

ORD. N° 1413
ANT.: Consulta de la
Municipalidad de Renca
sobre Bases
Administrativas y Técnicas
para la Licitación Pública
para el Servicio de Aseo y
Barrido de Calles de la
Comuna y el Servicio de
Barrido y Lavado de Ferias
Libres de la comuna de
Renca. Rol N° 2134-12
FNE.
MAT.: Informa.

Santiago, 11 de octubre de 2012

DE : SUBFISCAL NACIONAL

**A : SRA. VICKY BARAHONA KUNSTMANN
ALCALDESA
I. MUNICIPALIDAD DE RENCA
AV. BLANCO ENCALADA N°1335
RENCA
REGIÓN METROPOLITANA DE SANTIAGO**

Con fecha 31 de agosto de 2012, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas y Técnicas para la Licitación Pública para el Servicio de Aseo y Barrido de Calles de la Comuna y las Bases Administrativas y Técnicas para la Licitación Pública del Servicio de Barrido y Lavado de Ferias Libres de la comuna de Renca, con el objeto de consultar 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 ambas Bases de Licitación ("las bases" o "Bases Administrativas"):

I. CRONOGRAMA DEL PROCESO

1. Sobre el particular, se solicita tener en especial consideración lo dispuesto en el Resuelvo 3° de la Instrucciones Generales, el que dispone: "Las Municipalidades deberán publicar el llamado a licitación que realicen, con una anticipación mínima de 60 días corridos previos a la fecha prevista para la recepción de las 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".

2. Confirma 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”.

II. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

3. En su numeral 13°, las Bases Administrativas disponen que: “La experiencia será medida respecto de: Los montos facturados en los últimos dos años, para ello los oferentes deberán presentar certificaciones de servicios extendidos por terceros, que acrediten montos facturados en servicios de naturaleza similar. (...) Si se presenta solamente certificados de trabajos ejecutados, no será considerado el punto”. El mismo criterio se encuentra además contenido en el numeral 12.1.

4. Hacemos presente a usted que la aplicación práctica de la exigencia de experiencia debe realizarse de manera tal que dicho requisito no se constituya en una barrera a la entrada al mercado para nuevas empresas, por lo que bastaría tener por suficiente la experiencia acreditada por los socios o profesionales de las empresas participantes en la licitación en servicios similares, puesto que de esta manera se evita que empresas cuyo personal disponga de experiencia relevante, queden excluidas de disputar este mercado.

5. En dicho sentido, se sugiere eliminar la exigencia de presentar “...certificaciones de servicios extendidos por terceros, que acrediten montos facturados en servicios de naturaleza similar”, tanto en el numeral 12.1. como en el numeral 13, debiendo admitirse como experiencia suficiente la de los socios o personas naturales, en servicios de naturaleza similar, sin necesidad de acreditar monto alguno.

6. Sobre el particular, cabe tener presente 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”.

7. Lo anterior, de acuerdo al Resuelvo 6° de las Instrucciones de Carácter General, 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”.

III. DISCRECIONALIDAD

8. Las Bases establece en su punto N°14 que: “Cualquier oferta que fundadamente no convenga a los intereses municipales o contenga errores de importancia podrá ser desestimada”.

9. En relación a ello, se sugiere la eliminación de la frase citada, atendido a que los fundamentos por los cuáles se puedan rechazar las ofertas deben estar clara y objetivamente determinados en las bases, debiendo reducirse a aquellos descritos en los criterios de evaluación, no pudiendo dejarse a discreción de la I. Municipalidad.

10. 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”.

11. 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 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”.

12. 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”.

13. Por su parte, el numeral 15 de las Bases indica que: “ACLARACIONES DE LAS BASES Se aceptarán consultas que deberán ser presentadas a través de Mercado Público (...) Las aclaraciones pasarán a formar parte de las bases”.

14. Sobre el particular, hacemos presente que dichas aclaraciones no deben modificar las bases, debiendo limitarse a esclarecer ciertos puntos de las mismas. En efecto, su modificación vía aclaraciones 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. Asimismo, las referidas aclaraciones deben ponerse a disposición de todos los participantes en la licitación, de forma fácilmente accesible.

15. Asimismo, el punto N°18 de las Bases Administrativas establece en su inciso final que: “En el caso que la Municipalidad, por razones de su gestión interna, requiera poner término anticipado al contrato deberá comunicárselo por escrito al contratista con 60 días de antelación a la fecha en que se necesita finiquitar el contrato”.

16. Al respecto, se hace presente que debe acotarse claramente cuáles son los incumplimientos a las Bases que facultarán a Municipio para poner término al contrato, no siendo admisible que ello se permita, de forma general, “por razones de su gestión interna”. Ello en consideración a lo dispuesto en el Resuelvo 8°, de las Instrucciones Generales del H. Tribunal: “...ni otras que otorguen a la Municipalidad respectiva el derecho a poner término anticipado al contrato adjudicado sin una causa justificada”.

17. En efecto, en el apartado citado anteriormente no se describe de forma precisa las circunstancias que configurarán la causal que se invoca para poner término al contrato, dejando un amplio margen de interpretación respecto de las mismas. Por tanto, se sugiere eliminar dicha frase o, en su defecto, establecer pormenorizadamente en las bases en qué circunstancias se podrá poner término al contrato por razones de gestión interna.

18. Por último, en caso que se ponga término al contrato por cualquier causal, las

Bases deben establecer la obligación de efectuar una nueva licitación.

IV. PAUTA DE EVALUACIÓN

19. En el numeral 13 de las Bases se describe el procedimiento de evaluación y adjudicación. Al respecto, 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.”

20. Por tanto, el principal criterio de evaluación deberá ser el precio ofrecido y en el evento de que se establezcan otros criterios de evaluación distintos, éstos deberán estar debidamente justificados y ser susceptibles de evaluación objetiva.

21. A dicho respecto, en relación a la oferta económica, que representa un 65% de la oferta total, esta Fiscalía recomienda explicitar con detalle la fórmula que se utilizará para otorgar el puntaje de cada empresa en dicho ítem. El hecho de señalarse simplemente a que las ofertas se evaluarán proporcionalmente puede ser fuente de discrecionalidad.

22. Respecto del ítem experiencia, de acuerdo a lo que se expuso en el punto II. del presente Ordinario, éste debe ser medido en años de experiencia de la empresa o de sus gerentes en servicios de recolección de residuos sólidos o afines. Además, se debe explicitar el puntaje que obtendrán los participantes según las ofertas que se realicen.

23. En lo que se refiere a la oferta técnica, de acuerdo a lo señalado en el Anexo “Especificaciones Técnicas”, se recomienda que la oferta técnica se pondere siempre en base al total relativo de dicho punto, eliminándose la consideración de factores adicionales. Además, se debe detallar de forma objetiva todos los ítems que serán considerados, así como qué porcentaje le corresponde a cada ítem y en base a que escala se medirá cada uno, indicando su correspondiente puntaje.

24. Adicionalmente, para el caso específico de las Bases Administrativas y Técnicas para la Licitación Pública para el Servicio de Aseo y Barrido de Calles, en el punto 4 del referido anexo de especificaciones técnicas, se menciona que el proponente cotizará un costo por cada kilómetro adicional y que ello será incluido en la oferta técnica.

Pues bien, si dicha cotización forma parte de la oferta técnica, debe explicitarse qué porcentaje le corresponderá y en base a qué escala se otorgarán los puntajes.

25. En definitiva, la redacción del procedimiento de evaluación y adjudicación debe dejar en claro que la adjudicación de la licitación debe hacerse a aquel oferente –aunque sea un único postor- que obtenga los puntajes habilitantes, de acuerdo a los criterios de evaluación y ponderaciones previamente establecidos de forma objetiva y pormenorizada en las bases administrativas, tal como lo establece el artículo 10 de la ley 19.886, ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, en concordancia con los artículos 37 y 41 de su reglamento.

26. Por último, es necesario hacer presente que el Resolvo 7°, de las Instrucciones es perentorio al señalar: "...En caso de declarar desierto una licitación, las municipalidades estarán obligadas a iniciar una nueva, ajustando las bases de la misma a las necesidades del proceso declarado desierto".

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,


REPUBLICA DE CHILE
* SUBFISCAL NACIONAL *
FISCALIA NACIONAL ECONOMICA
JAIMÉ BARAHONA URZÚA
SUBFISCAL NACIONAL

Abogado FNE
Manfred Zink
Fono: 7535602 - 604