FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

ORD. N° 0107
ANT.: Consulta sobre "Bases de licitación de servicios de recolección y transporte de residuos sólidos domiciliarios y barrido de calles de la comuna de Graneros", Rol N° 2164-12 FNE.
Su Ord. N° 668, de fecha 5 de diciembre de 2012.
MAT.: Informa.

Santiago, 23 de enero de 2013

DE : SUBFISCAL NACIONAL

A : SR. JUAN PABLO DÍAZ BURGOS
ALCALDE
I. MUNICIPALIDAD DE GRANEROS
PLAZA DE ARMAS S/N
GRANEROS
REGIÓN DEL LIBERTADOR B. O'HIGGINS

Con fecha 7 de diciembre de 2012, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas y Técnicas y Anexos para la licitación pública de los "Servicios de recolección y transporte de residuos sólidos domiciliarios y barrido de calles de la comuna de Graneros", 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").

A continuación, informo las disconformidades que, a juicio de esta Fiscalía, presentan las referidas Bases:

I. CRONOGRAMA DEL PROCESO

1. Si bien el cronograma del proceso contempla los hitos relevantes del mismo, tales como las fechas estimadas de publicación, de entrega de respuestas y de adjudicación de la licitación, la misma no presenta la fecha estimada de inicio de la prestación de los servicios.

2. En efecto, las bases señalan en al punto N° 20.1. que "El contrato comenzará a regir transcurridos 30 días corridos a contar de la fecha del acta de inicio de contrato elaborada por la U.T, la cual da inicio al plazo e vigencia del mismo. Dicho acto se llevará a cabo, una vez que la Unidad Técnica haya sido notificada por la Secretaría Municipal del Decreto Alcaldicio que aprueba el respectivo contrato" (el destacado es nuestro).

3. Al respecto, esta Fiscalía considera que las bases no contienen una fecha

Agustinas 853, Piso 2
Santiago de Chile
Tel [56 2] 753 5600
Fax [56 2] 753 5607
www.fne.gob.cl

específica que indique cuándo se dicta la referida "acta de inicio del contrato", por lo que no hay certeza sobre la fecha estimada del inicio de la prestación de los servicios. Lo anterior podría significar que potenciales oferentes se inhiban de participar en virtud de la imposibilidad de disponer de equipos requeridos para iniciar el servicio, en particular si el plazo para ello en la práctica resultare ser demasiado corto. En consideración a que el servicio exige camiones, equipos y contenedores especializados, resulta necesario que la fecha de inicio de los servicios sea a lo menos de 90 días desde la firma del contrato, lo cual debe estar debidamente señalado en las bases.

4. A mayor abundamiento, cabe señalar que el Resuelvo N° 6 de las "Instrucciones", establece que los Municipios no pueden imponer a los interesados en participar en una licitación, exigencias que otorguen ventajas artificiales que reduzcan injustificadamente el número de potenciales participantes, lo que refuerza la necesidad de consignar plazos prudentes, de manera que no se constituyan en barreras a la entrada para ellos.

II. EXPERIENCIA PREVIA

5. Las bases señalan en al punto N° 5 que "La experiencia para el presente proceso de licitación puede ser acreditada por la empresa, o sus socios, o gerentes, directivos o el encargado del contrato, ésta debe ser superior a 5 años y podrá ser acreditada en los rubros de transporte, logística, recolección transporte de basura o similares de acuerdo a lo explicitado en las presentes bases" (el destacado es nuestro).

6. Asimismo, en el punto 8.1., referido a la oferta técnica, se indica que el currículum del proponente, sus socios, gerentes, directivos o el encargado del contrato deben destacar "los contratos y/o prestaciones similares al objeto de esta licitación" (el destacado es nuestro).

7. Adicionalmente, en la tabla del punto N° 13.3. de las bases, referido a los criterios y factores de evaluación, en su punto N° 2 ("experiencia en el servicio"), se otorga puntaje en la evaluación solamente por "años de experiencia en la prestación de servicios objeto de la presente contratación", asignándose un puntaje mayor por la presentación en el proceso de "certificados de conformidad en servicios objeto de la presente contratación".

8. Al respecto, se observa que si bien las bases permiten que la experiencia pueda ser acreditada no sólo por la empresa, sino que también por sus socios, gerentes, directivos o incluso el encargado del contrato, éstas exigen, no obstante, que tal experiencia sea acreditada solamente en el rubro de "transporte, logística, recolección transporte de basura o similares".

9. Una evaluación diseñada de la forma expuesta privilegiaría a las empresas que actualmente presten estos servicios y/o a empresas ya establecidas en el mercado, imposibilitando la entrada de nuevos oferentes. De esta forma, esta evaluación se erige

Agustinas 853, Piso 2
Santiago de Chile
Tel [56 2] 753 5600
Fax [56 2] 753 5607
www.fne.gob.cl

como una barrera artificial a la entrada, desfavoreciendo a nuevos entrantes a este sector y limitando la posibilidad de competencia en la propia licitación.

10. Sobre el particular, cabe tener presente que de acuerdo al Resuelvo 6° de las Instrucciones de Carácter General N° 1/2006 emitido por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 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". Adicionalmente, cabe considerar 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".

III. COMISIÓN EVALUADORA

11. Las bases señalan en el punto N° 13.1 que la comisión evaluadora se compone por determinados funcionarios municipales -señalados en forma específica en el referido punto- o "por las personas que estos designen" (el destacado es nuestro).

12. Sobre este aspecto, si bien las bases cumplen con señalar específicamente a los funcionarios municipales que integran dicha comisión, cabe considerar que se agrega un importante elemento de incertidumbre al permitir que tales funcionarios puedan designar a otras personas distintas para que la conformen en definitiva.

13. De esta forma, las bases no otorgan certeza respecto de la conformación definitiva de la Comisión Evaluadora. Lo anterior contraviene las Instrucciones, toda vez que el Resuelvo 5° de las mismas dispone: "Las bases de todo proceso de licitación deberán precisar cómo se integrará la comisión evaluadora."

IV. PLAZO DE PRÓRROGA DEL CONTRATO

14. Las bases señalan en el punto N° 19, párrafo 2°, que "La Municipalidad, 90 días antes del término del contrato, y por una sola vez, podrá prorrogar el contrato por el período de un año en las mismas condiciones contractuales pactadas. Dicha ampliación de plazo deberá ser refrendada por la Ilustre Municipalidad de Graneros, mediante Decreto Alcaldicio que fundamente las causales por las cuales se hace necesario contar con dicha prórroga" (el destacado es nuestro).

15. Sobre este aspecto, cabe considerar que una prórroga excesiva de los contratos puede afectar la libre competencia en este mercado, al impedir que nuevos proponentes compitan para adjudicarse estos servicios. Por tal motivo, en caso de permitirse prórroga del contrato en las bases, éstas deben señalar las circunstancias que lo justifiquen, estando limitadas sólo para el caso de circunstancias especiales de buen servicio, apreciables objetivamente. Adicionalmente, y por lo señalado anteriormente, cabe señalar que el plazo de la prórroga no puede ser por un plazo superior a seis meses.

Agustinas 853, Piso 2
Santiago de Chile
Tel [56 2] 753 5600
Fax [56 2] 753 5607
www.fne.gob.cl

V. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

16. Las bases tratan en el punto N° 22 los aumentos, disminuciones y servicios extraordinarios, señalando que "Los aumentos, disminuciones de servicios o servicios extraordinarios de iniciativa Municipal, serán propuestos directamente por la U.T., a fin que se refrenden mediante la dictación del correspondiente Decreto Alcaldicio. La ejecución de dichos aumentos, disminuciones o la adquisición de servicios extraordinarios no podrán realizarse sin previa notificación al contratista del respectivo Decreto Alcaldicio que lo disponga" (el destacado es nuestro). En el segundo párrafo señala "El aumento del servicio y/o servicios extraordinarios, tanto de iniciativa municipal como del contratista, no podrá sobrepasar en su conjunto, el 30% del monto inicial del contrato o las 1.000 Unidades Tributarias Mensuales, según lo que se cumpla primero, debiendo ser autorizados y fundadado (sic) mediante Decreto Alcaldicio". En el último párrafo del referido punto señala que "Las disminuciones del contrato, sean de iniciativa municipal como del contratista, no podrán reducir el valor total del contrato más de un 30% del monto inicial o las 1.000 Unidades Tributarias Mensuales".

17. Al tratar específicamente el aumento del servicio contratado, el punto 22.1 de las bases señala que "La Municipalidad podrá aumentar la cantidad de servicios contratados, ampliando o no proporcionalmente el plazo del contrato si es atingente, salvo que la Unidad Técnica, a través del informe respectivo, disponga otro plazo. Lo anterior será informado por la Unidad Técnica y refrendado por el Decreto Alcaldicio respectivo" (el destacado es nuestro).

18. A su vez, el punto 22.2 trata sobre las disminuciones del servicio contratado, señalando "La Municipalidad podrá disminuir los servicios contratados, disminuyendo o no proporcionalmente el plazo de contrato, salvo que la Unidad Técnica, a través del informe respectivo, disponga otro plazo. Lo anterior deberá ser informado por la Unidad Técnica y refrendado por el Decreto Alcaldicio respectivo. Dado el caso, se rebajará el valor del contrato en la proporción correspondiente" (el destacado es nuestro).

19. Por último, el punto 22.3 trata de los servicios extraordinarios, señalando que "Son aquellos servicios complementarios que mejoran la calidad del servicio solicitado, y se incorporan o agregan a los requeridos inicialmente, pero cuyas características son diferentes de las especificadas o contenidas en los antecedentes que sirven de base al contrato" (el destacado es nuestro). El segundo párrafo de este punto señala "Tanto los servicios considerados para la prestación del servicio nuevo o extraordinario, como el valor de los materiales empleados y no considerados, y el plazo proyectado para su prestación deberán convenirse con el contratista" (el destacado es nuestro).

20. Sobre el particular, cabe hacer 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

Agustinas 853, Piso 2
Santiago de Chile
Tel [56 2] 753 5600
Fax [56 2] 753 5607
www.fne.gob.cl

principios de debida transparencia y garantía de libre acceso, garantidos por el Resuelvo N° 1 de las Instrucciones de Carácter General.

21. En consecuencia, resulta necesario que los posibles ajustes al contrato respondan a la aplicación de parámetros objetivos previamente establecidos en las Bases.

VI. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

22. Las bases tratan en el punto N° 14 sobre la adjudicación del contrato. En el párrafo segundo de este punto, se señala que "Los proponentes cuyas propuestas no fueren aceptadas o adjudicadas, no tendrán derecho a indemnización de ninguna especie" (el destacado es nuestro).

23. A su vez, en el punto N° 22.3 se tratan los servicios extraordinarios, señalando en su párrafo final que "A falta de acuerdo y en caso de urgencia, la municipalidad podrá disponer que la prestación del servicio sea de cargo del contratista, pagándole para tal efecto los gastos efectivamente realizados y debidamente documentados, más un 20% de estos valores para compensar gastos generales y utilidades, sin que tenga derecho a reclamar indemnización de ninguna especie" (el destacado es nuestro).

24. Por otra parte, las bases tratan en el punto N° 26.1 la liquidación del contrato, y en su párrafo final señalan que "Una vez que la liquidación del contrato se encuentre firme, se suscribirá el finiquito correspondiente, declarando el contratista por escrito, que acepta la liquidación, que no tiene cargos que formular y que renuncia a toda acción legal que pretenda o suponga tener" (el destacado es nuestro).

25. En otro caso, en el punto N° 29 se establece que "La Ilustre Municipalidad de Graneros, se reserva el derecho de declarar desierta la licitación, y rechazar todas las propuestas en el evento de no satisfacer los requerimientos definidos en las bases respuesta o aclaraciones, sin que los interesados puedan formular reclamo por estos conceptos ni pretender indemnización alguna" (el destacado es nuestro).

26. Por último, en el punto N° 30 de las bases se señala que "La Municipalidad no compensará a los proponentes por los gastos en que incurran en la preparación de sus respectivas ofertas. Los documentos que contengan la información solicitada por ésta y que sean incluidos como antecedentes en las propuestas, no serán devueltos. Los oferentes no podrán reclamar su devolución ni tampoco indemnización por su retención" (el destacado es nuestro).

27. En relación a los casos señalados anteriormente, sobre 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

Agustinas 853, Piso 2
Santiago de Chile
Tel [56 2] 753 5600
Fax [56 2] 753 5607
www.fne.gob.cl

desincentivar la participación de oferentes en estos procesos, podrían vulnerar normas de orden público, tal como lo señalan las Instrucciones Generales en su Considerando Cuarto. Adicionalmente, dichas cláusulas podrían contravenir el Resuelvo Octavo 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 (...)".

VII. DISCRECIONALIDAD

28. El punto N° 15 de las bases, establece una garantía adicional, señalando "El contratista deberá entregar una garantía adicional de fiel y oportuno cumplimiento de contrato y pago de obligaciones laborales, si el monto de la propuesta aceptada fuere inferior en más de un 50% del precio presentado por el oferente que le sigue y los costos de dicha oferta sean inconsistentes económicamente, según verificación de la Comisión Evaluadora" (el destacado es nuestro). Al respecto, esta Fiscalía considera que no están suficientemente especificadas las circunstancias que gatillan la exigencia de esta garantía ni tampoco el monto de ella.

29. A su vez, las bases en el punto N° 23.4 en su párrafo final, respecto de la aplicación de las multas, señala que "La aplicación de una multa no podrá implicar atraso alguno en el pago de facturas correspondientes a los respectivos estados de pago, reteniéndose de éstos, únicamente, el monto de las multas, cuyo valor se pagará a la contratista o retendrá definitivamente en cuanto se conozcan las resultas de los recamos y/o apelaciones presentadas".

30. Por otra parte, las bases en el punto N° 26, que trata de la recepción del servicio, en su párrafo quinto señala: "Si del examen de los antecedentes acompañados y de la verificación de la prestación del servicio, resulta que estos no se prestaron conforme con lo solicitado, en conformidad con las bases administrativas y especificaciones técnicas o el servicio proporcionado sea defectuoso o inadecuado, el I.T. no dará curso a la recepción y elaborará un informe detallado a la U.T., fijando un plazo para que el contratista reemplace el servicio incompleto o defectuoso, a su costo, por el correcto servicio que ha sido requerido. Subsanados los defectos, se procederá a efectuar la recepción" (el destacado es nuestro). Luego, en su párrafo sexto, señala que "Si el contratista no hiciere las modificaciones y cambios dentro del plazo que fijó el I.T., la Ilustre Municipalidad de Graneros podrá llevarlos a cabo por cuenta del contratista y a su costo, con cargo a los saldos pendientes y a las garantías del contrato, sin perjuicio de poner término al contrato en forma unilateral y anticipada por incumplimiento" (el destacado es nuestro).

31. En otro caso, en el punto N° 27 de las bases, se señala como causal de término del contrato (numeral 27.3) "Por incumplimiento grave del contratista que amerite, a juicio de la Unidad Técnica, poner término anticipado al contrato" (el destacado es nuestro). Sobre este punto en particular, no se establece con claridad qué casos constituyen el incumplimiento grave que puede dar pie al término anticipado del contrato,

Agustinas 853, Piso 2
Santiago de Chile
Tel [56 2] 753 5600
Fax [56 2] 753 5607
www.fne.gob.cl

aspecto que merece una mayor especificación en las bases dada su gravedad para el oferente adjudicado con el contrato.

32. Asimismo, en el punto N° 27.5, en su párrafo tercero, señala que "La Municipalidad de Graneros, por indicación de la U.T., podrá poner término anticipado y administrativo al contrato en cualquier momento, por causales ajenas a la responsabilidad del contratista, fundamentando por escrito su decisión, dando aviso por escrito a éste, con a lo menos 10 días de anticipación" (el destacado es nuestro).

33. Las disposiciones señaladas en los numerales anteriores contravienen 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".

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 a la 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

JAIME BARAHONA URZÚA
SUBFISCAL NACIONAL

Abogado FNE
Bernardo Arancet
Fono: 27535602 - 604

Agustinas 853, Piso 2
Santiago de Chile
Tel [56 2] 753 5600
Fax [56 2] 753 5607
www.fne.gob.cl