

ORD. N° 0394
ANT.: Bases para la "Concesión del Servicio de Recolección de R D, Barridos de Calles, Mantención de Ductos y Disposición Final". Rol 2029-12 FNE.

Su Ord. N° 58/2012 de 13 de diciembre de 2011 y su Ord. N° 133/2012 de 17 de febrero de 2012.
MAT.: Informa.

Santiago, 29 de marzo de 2012

DE : SUBFISCAL NACIONAL (S)
A : SR. JOHAN GUERRA AGÜERO
ALCALDE (S)
I. MUNICIPALIDAD DE MOLINA
YERBAS BUENAS N° 1389
MOLINA
REGIÓN DEL MAULE

Con fecha 21 de febrero de 2012, se ha recibido en esta Fiscalía una nueva versión de las Bases Administrativas, Técnicas y Anexos para la licitación pública "Concesión del Servicio de Recolección de Residuos Domiciliarios, Barridos de Calles, Mantención de Ductos y Disposición Final", 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. SERVICIOS LICITADOS

1. El artículo 1°, numerales 6.1, 8.1, de las bases Administrativas y Número 1 de la Sección N° 1, numeral 4.1 de las Bases Técnicas se refieren a los servicios objeto de la licitación señalando que son: recolección de residuos sólidos domiciliarios, barrido de calles, manutención de ductos y disposición final.

2. Al respecto, las Bases no contemplan la posibilidad de adjudicar los distintos servicios licitados en forma separada.

3. Sobre el particular las "Instrucciones" 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;”.

4. 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 objeto de la licitación o bien permitir en un mismo proceso licitatorio ofertas separadas por cada uno de los servicios que se licitan.

II. DISCRECIONALIDAD

5. El numeral 1.2. inciso segundo de las Bases Administrativas, señala: “La Municipalidad adjudicará la Licitación a la oferta que cumpla de mejor manera con las exigencias estipuladas en las Bases Administrativas Generales, Bases Administrativas Especiales, Especificaciones Técnicas, Anexos y Planos, aún cuando no sea la más baja o las rechazará todas, expresando por causa fundada las razones por las cuales la efectuó”.

6. Respecto a la adjudicación misma, cabe señalar que en concepto de esta Fiscalía, resulta improcedente que el Alcalde pueda, en los hechos, adjudicar una licitación a su arbitrio, prescindiendo incluso de los resultados de la evaluación. Por otra parte, dado el amplio margen de interpretación de la disposición, en la práctica, vuestra I. Municipalidad estaría facultada para desentenderse de los criterios de evaluación establecidos en las Bases respecto a la adjudicación de la propuesta, y adjudicar la licitación a cualquier oferente válido, vulnerando así el mencionado resuelvo 7° de las Instrucciones de Carácter General, el cual dispone, que: “Las Bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación”.

7. El numeral 26.2. de las Bases Administrativas, sobre término anticipado del contrato del contrato, señala como causales: “b. Incumplimiento grave de las obligaciones contraídas por el contratante” y “d. Por exigirlo el interés público o la seguridad nacional”.

8. Las citada disposición no describe en forma clara las circunstancias objetivas y verificables, que configurarían dichas causales y que podrían motivar la resolución del contrato por parte de la autoridad; cuestión que desincentiva la participación de potenciales oferentes al aumentar significativamente el riesgo del negocio para ellos, dada la facultad implícita de poner término al contrato por cualquier incumplimiento y de forma unilateral por parte de la Municipalidad.

9. 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”.

III. DISCRECIONALIDAD

10. El acápite referido a “Cargas, Talleres, Lavaderos y Oficinas” de las Bases Técnicas, establece en el número 1 que “El oferente deberá señalar en la licitación dónde mantendrá su centro de operaciones, reparaciones, lavados, estacionamientos, etc.”, en el párrafo final agrega: “Dichas instalaciones deberán estar ubicadas en la Ciudad de Molina y podrán ser inspeccionadas por la Unidad Técnica en cualquier momento o circunstancia”.

11. La cláusula descrita contraría lo dispuesto en el Resuelvo 6° de las Instrucciones de carácter general N° 1/2006 emitido por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el que dispone 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”.

12. Más aun, el ya citado Resuelvo 1° señala la importancia que las Instrucciones le otorgan a no limitar ni crear barreras artificiales de entradas, al establecer, como se dijo, que “las bases de licitaciones de servicios de recolección, transporte, y disposición de residuos sólidos domiciliarios deberán cautelar la debida transparencia y garantía de libre acceso, estableciendo condiciones generales, uniformes y objetivas”.

13. Sobre el particular, y teniendo en especial consideración la dificultad para encontrar un terreno que permita tales instalaciones, -en consideración a las restricciones del Plan Regulador de la ciudad de Molina, el tiempo necesario para la obtención de los permisos de la autoridad sanitaria y ambiental y que el plazo que media entre la adjudicación y el inicio de los servicios es insuficiente para dichos trámites-, se estima necesario admitir la existencia de una base de operaciones ubicada dentro de la Región del Maule, de modo que no se constituya en una barrera de entrada para eventuales oferentes

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”

IV. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

15. El numeral 3.1. de las Bases Administrativas, define el término “Aclaración a la Licitación”, señalando: “Notificación escrita y formal de agregados, eliminaciones, modificaciones, y/o aclaraciones a las presentes Bases, Especificaciones Técnicas y Anexos por parte de la Municipalidad, a todos los oferentes a través del portal www.mercadopublico.cl”.

16. Sobre el particular, hacemos presente que la posibilidad de efectuar modificaciones a las Bases, se contrapone 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, garantidos por el Resuelvo N° 1 de las Instrucciones de Carácter General.

V. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

17. El Anexo N°2 de la propuesta, denominado “Formato de aceptación de las bases”, señala que el oferente declara: “Renunciar a reclamos e indemnizaciones, en caso de no resultar adjudicado”.

18. 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, contravienen el Resuelvo 8° de las Instrucciones Generales, que 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 (...)”.

VI. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

19. El numeral 13.1.3. de las Bases Administrativas, sobre la Pauta de Evaluación, indica como criterio de valoración de la propuesta la “Calidad de la Oferta Técnica”, señalando que: “Se evaluará la Oferta Técnica considerando lo solicitado en la presente licitación y que se refiere a los equipos de trabajo (camiones), equipamiento (lutocares, barredores, equipos de poda, equipos de limpieza de ductos, entre otros señalados en las Especificaciones Técnicas), que garanticen un buen desempeño de la empresa en el servicio requerido”, asignando puntajes crecientes, de acuerdo al

cumplimiento de los criterios establecidos en las especificaciones técnicas.

20. Si bien, el artículo antes citado hace referencia a los requerimientos técnicos de la propuesta, su interpretación resulta ambigua, pues no explicita los parámetros objetivos y/o cuantificables, conforme a los cuales se evaluará el criterio "Calidad de la Oferta Técnica", como por ejemplo, cantidad de trabajadores, tiempo de ejecución del trabajo por área, planes capacitación laboral, año de fabricación de los equipos, etc.

21. Sobre el particular, cabe tener presente lo señalado por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el Considerando Trigésimo segundo de la Sentencia N° 92/2009, que dispone: "lo relevante es que el principal criterio de asignación de la licitación –no necesariamente el único– sea el precio ofrecido y que en caso que se estimase necesario utilizar otros parámetros distintos del precio, éstos se encuentren debidamente justificados."

VII. COMPOSICIÓN COMISIÓN DE EVALUACIÓN

22. Los numerales 1.2 y 13.1.1. de las Bases Administrativas señalan la composición de la comisión de evaluación. No obstante, ambos numerales son inconsistentes entre ellos.

23. En consecuencia, las Bases no señalan la forma precisa 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".

VIII. PUBLICIDAD

24. Las Bases no señalan los medios de publicidad a través de los cuales se dará a conocer la propuesta.

25. 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."


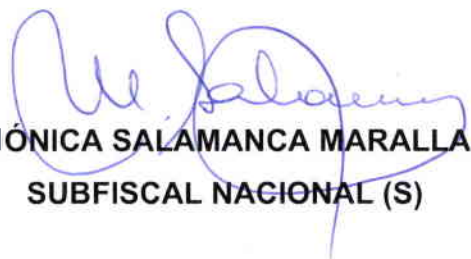
Finalmente, hago presente a ese Municipio que, para futuras licitaciones, de acuerdo al considerando sexagésimo séptimo de la señalada Sentencia N° 77, el H.

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,



MÓNICA SALAMANCA MARALLA
SUBFISCAL NACIONAL (S)

Abogada FNE
Ximena Castillo
Fono: 7535602 - 604