contenedores para uso domiciliario, concretamente en el Capítulo I bajo el título Antecedentes Generales / Descripción del Servicio a concesionar, incorporándose además en el Formato N° 4 "Oferta Económica" un literal que expresamente contiene el "Presupuesto detallado provisión de contenedores para los hogares de la comuna", se eliminó dicho ítem del numeral 3. de las Bases Técnicas relativo a la Descripción del trabajo. Por otro lado, no se incluyó en el título de la propuesta denominada "Concesión del Servicio de Recolección y transporte de residuos sólidos domiciliarios, limpieza de calles y veredas y aseo de ferias libres en la Comuna de Mostazal".

2. En consecuencia, y a fin de cumplir con la exigencia establecida en el Resuelvo 2° 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", resulta

necesario aclarar tanto en el título de la propuesta como las partes pertinentes del cuerpo de las Bases, Especificaciones, Formularios y Anexos, la totalidad de servicios que comprende el proceso licitatorio y a la vez contemplar una definición precisa de los mismos, a fin de proporcionar una adecuada información a potenciales oferentes.

3. En el mismo sentido, en cuanto a la flota requerida, si bien se aclaró en el texto remitido que los camiones solicitados deben ser del año 2012 no se especifica la cantidad exigida. Resulta necesario especificar dicho dato para la totalidad de la flota solicitada.

4. Por otro lado, si bien se ha expresado en el Oficio N° 527 de esta Municipalidad mediante el cual se remitieron las últimas bases a esta Fiscalía, que los servicios podrán adjudicarse total o parcialmente, resulta necesario estipular expresamente en el texto de las bases que los oferentes podrán formular ofertas por separado para los distintos servicios, más allá de la facultad del Municipio para adjudicar parcialmente la propuesta, incorporando disposiciones que así lo permitan junto a sus respectivos formularios.

II. CRONOGRAMA DEL PROCESO

5. Se reitera respecto a la publicación de las Bases la necesidad de realizar la divulgación del proceso atendiendo a lo establecido en el Resuelvo 3° de 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.

6. Particularmente en cuanto a los plazos, se consigna en el Calendario un término de 16 días entre la adjudicación y el inicio de los servicios, sin embargo no se encuentran adecuadamente definidos los requisitos concretos para el servicio "provisión de contenedores", tan esenciales como la cantidad requerida.

7. Al respecto, se reitera lo dispuesto por el Resuelvo 6° de las Instrucciones sobre la materia el cual 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 (...)", disposición que refuerza la necesidad de consignar plazos prudentes, de manera que no se constituyan en barreras a la entrada para los oferentes.

8. Confirma lo expuesto 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. CRITERIOS DE EVALUACION

9. Se reitera lo señalado en el anterior Informe en cuanto a la forma de evaluación y asignación de puntaje en el caso de la Oferta Técnica, la cual otorga un margen de interpretación demasiado amplio. Concretamente no se determina qué parámetros se utilizarán para evaluar los diferentes subfactores, lo cual incrementa los niveles de incertidumbre que enfrentan los potenciales oferentes y podría eventualmente significar una aplicación discrecional por parte del Municipio.

10. Así, si la I. Municipalidad ha decidido ponderar elementos distintos del precio más allá de la descripción o definición de cada uno de ellos debe indicar en forma clara la manera que estos criterios serán evaluados, de manera de cautelar la "debida transparencia y garantía de libre acceso, estableciendo condiciones generales, uniformes y objetivas", tal como agrega el Resuelvo 1° de las Instrucciones Generales.

11. Por otro lado, en relación al artículo 16 de las Bases Administrativas que dispone en cuanto al criterio experiencia que "Respecto de la experiencia acreditada relevante del rubro que se licita y/o del rubro de transporte, se considerará válida aquella obtenida en los últimos 3 años, ya sea de la empresa, de los socios, gerentes y/o profesionales participantes de la licitación ...", se reitera 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". La adecuación del caso debe comprender además lo dispuesto en el Formato N° 3 sobre el citado criterio.

V. DISCRECIONALIDAD

12. En el párrafo 3° del acápite Antecedentes Generales, Introducción, contenido en el Capítulo I de las Bases Administrativas, se dispone que "Las presentes bases de Licitación, en adelante Las Bases, están orientadas a generar un espacio de competencia entre las distintas empresas interesadas en ofrecer sus servicios a la Municipalidad de Mostazal, para que fruto de ello, el Municipio pueda tomar la mejor opción en beneficio de sus intereses y de la comunidad a la cual sirve."

13. Por otro lado, el artículo 17 de las Bases referidas relativo al Contrato, dispone en su primer párrafo que "Dentro de los cinco días corridos siguientes contados desde la fecha de notificación de la adjudicación, el Adjudicatario deberá suscribir el contrato respectivo, todo bajo, apercibimiento de tenersele por desistido de la adjudicación, haciéndose en este caso efectiva la garantía de la Seriedad de la Oferta, sin derecho a ulterior recurso, pudiendo adjudicarse la Licitación al Oferente que le siga en orden de prelación o efectuar un nuevo llamado, previo Acuerdo de Concejo Municipal."

14. Sobre el particular, se reitera lo establecido por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en su Resolución N° 13/2006, en la cual señaló "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. 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. 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”.

16. A mayor abundamiento, en relación a la discrecionalidad, la 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”.

17. En el mismo sentido resulta necesario definir adecuadamente los requisitos para la provisión de contenedores, indicando las especificaciones, cantidad y demás precisiones exigidas.

VIII. OTRAS OBSERVACIONES

18. Existen discordancias entre las fechas contempladas en el Calendario de la licitación y el cuerpo de las bases, derivadas de las modificaciones realizadas en el primero, como por ejemplo en los artículos 5, 9 y 10, sin perjuicio de otros, lo que es necesario corregir.

19. Por otro lado, se reitera lo señalado en cuanto a que el artículo 36 de las Bases Administrativas letra E.- es poco claro en los términos en que está redactado, lo que se sugiere precisar .

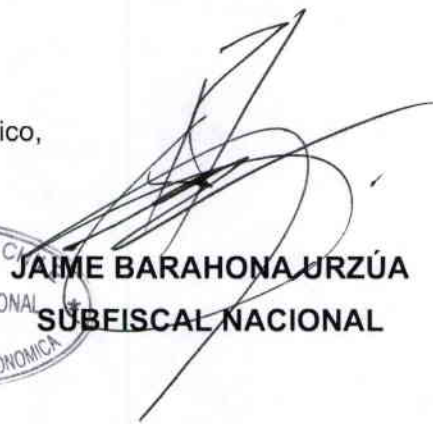
Finalmente, hago presente a ese Municipio que, para futuras licitaciones, de acuerdo al considerando sexagésimo séptimo de la señalada Sentencia N° 77, el H. Tribunal de la Libre Competencia considera “conveniente que en la totalidad de las

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,


JAIMÉ BARAHONA URZÚA
SUBFISCAL NACIONAL

REPUBLICA DE CHILE
* SUBFISCAL NACIONAL *
FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

Abogada FNE
Andrea Avendaño
Fono: 7535602 - 604