

ORD. N°: 126 ✓

ANT.: Consulta de la I. Municipalidad del Olivar sobre Bases de la propuesta pública para el "Servicio de recolección de residuos sólidos domiciliarios, barrido de calle y transporte a vertedero autorizado". Rol FNE 1619-09.

MAT.: Informa.

Santiago, **12 ENE. 2010**

DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO

A : SRA. MARÍA ESTRELLA MONTERO CARRASCO
ALCALDESA I. MUNICIPALIDAD DE OLIVAR
PLAZA ESMERALDA S/N°
OLIVAR

Con fecha 07 de diciembre de 2009, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas y Especificaciones Técnicas, del llamado a licitación para la concesión de los servicios de "recolección de residuos sólidos domiciliarios, barrido de calle y transporte a vertedero autorizado", 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, dictadas de conformidad al Decreto Ley N° 211, sobre Defensa de la Libre Competencia (en adelante, las "Instrucciones Generales").

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

I. SERVICIOS LICITADOS

1. Las bases de licitación presentadas a esta Fiscalía dan cuenta de la licitación de dos servicios: el barrido de calles y la recolección de residuos domiciliarios, el cual comprende dentro de los residuos a recolectar los residuos domiciliarios de todo tipo, los residuos públicos (como por ejemplo: poda de árboles, residuos de ferias libres autorizadas por la Municipalidad,

- basuras a sitios eriazos abandonados) y residuos voluminosos (que son aquellos que debido a su tamaño, forma u pesos no puedan cargarse normalmente en los camiones recolectores normales).
2. No resulta claro de las Bases Administrativas y Técnicas revisadas si mediante el procedimiento se licitan los dos servicios por separado, o si por el contrario la licitación comprende ambos servicios conjuntamente. En tal sentido, conforme a la Parte N° 01 de las Bases Técnicas de Recolección de Aseo y Barridos de Calles, el servicio de barrido de calles *“forma parte de la extracción de residuos sólidos domiciliarios”*, lo cual da a entender que la licitación comprendería ambos servicios conjuntamente.
 3. Al respecto, debe tenerse presente que conforme al Considerando Séptimo de las Instrucciones Generales *“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”*.
 4. 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 dos licitaciones distintas que comprendan por una parte los servicios de recolección de residuos domiciliarios, y por otra el aseo de calles y ferias libres y transporte de escombros y ramas.

II. CRONOGRAMA DEL PROCESO

5. Aun cuando en el articulado de las Bases Administrativas se contempla un programa del proceso licitatorio, no se señala en éste una serie de hitos relevantes, tales como la fecha de publicación del llamado a licitación, fecha de la adjudicación, fecha de la suscripción del contrato, fecha de inicio de las actividades, etc., o si se señalan estos carecen de una certeza adecuada (a modo de ejemplo, la Parte C de las Bases Técnicas de Recolección de Residuos Sólidos establece que *“el programa de operación se confeccionará de tal forma que el contratista pueda iniciar en forma sus*

operaciones en fecha a definir por el Municipio”; por otro lado, en el Formato N°3, además de informar el valor de la Oferta Económica, el oferente debe señalar el plazo máximo de ejecución de su oferta), ni cumplen con los requisitos establecidos en las Instrucciones Generales (por ejemplo, no se cumple con la anticipación de 60 días corridos exigidos entre la publicación y la recepción de las ofertas, contemplados en el Resuelvo N° 3 de dichas instrucciones). Todo lo anterior incrementa los niveles de incertidumbre que enfrentan los potenciales oferentes.

6. Esta Fiscalía recomienda a esa Municipalidad incorporar a las Bases de Licitación un cronograma detallado de la convocatoria a licitación, que contemple todos los hitos relevantes del proceso, como son: la fecha de publicación del llamado a licitación en las formas y plazos establecidos en el Resuelvo 3° de las Instrucciones Generales, la fecha de adjudicación, la fecha de inicio de los servicios, etc., y sus respectivos plazos, de manera de reducir los niveles de incertidumbre.
7. Al respecto, debe tenerse presente que las Bases de Licitación deben establecer plazos prudentes entre cada etapa del proceso, en particular entre la suscripción del contrato y el inicio de operaciones, cautelando que estos no se constituyan en barreras a la entrada para potenciales participantes.

III. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

8. El artículo 15° de las Bases Administrativas señala que la Comisión Técnica Municipal *“procederá a proponer al Sr. Alcalde su adjudicación según estime más conveniente a los intereses municipales”*. Adicionalmente, dicho artículo presenta los criterios utilizados por la Comisión Evaluadora para examinar las ofertas:

Criterios	Ponderación
a.- Precio	30%
b.- Experiencia	20%
c.- Calidad en los Servicios	30%
d.- Otros Adicionales	20%
Puntaje Máximo	100%

9. Sobre el particular, cabe tener presente lo señalado en el Resuelvo 4° de las Instrucciones Generales que dispone: *“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”*. Precisamente, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha señalado con ocasión de la Sentencia N° 92/2009 que: *“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.”*
10. En el evento que la 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, así como también debe indicar en forma clara la manera que cada uno de estos criterios será evaluado, de manera de cautelar la *“debida transparencia y garantía de libre acceso, estableciendo condiciones generales, uniformes y objetivas”*, tal como agrega el Resuelvo 1° de las Instrucciones Generales.

IV. COMISIÓN EVALUADORA

11. De acuerdo al artículo 13 de las Bases Administrativas, la Comisión Evaluadora será designada a través de un Decreto Alcaldicio.
12. Al respecto debe tenerse presente que el Resuelvo 5° de las Instrucciones Generales señala que: *“las bases de todo proceso de licitación deberán precisar cómo se integrará la comisión evaluadora”*.
13. De esta manera, las Bases de Licitación deben establecer expresamente quienes integran la Comisión Evaluadora, y no la forma mediante la cual esta comisión será designada.

V. DISCRECIONALIDAD

14. El artículo 19 de las Bases Administrativas, en su numeral 5, señala que: *“la Municipalidad podrá poner término al presente Contrato de Servicios con un aviso previo por escrito de 30 (TREINTA) días sin especificación de causa ni indemnización alguna”*.

15. Al respecto debe tenerse presente que, de conformidad a lo dispuesto en el Resuelvo 8° de las Instrucciones Generales, *“no podrán incluirse en las bases de licitación cláusulas o disposiciones (...) que otorguen a la municipalidad respectiva el derecho a poner término anticipado al contrato adjudicado sin una causa justificada”*.

Por lo mismo, la Resolución N° 13/2006 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia establece: *“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. En consecuencia, conforme lo señalado, resulta necesario asegurar la debida transparencia de la actuación municipal, eliminando la discrecionalidad en su proceder. Así, la terminación del contrato sólo podrá tener lugar por una causa justificada contemplada en las Bases Administrativas mediante resolución fundada del Alcalde¹.

17. Por su parte, el artículo 13 de las Bases Administrativas señala que *“la Alcaldesa de la Ilustre Municipalidad de Olivar (...) se reserva el derecho de desechar todas las propuestas teniendo siempre presente la buena y mejor utilización de los recursos fiscales”*.

¹ Precisamente el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia consideró con ocasión de la Sentencia N° 92/2009, que la resolución de un contrato, por incumplimiento grave de las obligaciones que impone, las que serán calificadas mediante informe fundado de la Dirección de Aseo la que será ratificada por el señor Alcalde, elimina la posibilidad de adoptar decisiones infundadas sobre la materia.

18. Al respecto debe tenerse presente que, tal como señala el Resuelvo N° 7 de las Instrucciones Generales *"en la medida que ello no signifique una arbitrariedad, es lícito que las municipalidades (...) declaren desierto una licitación en aquellos casos en que ninguna de las propuestas se ajuste a sus necesidades"*. Sin perjuicio de lo anterior, en tal caso conforme lo establece dicho Resuelvo, *"las municipalidades estarán obligadas a iniciar una nueva (licitación), ajustando las bases de la misma a las necesidades identificadas en el proceso declarado desierto"*.
19. Adicionalmente, la decisión que declare desierto el proceso, si bien puede ser sin expresión de causa, debe estar debidamente fundada. De esta manera, tal como lo ha señalado el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia con ocasión de la sentencia N° 92/2009, *"se limita ex ante el ejercicio arbitrario de las facultades discrecionales del Alcalde y, en ese sentido, se genera suficiente certeza jurídica a los posibles interesados de participar en la licitación como para que no tenga por efecto restringir las condiciones de competencia en ese proceso de adjudicación"*.

VI. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

20. El artículo 2 de las Bases Administrativas señalan que: *"constituirán reglas propias de esta Propuesta, las Aclaraciones escritas que emita la Municipalidad (si corresponden), sea que ellas fueren requeridas por los mismos participantes o bien impartidas por ésta"*. Por su parte, el artículo 9 de las Bases Administrativas señala que *"se podrá modificar los documentos de la Propuesta, ya sea por iniciativa propia o en atención a una Aclaración solicitada por alguna de las Empresas, durante el proceso de la Propuesta y hasta la entrega de las Aclaraciones, informando de ello a través del sitio web www.chilecompra.cl. Estas modificaciones formarán parte integral de las presentes bases"*. A su vez, el artículo 24 de las Bases Administrativas señalan que: *"el Municipio se reserva el derecho de solicitar mayores antecedentes si así lo estimara conveniente"*.
21. Al respecto, debe tenerse presente que las cláusulas citadas se contraponen con el principio de la inmutabilidad de las bases, en virtud del

cual una vez iniciado el proceso de licitación, las bases no pueden alterarse siquiera por la vía de las aclaraciones, enmendaduras, adiciones o supresiones al contenido esencial de las mismas sin que se lesione los principios de debida transparencia y garantía de libre acceso, garantizados por el Resuelvo N° 1 de las Instrucciones Generales.

22. En consideración a lo anterior, se hace presente que se pueden hacer las aclaraciones que sean necesarias o exigir antecedentes adicionales, siempre y cuando no se alteren o modifiquen las bases de la licitación.
23. Por su parte, las Bases Técnicas para la Recolección de Residuos Sólidos señalan en la Parte C letra d) que: *"el contratista debe estar preparado para atender las nuevas poblaciones que se incorporen en la Comuna, como consecuencia del crecimiento poblacional, durante el período de vigencia del contrato"*; y en la Parte H número 6 que: *"el contratista quedará obligado a proporcionar a la Municipalidad cuadrillas de personal, equipos y vehículos, a fin de enfrentar imprevistos, inundaciones provocadas por temporales, catástrofes, etc."*. A su vez, las Bases Técnicas de Recolección de Aseo y Barridos de Calles establecen en la Parte N° 01 letra g) que: *"la Municipalidad podrá pedir al contratista efectuar limpiezas especiales, aunque esta no se realicen en la vía pública"*; y en la Parte N° 02 que: *"el contratista estará obligado a efectuar el barrido con la frecuencia establecida por la Municipalidad. No obstante deberá mantener cuadrillas y equipos de emergencia, durante aquellos días que no se trabaje, a fin de enfrentar cualquier eventualidad que requiera mantener limpieza"*.
24. Al respecto, se hace presente que cláusulas como las señaladas incrementan los niveles de incertidumbre que enfrenta un potencial oferente.
25. Más aún, la Resolución N° 13/2006 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 27 de junio de 2006, señaló 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"*.
26. En consecuencia, resulta necesario establecer en las bases de licitación todo elemento indispensable para la ejecución del servicio concesionado.

Consecuentemente, deberá determinarse los parámetros en virtud de los cuales se ajustarán los valores del contrato como resultado de cambios en los lugares de recolección de los residuos (tales como tarifa por km² adicional), o como resultado de tareas imprevistas (tales como tarifa por persona por hora de trabajo), así como la frecuencia con que debe efectuarse el aseo y barrido de las calles.

VII. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

27. El Formato N°2 por el cual el proponente acepta las Bases de este proceso licitatorio, establece en su numeral 6 que el proponente acepta *"...la decisión del mandante en la adjudicación de la propuesta en el sentido que es inapelable y no susceptible de recursos administrativos o judicial alguno."*
28. Al respecto, cabe tener presente que las cláusulas que establecen la renuncia anticipada de acciones legales, jurisdiccionales y/o administrativas, en especial las que son irrenunciables, contravienen 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..."*.
29. La citada renuncia además de desincentivar la participación de oferentes en estos procesos, podría vulnerar normas de orden público, tal como lo señalan las Instrucciones en su Considerando 4°.

VIII. OTRAS OBSERVACIONES

30. El artículo 7 de las Bases Administrativas establece al contratista un plazo máximo de 7 días hábiles desde la recepción del contrato para el trámite de firmas y protocolización correspondiente. Por su parte, el artículo 16.1 de dichas bases otorga a la Municipalidad la facultad de hacer efectiva la boleta de garantía por seriedad de la oferta, en caso que el adjudicatario *"no se presentare a firmar el contrato dentro de los 15 días hábiles a contar*

de la fecha en que por escrito se le comunique dicha decisión”, plazo que resulta inconsistente con el señalado en el artículo 7 antes citado.

31. Sin perjuicio de lo anterior, se recomienda efectuar una revisión detallada de la redacción de las Bases Administrativas y Técnicas presentadas, ya que se observan en ellas omisiones, espacios en blanco, palabras inconexas o incompletas y errores en la secuencia de contenidos, que si bien no impiden la comprensión de los documentos, si obstan a la debida integridad de las bases.

Finalmente, hago presente a su Municipio que, 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 señora Alcaldesa que las Bases consultadas sean modificadas conforme a lo observado.

Saluda atentamente a usted,




ENRIQUE VERGARA VIAL
FISCAL NACIONAL ECONOMICO

Abogado FNE
Juan Ignacio Donoso.
Fono: 7535656