

ORD. N° 0526
ANT.: Consulta sobre Bases de la propuesta pública para la concesión del "Servicio de Limpieza, Barrido de Calles y Recolección Diferenciada de Residuos de Ferias Libres y Persas, La Pintana 2012-2013".
Rol N° 2070-12 FNE.
MAT.: Informa.

Santiago, 19 de abril de 2012

**A : SR. JAIME PAVEZ MORENO
ALCALDE
I. MUNICIPALIDAD DE LA PINTANA
AVDA. SANTA ROSA N° 12.975
LA PINTANA
REGIÓN METROPOLITANA DE SANTIAGO**

DE : SUBFISCAL NACIONAL (S)

Con fecha 22 de marzo de 2012, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas, Generales y Especiales, y Especificaciones Técnicas, para la licitación pública de la concesión del "Servicio de Limpieza, Barrido de Calles y Recolección Diferenciada de Residuos de Ferias Libres y Persas, La Pintana 2012-2013", y el oficio ordinario signado en el Antecedente, con el objeto de establecer si el contenido de tales Bases 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").

En su oficio citado se expresa que esta documentación ha sido trabajada sobre las Bases del "Servicio de Recolección Diferenciada y Transporte de Residuos Sólidos Domiciliarios y Públicos, y Plantel Adicional de 10 Operarios, La Pintana 2011-2015", aprobadas por la Fiscalía Nacional Económica mediante Oficio ORD. N° 1442, de fecha 08.10.2010. Señala que a estas bases se han efectuado modificaciones necesarias para la especificidad del Contrato. Es así como las Bases Generales se mantienen sin modificaciones; en tanto que los cambios introducidos en las Bases Especiales se relacionan con la identificación del servicio, monto, plazo, aumentos y disminuciones del contrato, limitaciones del servicio, entre otros

Efectuado el cotejo de las Bases actualmente en estudio con las anteriormente aprobadas y teniendo presente la normativa y jurisprudencia sobre la materia, si bien se advierte que las nuevas Bases acogen varias de las correcciones formuladas a las Bases del "Servicio de Recolección Diferenciada y Transporte de Residuos Sólidos Domiciliarios y Públicos, y Plantel Adicional de 10 Operarios, La Pintana 2011-2015", a juicio de esta

Fiscalía existen en las Bases consultadas las disconformidades que se informan a continuación:

I. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

1. En la letra a), del artículo 11 de las Bases Administrativas Especiales, referido a los documentos necesarios para participar en la licitación, se detalla en los siguientes términos aquellos que deberá contener el denominado "Apartado Anexos Técnicos", Formato 7 "Experiencia de la empresa. Los oferentes que tengan experiencia en el Servicio de Limpieza, Barrido de Calles y Recolección Diferenciada de Residuos de Ferias Libres y Persas, deberán enumerar los servicios prestados en el sector municipal en los últimos diez años o desde la fecha de constitución de la empresa indicando para cada servicio ejecutado lo siguiente:" En el formato o formulario 7°, titulado "Experiencia específica de la Empresa": el nombre del servicio; la ubicación del Servicio o empresa a la que se prestaron los servicios; la duración del servicio en años; valor mensual del contrato en pesos; cantidad de ferias libres o persas; cantidad de toneladas promedio movilizadas mensualmente. Experiencia que el proponente debe acreditar con certificados expedidos por los mandantes de los respectivos servicios

2. El artículo 44 de las Bases Administrativas Especiales establece la pauta conforme a la cual la comisión evaluadora analizará las propuestas, en que uno de cuyos parámetros o criterios de la oferta técnica es la Experiencia de la Empresa. En el rubro Metodología de Evaluación, refiriéndose a dicha experiencia dispone que se establecerá un ranking comparativo para cada criterio ordenándolas de mayor a menor según el puntaje obtenido, el que dependerá de la mayor o menor cantidad de contratos en el sector municipal. A este respecto, en uno sus párrafos este artículo establece: "Cabe hacer notar que a las empresas que no tengan experiencia no se les considerará puntaje en este Criterio. De tal modo que la comparación se efectuará entre las empresas que hayan acreditado experiencia".

A su vez en una de las columnas del formato o formulario 7° "Experiencia específica de la Empresa", que deben llenar los proponentes, éstos deben señalar la cantidad de Ferias Libre y Persas que en que han prestado sus servicios.

3. Sobre el particular esta Fiscalía hace presente a esa I. Municipalidad, que el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en su Sentencia N° 77, de 4 de noviembre de 2008, dispone 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".

4. De esta forma, se reitera la necesidad de tener por suficiente la experiencia acreditada por los socios o profesionales de las empresas participantes en la licitación y valorarla entre los criterios de evaluación de las ofertas.

5. Lo anterior, de acuerdo con el Resuelvo 6° de las Instrucciones Generales,

que dictamina 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".

6. En atención a lo indicado, se recomienda a esa I. Municipalidad establecer un mínimo de experiencia relevante, a fin de evitar reducir injustificadamente el número de potenciales participantes en la licitación. De esta forma se evita que empresas cuyo personal disponga de experiencia relevante, queden excluidas de disputar este mercado.

7. Por otra parte, en el artículo 3° de las Especificaciones Técnicas, en la definición de "Vehículo Titular de Recolección", se hace mención que "Es aquel vehículo de dedicación exclusiva al servicio en La Pintana y para la comuna, año no inferior a 2008 con caja compactadora 2008 de 15 m³."

8. A su vez, el párrafo primero del artículo 11° de las Especificaciones Técnicas, establece que "Para el servicio de todas las Ferias Libres y Persas de La Pintana, considerando también que la instalación de coleros, se requerirá de 2 camiones recolectores titulares de servicio regular y de 1 camión recolector de reemplazo o apoyo, todos con cajas compactadoras de carguío trasero con capacidad para 16 m³".

9. Al respecto, se hace presente que al exigir una capacidad específica, y no mínima, este requisito puede erigirse en una barrera a la entrada, lo que contraviene el Resuelvo 6° de las Instrucciones Generales, que dictamina "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".

II. DISCRECIONALIDAD

10. En las Bases Administrativas Generales, el numeral 10.4 señala "(...) Se declara[ra]rá desierta una licitación cuando no se presenten ofertas o bien, cuando éstas no resulten convenientes a los intereses municipales."

11. Por su parte, en las Bases Administrativas Especiales, el numeral 29.2 indica "(...) Por tratarse de un servicio que se presta después de una actividad temporal, el contratista deberá solucionar las deficiencias en su totalidad, en un plazo máximo de 24 horas. Sin embargo, el plazo será fijado por la I.T.S. a su exclusivo juicio. (...)"

12. 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, disminuye la competencia ex ante".

13. Más aún, a juicio de esta Fiscalía, el citado numeral 10.4 podría facultar a esa Municipalidad para desentenderse de los criterios de evaluación establecidos en las Bases de Licitación para resolver la propuesta, adjudicando la licitación a cualquier oferente válido, vulnerando el Resuelvo 7° de las Instrucciones Generales, el cual dispone, que: "Las Bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación". En todo caso, debe tenerse presente, tal como señala el Resuelvo en comento, que "en la medida que ello no signifique una arbitrariedad, es lícito que las municipalidades (...) declaren desierta una licitación en aquellos casos en que ninguna de las propuestas se ajuste a sus necesidades...las municipalidades estarán obligadas a iniciar una nueva, ajustando las bases de la misma a las necesidades identificadas en el proceso declarado desierto".

14. A mayor abundamiento, en relación con 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."

15. Adicionalmente, se hace presente que el resuelvo 4° de las Instrucciones Generales dispone que: "en caso que para la asignación final de la licitación se utilicen parámetros distintos del precio, ellos deberán justificarse fundadamente".

III. DURACIÓN DEL CONTRATO

16. Las Bases Administrativas Especiales en el inciso primero del artículo 19 establece que la duración del contrato "... será de 1 (un) año, contado a partir de la fecha de inicio de actividades, prorrogable por un año siempre y cuanto la certificación técnica de los equipos afectos al contrato avale que éstos están en óptimas condiciones de operación, y si ninguna de las partes da oportuno aviso a la otra de su intención de no continuar con el contrato, con una antelación al menos de 120 días a la fecha del término original del contrato."

"Sin perjuicio de lo anterior, antes del término del contrato y por razones de utilidad pública- calificada por el Alcalde y las Unidades Técnicas pertinentes- se podrá

prorrogar el contrato por un período de hasta 12 meses, en las mismas condiciones contractuales pactadas y sin perjuicio de los reajustes que corresponda aplicar. Si en esta oportunidad el contratista se negare a prorrogar el contrato, la Municipalidad hará efectiva las garantías de fiel cumplimiento del contrato.”

17. Cabe representar a esa Municipalidad que la posibilidad de prórroga de estos contratos, debe ajustarse a las Instrucciones Generales establecidas por el Tribunal de Defensa de la Competencia, en particular al Resuelvo primero de éstas, 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”.

18. Por lo tanto la alteración mediante prórrogas de plazos fijos de duración del contrato establecidos en las Bases, sólo pueden referirse a lapsos breves que deben aplicarse únicamente bajo acreditadas circunstancias especiales, y ello con el sólo propósito de asegurar la continuidad del servicio.

19. Si el plazo del contrato es de un año, como se establece en las Bases consultadas, su prórroga únicamente procedería bajo las condiciones y plazo máximo recién señalados. Por lo tanto, son objetables las condiciones de prórroga propuestas en los incisos 1° y 2° del Artículo 19 de las Bases Administrativas Especiales, sobre “Duración del Contrato.”

20. Lo expuesto no obsta para que las Bases se rectifiquen y propongan un prudente nuevo plazo de vigencia del contrato; por ejemplo, cambiando el término de uno a dos años, si ese es el parecer del Municipio.

IV. DISCRECIONALIDAD

21. En las Bases Administrativas Generales, el numeral 10.4 señala “(...) Se declara[ra]rá desierta una licitación cuando no se presenten ofertas o bien, cuando éstas no resulten convenientes a los intereses municipales.”

22. A su vez, en las Bases Administrativas Especiales, el numeral 29.2 indica “(...) Por tratarse de un servicio que se presta después de una actividad temporal, el contratista deberá solucionar las deficiencias en su totalidad, en un plazo máximo de 24 horas. Sin embargo, el plazo será fijado por la I.T.S. a su exclusivo juicio. (...)”

23. Sobre el particular, se reitera que 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”.

24. 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 resuelto 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".

25. 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".

26. Adicionalmente, se hace presente que el resuelto 4° de las Instrucciones Generales dispone que: "en caso que para la asignación final de la licitación se utilicen parámetros distintos del precio, ellos deberán justificarse **fundadamente**".

27. Respecto a la eventualidad que se declarara desierta la licitación, el Resuelto 7°, de las Instrucciones 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".

V. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

28. En el párrafo primero del artículo 27° contenido en las Bases Administrativas Especiales, se menciona que: "La Municipalidad, mediante Decreto Alcaldicio podrá poner término anticipado y unilateralmente al contrato, sin derecho de apelación, por incumplimiento de los servicios contratados (...)"

29. En relación con 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 (...)".

VI INMUTABILIDAD DE LAS BASES

30. Las Bases Administrativas Generales indican en su numeral 20.2, que: "(...) pero podrá realizar subcontrataciones parciales para la ejecución de todos o algunos de los servicios anexos, previa autorización de la Municipalidad."

31. La facultad conferida al oferente para subcontratar parte de las obras, permitiendo la ejecución del contrato por uno o varios operadores diferentes del adjudicatario original puede dar lugar a una reducción de la competencia efectiva en la fase de la licitación, ya que ciertas empresas que podrían acudir al proceso competitivo como licitadores, optarían por no hacerlo o, por participar en forma menos agresiva, prefiriendo actuar como subcontratistas, con la consiguiente relajación de las condiciones de competencia de la licitación.

32. Sobre el particular, se hace 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.

VII. OTROS

33. En las Bases Administrativas Especiales, en el artículo 44° se presenta una tabla con la pauta de evaluación, en la que se señala la ponderación. En esta se establece que, dentro de los criterios de evaluación de la oferta económica, el "Servicio de Recolección diferencia y transporte de residuos sólidos" tendrá asignados 95 puntos, y el "Costo de Kilómetro adicional" 5 puntos.

34. Sin embargo, cuando se detalla la metodología de evaluación se menciona que lo anterior obtendrá una puntuación de 90 puntos y 3 puntos respectivamente, agregando además una nueva categoría correspondiente a "Costo del Plantel Adicional" cuyo puntaje asignado es de 7 puntos.

35. A la vez, el artículo 5° de las mencionadas Especificaciones, menciona que "El programa deberá ser desarrollado por el contratista, y se confeccionará de tal manera que el contratista pueda iniciar las actividades del servicio el día 30 (15), (...)", siendo confuso el texto al incluir el número 15 entre paréntesis.

36. Lo anterior podría incrementar la incertidumbre de los potenciales

oferentes, por lo que se recomienda su revisión y corrección.

37. Por último, hago presente a ese Municipio que esta Fiscalía, 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".

Saluda atentamente a usted,

Por orden del Fiscal Nacional Económico,



MARÍA SOLEDAD KRAUSE
SUBFISCAL NACIONAL (S)

Abogado FNE
Carlos Smith
Fono: 7535602 - 604