

ORD. N° 0006
ANT.: Bases de la "Concesión del servicio de recolección de residuos domiciliarios, limpieza y aseo de calles y disposición final en vertedero, Victoria". Rol 2169-13 FNE.
MAT.: Informa.

Santiago, 04 de enero de 2013

DE : SUBFISCAL NACIONAL
A : SR. SERGIO ADRIASOLA CAULIER
ALCALDE (S)
MUNICIPALIDAD DE VICTORIA
LAGOS N° 680
VICTORIA
REGIÓN DE LA ARAUCANÍA

Con fecha 2 de enero de 2013, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas, Técnicas y Anexos de la licitación pública para la "Concesión del servicio de recolección de residuos domiciliarios, limpieza y aseo de calles y disposición final en vertedero, Victoria", 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, ("Instrucciones Generales").

A continuación informo las disconformidades que a juicio de esta Fiscalía presentan las bases remitidas en consulta.

I. CRONOGRAMA

1. Si bien las Bases hacen referencia a algunos de los hitos relevantes del proceso, no se ha acompañado un cronograma detallado de los mismos, elemento esencial para que esta Fiscalía pueda pronunciarse sobre las Bases acompañadas.

2. Sobre el particular se hace presente que las Instrucciones generales, indican en su Resuelvo 3°, que: "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 (...)".

3. Asimismo, se recomienda a ese municipio establecer plazos prudentes entre la firma del contrato y el inicio de los servicios, cautelando que éstos no se constituyan en barreras a la entrada para potenciales participantes, según lo prevé el Considerando 3° de

las citadas Instrucciones.

II. SERVICIOS LICITADOS

4. Las Bases Administrativas en su artículo 1, se refieren a los servicios que son objeto de la licitación, señalando: "La Municipalidad de Victoria llama a propuesta pública para el otorgamiento de la concesión del servicio de Recolección de Residuos Domiciliarios, Limpieza y Aseo de Calles y Disposición final en Vertedero".

5. Por su parte el numeral 3.1, letra b) indica las prestaciones a cargo del contratista: "La prestación de servicios en forma conjunta de recolección de residuos domiciliarios, limpieza y aseo de calles, y disposición final en vertedero".

6. Sobre el particular las "Instrucciones Generales" 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;".

7. 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.

III. DURACIÓN DEL CONTRATO

8. El artículo 4 de las Bases Administrativas, se refieren a la duración del contrato, señalando: "El contrato durará tres años a contar de la fecha de su firma y podrá renovarse por un trienio más si las partes lo acordaren, por escrito con a lo menos 30 días de expiración del primer trienio".

9. Al respecto, cabe representar a esa Municipalidad que para ajustarse a las Instrucciones las Bases, la posibilidad de ser prorrogado por un plazo breve debe ser aplicada sólo en caso de circunstancias especiales a fin de asegurar la continuidad del servicio no debiendo exceder los seis meses.

IV. INMUTABILIDAD

10. El artículo 8 de las Bases Administrativas se refiere a la posibilidad de

modificación de las Bases, señalando: “Se podrán modificar los documentos de la propuesta, ya sea por iniciativa propia o en atención a una aclaración solicitada por alguno de los oferentes, durante el proceso de la propuesta y hasta la entrega de las aclaraciones, informando de ello a través del sitio www.mercadopublico.cl. Estas modificaciones formarán parte integrante de las Bases”.

11. Por otra parte, el artículo 15 contempla la facultad de ampliar los servicios de superficie: “Los servicios podrán ampliarse en el periodo vigente hasta en un 35% (treinta y cinco por ciento) manteniéndose los mismos precios unitarios del contrato, pero reajustados en la misma proporción del aumento de área a mantener, sin el requisito de una Propuesta Pública (...)”.

12. Sobre el particular, 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, reguardados por el Resuelvo N° 1 de las Instrucciones de Carácter General. En consecuencia, resulta necesario que los ajustes al contrato respondan a la aplicación de parámetros objetivos previamente establecidos en las Bases, tales como incremento en el número de viviendas o en el número, extensión de calles sujetas a barrido y circunstancias calificadas como de emergencia o catástrofe por la autoridad competente.

V. DISCRECIONALIDAD

13. El artículo 12 de las Bases Administrativas, referido a la adjudicación de la propuesta, contrato y garantía, establece: “La Municipalidad podrá aceptar cualquiera de las ofertas aún cuando no sea la más baja o de rechazarlas todas sin expresar causa y sin que los proponentes puedan pretender indemnización alguna por este concepto (...)”.

14. Asimismo, el numeral 13.1, señala. “Esta Comisión propondrá al Sr. Alcalde dentro del plazo estimado que se señala en el portal, la oferta que estime más conveniente y favorable al municipio, para su adjudicación y sanción o bien la proposición de rechazo de las ofertas o de declarar desierta la propuesta”.

15. 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”.

16. 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".

17. 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".

VI. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

18. El Art. 13 de las Bases Administrativas señala los siguientes criterios de evaluación:

- Oferta Económica (40%)
- Propuesta Técnica (30%)
- Condiciones de Empleo y Remuneración (10%)
- Experiencia (20%)

19. Sobre el particular, debe considerarse lo establecido por 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 ese estándar mínimo de calidad. En caso que para la asignación final de la licitación se utilicen parámetros distintos al precio, ellos deberían justificarse fundadamente".

20. Por tanto resulta necesario que el criterio precio u oferta económica debe tener una ponderación de al menos un 50% más uno del total. Sumado a ello, cabe hacer presente que en el evento que la Municipalidad decida ponderar elementos distintos del precio, debe justificarse la inclusión de estos en la evaluación de las propuestas.

VII. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

21. El artículo 9 de las Bases Administrativas, referido a los requisitos para la presentación de las ofertas, exige en sus numerales 7 y 8: "Acreditación de experiencia" y "Acreditación de experiencia y años de experiencia (1. Contratos suscritos anteriormente, 2. Certificados emitidos por entidades en donde la Empresa realizó trabajos anteriores".

22. Sobre el particular, debe tenerse presente el ya citado Resuelvo 1° que se refiere a 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".


23. Asimismo, las exigencias solicitadas contrarían 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".

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
JAI ME BARAHONA URZÚA
SUBFISCAL NACIONAL

Abogada FNE
Ximena Castillo
Fono: 27535602 - 604