

ORD. N° 0597
ANT.: Bases de la propuesta pública para la concesión de los Servicios de Recolección, Transporte y Descarga de Residuos Sólidos Domiciliarios y Públicos que se producen en la Comuna de María Pinto.
Rol N° 2071-12 FNE.
MAT.: Informa.

Santiago, 07 de mayo de 2012

**A : SR. CÉSAR ARAOS AGUIRRE
ALCALDE
I. MUNICIPALIDAD DE MARÍA PINTO
AVENIDA FRANCISCO COSTABAL N° 78
MARÍA PINTO
REGIÓN METROPOLITANA DE SANTIAGO**

DE : SUBFISCAL NACIONAL

Con fecha 26 de marzo de 2011, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas, Bases Técnicas y Anexos para la licitación pública de la concesión de los Servicios de Recolección de Residuos Sólidos Domiciliarios y Públicos para la Comuna de María Pinto, 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 referidas Bases de Licitación:

I. SERVICIOS LICITADOS

1. Si bien las Bases están caratuladas genéricamente como "Licitación Servicio de Recolección de Residuos Tradicional 2012 para la Comuna de María Pinto", en el numeral 1.1 de las Bases Técnicas se explicitan los servicios que forman parte de esta licitación al señalar que corresponden a recolección, transporte y descarga de residuos domiciliarios y residuos públicos que se producen en la comuna.

II. CRONOGRAMA DEL PROCESO

2. En el numeral 3.2 de las Disposiciones Generales de las Bases Administrativas se establece que la publicación del cronograma de la propuesta se realizará en el portal www.mercadopublico.cl.

3. De lo antes expuesto, se concluye que las bases que se hicieron llegar a esta Fiscalía no contemplan, salvo excepciones de menor relevancia, los hitos del proceso licitatorio ni cumplen con las formalidades indicadas en el Resuelvo 3° de las citadas Instrucciones, el cual dispone, entre otros requisitos, que entre la publicación -que debe ser realizada en dos diarios de circulación nacional, o uno de circulación nacional y otro regional-, y el cierre de ofertas debe mediar un plazo no inferior a 60 días.

4. Por otro lado, tampoco señalan las fechas de adjudicación.

5. El numeral 6.2 inciso 1° establece que: “El plazo para la ejecución del servicio es el 1 de abril de 2012 y hasta el 31 de diciembre de 2012”.

6. El mismo numeral 6.2 inciso segundo, establece que el plazo de ejecución del contrato puede ser prorrogado por un año, previa autorización del Mandante.

7. Teniendo en consideración la fecha de ingreso al Servicio de estas Bases para su examen, ocurrido a fines del mes de marzo de 2012 y la falta de cumplimiento a requisitos obligatorios que ellas deben cumplir, la cláusula 6.2 inciso 2° es objetada y la fecha rectificatoria a proponer, tendrá que ajustarse a la normativa e indicaciones indicados en el presente informe.

8. Confirma lo anterior la Sentencia N° 77, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, cuyo 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”.

9. Al respecto, el Resuelvo N° 6 de las Instrucciones Generales dictadas por el Tribunal, para evitar la reducción injustificada del número de potenciales participantes en la licitación respectiva establece: “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 (...)”.

10. 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". 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 circunstancias objetivas acreditadas, y ello con el sólo propósito de asegurar la continuidad del servicio.

11. Atendido lo expuesto, se hace presente a ese Municipio que las Bases deben cumplir las formalidades indicadas en el Resuelvo N°3 de las Instrucciones Generales, incorporando un cronograma detallado que contemple la totalidad de los hitos del proceso, con fechas ciertas que otorguen a los potenciales oferentes completa certeza en relación con el proceso licitatorio facilitando así el libre acceso a la licitación.

III. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

12. El numeral 10 de las Bases Económicas establece los siguientes criterios de evaluación de las ofertas:

Factores

- a) Oferta Económica, ponderada en 45%.
- b) Oferta Técnica, ponderada en 35%.
- c) Experiencia de la empresa, ponderada en 20%.

13. Se hace presente a ese Municipio lo establecido en el Resuelvo 4° de las Instrucciones Generales, el cual dispone que: "las Bases de licitación deberán fijar un estándar mínimo de calidad exigible a todas las propuestas y establecer como criterio principal de adjudicación el precio ofrecido, sujeto a este estándar mínimo de calidad. En caso que para la asignación final de la licitación se utilicen parámetros distintos al precio, ellos deberían justificarse fundadamente".

14. De esta manera, las Bases de Licitación que deben remitirse a esta Fiscalía deben establecer como criterio principal de adjudicación el precio ofrecido por las oferentes, cuya ponderación debe ser mayor que la suma de las ponderaciones asignadas a los otros factores. En el evento que la I. Municipalidad decida ponderar elementos distintos del precio, deberá justificar la inclusión de estos criterios en la evaluación de las propuestas, más allá de la descripción o definición de cada uno de ellos.
[1]

15. En el presente caso la pauta de evaluación económica presenta una serie de errores e inconsistencias que deben ser resueltas:

16. Primero, no queda clara la ponderación de cada variable de licitación, ya que la oferta económica, en la parte A., se pondera con 45%, y luego en la evaluación total se multiplica por 0.1. Además de lo expuesto sobre la preponderancia del factor precio, se debe corregir toda inconsistencia y dejar explícita de manera clara la forma como se pondera cada factor en el puntaje final.

17. Segundo, en la evaluación total de la oferta económica, el factor plazo que se indica no puede ser variable de decisión. El cronograma debe imponer plazos razonables para cada etapa del proceso y todas las empresas que cumplan dichos plazos pueden ganar la licitación.

18. Tercero. Respecto de la variable experiencia cabe tener presente lo resuelto por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que en su Sentencia N° 77, de 4 de noviembre de 2008, 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."

19. Además, basta tener por suficiente la experiencia acreditada por los socios o profesionales de las empresas participantes en la licitación, puesto que de esta manera se evita que empresas cuyo personal disponga de experiencia relevante, queden excluidas de disputar este mercado.

20. Por lo indicado, se recomienda a esa I. Municipalidad establecer previamente un mínimo de experiencia relevante y especificar cuánto puntaje deberá otorgarse según grados de experiencia de quienes participen.

21. En resumidas cuentas, acorde con el Resuelvo 1° de las Instrucciones Generales que exige establecer "condiciones generales, uniformes y objetivas", en este rubro cada variable de licitación debe estar claramente especificada, su ponderación en el puntaje total bien definida, preestablecida la forma de asignar el puntaje a cada variable y el precio ser ponderado con un porcentaje acorde con el hecho de ser la principal variable de licitación.

IV. DISCRECIONALIDAD

22. Sobre este tema corresponde tener presente la Resolución N° 13/2006 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que estableció: "... 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"[2].

23. El punto 3.5 de las bases administrativas dispone que “La comisión evaluadora se reserva el derecho de proponer al Mandante el rechazo de todas o algunas de las ofertas si no las estimare convenientes para los intereses de este”. Tal reserva confiere una capacidad discrecional de rechazo, en circunstancias que todas las causales de rechazo de ofertas deben estar establecidas en las bases. El acápite citado continua señalando: “De no corresponder dicha adjudicación al mayor puntaje obtenido, esta deberá ser debidamente argumentada, de acuerdo a las necesidades del proyecto o al interés público”, lo cual, nuevamente, constituye una facultad discrecional en cuanto a la adjudicación de la licitación. Corresponde en consecuencia que las variables de licitación, sus puntajes y las causales de eliminación de oferentes deben ser establecidas en las bases y que determinada la empresa que obtuvo el mayor puntaje la licitación debe ser asignada a ella. Para el caso de que quien obtenga el primer lugar de la licitación desista de firmar el contrato, las bases deben considerar esta eventualidad y su modo de resolverla, como puede ser asignar la licitación al segundo lugar, en su defecto al tercero, y así sucesivamente, o bien disponer que se llevará a cabo un proceso nuevo.

24. Más aún, a juicio de esta Fiscalía, la cláusula señalada podría facultar a esa Corporación para desentenderse de los criterios de evaluación y adjudicación de la propuesta establecidos en las Bases y otorgar la licitación a cualquier oferente válido, vulnerando así el mencionado resuelvo 7° de las Instrucciones Generales, el cual establece además, que: “Las Bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación.”

25. 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.”

26. En concepto de esta Fiscalía, siempre resultará improcedente que cualquier autoridad pueda, en los hechos, adjudicar una licitación o rechazar ofertas a su arbitrio, prescindiendo de los resultados de la evaluación efectuada conforme a criterios razonables y no discrecionales que deben estar establecidos en las Bases.

27. Otro punto de discrecionalidad se refleja en el numeral 5.4 que exige al

contratista facilitar la ejecución de trabajos que la Unidad Técnica contrate con otras personas o realice directamente. Esta fuente de libre arbitrio también debe eliminarse considerando remuneraciones predefinidas por dichos servicios o un número de horas fijo como tope máximo a tales prestaciones, en caso de no ir asociadas a remuneraciones. Esto, por razón del derecho de los proponentes de saber concretamente y en forma precisa el trabajo que debe realizarse y sus condiciones de desempeño información indispensable para efectuar una propuesta económica adecuada.

28. Respecto de los seguros mencionados en el punto 5.7, se plantea que la Unidad Técnica podrá ordenar asegurar “aquellas obras que a su juicio corran mayor riesgo (...)”. Esto también debe estar predefinido en las bases, especificando claramente cuáles son las obras que deben ser aseguradas.

29. Con relación al numeral 6.3, las bases y consecuentemente el contrato deben especificar las causales de multa y el valor de la multa asociada a cada causal. Además, para las causales de término de contrato, las bases no deben establecer las fuentes de discrecionalidad como las que se aprecian en los puntos 7.1.h), 7.1.k), 7.1.l) y 7.1.n) parte final, de las bases administrativas.

V. COMISION EVALUADORA

30. El inciso 2° del numeral 3.5, de las Bases Administrativas, señala: “El Mandante constituirá una Comisión Evaluadora vía Decreto Alcaldicio, la que tendrá por objeto el estudio de las ofertas según los criterios generales establecidos en estas Bases y las pautas de evaluación que se fijan”.

31. Una cláusula como la señalada contraviene las “Instrucciones Generales” que en su Resuelvo 5° disponen: “Las bases de todo proceso de licitación deberán precisar cómo se integrará la comisión evaluadora”. Por lo tanto, se exige que ellas indiquen, al menos, los cargos o áreas de desempeño de las personas que integrarán la Comisión Evaluadora.

VI. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

32. Las bases ordenan, en el punto 3.3.2 parte b), que los proponentes deben entregar la nómina de profesionales que actuarán en la obra y el respectivo currículum de éstos. Tal exigencia es desmedida ya que obliga a la empresa a saber de antemano quienes serán estos trabajadores; además al exigir el currículum de dichos profesionales, como estos datos sensibles van a ser públicos, proporciona un elemento cuyo conocimiento por los competidores puede perjudicarlo en su actividad económica. Por otra parte la calidad del trabajo a realizar es responsabilidad de la empresa quien puede

acreditar su idoneidad por otros medios.

33. El punto 4.3.i de las bases técnicas exige al contratista reemplazar o reparar en una hora el daño en un equipo. Se recomienda estudiar la posibilidad de extender este plazo levemente o buscar otro tipo de solución a las contingencias.

VII. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

34. En parte del numeral 4.4, de las Bases Administrativas, referido a “Subcontratación”, se establece: “El Contratista sólo podrá subcontratar parte de las obras, siempre que obtenga la autorización de la Unidad Técnica”.

35. La facultad conferida al oferente para subcontratar parte de las obras y permitir uno o varios operadores diferentes del adjudicatario original participar en la ejecución del contrato puede dar lugar a una reducción de la competencia efectiva en la fase de 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 del proceso. Sin embargo, si así lo establecen las bases, podría subcontratarse obras muy menores siempre considerando la naturaleza de los servicios licitados, esto es recolección, transporte y disposición de residuos sólidos y no exceder este ámbito, y a la vez establecer precisas y razonables condiciones de aumento de garantías, si ellas procedieren.

36. 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, resguardados por el Resuelvo N° 1 de las Instrucciones de Carácter General. Salvo casos de ajustes al contrato que respondan a la aplicación de parámetros expresos, objetivos y verificables previamente establecidos en las Bases. En relación con la modificación o ampliación del plazo del contrato, éste sólo procede en caso de prórrogas breves por necesidades de buen servicio, según ya se ha expresado.

37. El punto 4.5 de las mismas bases otorga facultades para aumentar o disminuir las cantidades de toneladas del servicio presupuestado, pero no define reglas previas de procedimiento y condiciones bajo los cuales se adopten tales determinaciones, pues no pueden quedar sujetos como se señala en las bases consultadas, por su grado de discrecionalidad, a la sola voluntad sea del Mandante o de la Unidad Técnica.

VII. OTROS

38. En el punto 3.3 de las bases administrativas se especifica que la oferta económica debe hacerse invariablemente en valores netos, es decir, sin IVA. Sin embargo, en el punto 3.3.3, se explicita que la oferta del anexo N°7 debe realizarse con IVA incluido. Esta inconsistencia impide la comprensión de las bases por parte de los oferentes y por ende debe ser corregida.

39. Por otra parte, en las presentes bases se definen 3 tipos de garantías: garantía de seriedad de la oferta, de fiel cumplimiento del contrato y de correcta ejecución de obras. Sin embargo, sólo se define el valor de la garantía de fiel cumplimiento del contrato. Además de completarse estas omisiones, deben definirse explícitamente las causas que provocan cada una de las garantías que se exigen.

Por último, 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

Abogado FNE
Carlos Smith
Fono: 7535602 - 604

[1] Al respecto, cabe tener presente lo señalado por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en la Sentencia N° 92/2009, en su considerando trigésimo segundo 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".

[2] Resolución N° 13 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de fecha 27 de junio de 2006. Consulta de la DGAC sobre Bases de Licitación de Redes Hidrantes, Rol NC 103-05. Considerando Décimo quinto, página 10.