

ORD. N°: 174 /

ANT.: Consulta de la I. Municipalidad de Rancagua sobre Bases de la propuesta pública para "El servicio de recolección de residuos sólidos domiciliarios y su transporte al relleno sanitario, barrido y aseo de calles, aseo de ferias libres, levante de escombros y voluminosos de la comuna". Rol FNE 1411-09.

MAT.: Informa.

Santiago, **17 MAR. 2009**

DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO
A : SR. EDUARDO SOTO ROMERO
ALCALDE
I. MUNICIPALIDAD DE RANCAGUA
VIÑA DEL MAR N° 040
RANCAGUA

Con fecha 10 de Febrero de 2009, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas, Bases Técnicas y anexos, del llamado a licitación para la concesión del "Servicio de recolección de residuos sólidos domiciliarios y su transporte al relleno sanitario, barrido y aseo de ferias libres. Levante de escombros y voluminosos de la comuna" de, 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.

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

I. DEFINICION DE LOS SERVICIOS LICITADOS

1. El artículo 3° de las Bases Administrativas, en su numeral 3.1., dispone lo siguiente: "(...) *el proponente ofertará el servicio de recolección de residuos domiciliarios, públicos, voluminosos y residuos comerciales*

*menores de 60 litros diarios y su transporte al Relleno Sanitario, **conjuntamente** con el servicio de barrido de calles, ferias libres, levante de voluminosos y escombros, lavado de Plaza de los Héroes y Paseos Peatonales y su transporte al Relleno Sanitario”.*

2. Esta Fiscalía hace presente a esa I. Municipalidad que, como una manera de generar una mayor competencia, debe permitir ofertas separadas para cada servicio licitado, sin perjuicio que la adjudicataria de ambos procesos resulte fundadamente ser una misma empresa. Sin embargo, en caso que el Municipio considere adecuado aceptar una oferta global por todos los servicios licitados, deberá justificar su decisión en criterios objetivos y comprobables.

II. DURACION DEL CONTRATO

3. Las Bases Administrativas, en su artículo 6°, establecen lo siguiente: *“El contrato por los servicios que se licitan será de **Cinco (5) años, con la posibilidad de una renovación hasta por un (1) año, de común acuerdo o a solicitud de una de las partes, en la medida que la otra parte la acepte”.***
4. En base a los antecedentes recopilados, esta Fiscalía estima que la duración total de estos contratos debiese estar en torno a los cuatro o cinco años, incluido un eventual período de prórroga, que debe ser breve y sólo en caso de circunstancias especiales de buen servicio, apreciables objetivamente. Lo anterior, porque un mayor período de duración restringe la competencia a la firma adjudicataria, al prolongar la falta de disputa para ese proveedor de servicios; mientras que un menor plazo podría eventualmente desalentar la entrada de nuevos competidores, debido a que la duración del contrato no sería suficiente para recuperar la inversión realizada.
5. Por lo expuesto, se recomienda esa I. Municipalidad señalar, en las Bases, las circunstancias especiales que pudieren justificar su prórroga por un breve plazo.

III. CRONOGRAMA DEL PROCESO

6. De conformidad a lo señalado en el artículo 15, el proceso licitatorio contempla como fecha de adjudicación del contrato el día 30 de junio de 2009, debiendo firmarse dicho contrato dentro de los 10 días siguientes (artículo 17), considerando como fecha máxima para el inicio del servicio el día 1° de septiembre de 2009 (artículos 2°, 2.1 y 6°).
7. Asimismo, las Bases Administrativas, en su artículo 36, inciso 3°, señalan que *“La tenencia de los vehículos y equipos deberá estar acreditada en un plazo máximo de 30 días corridos, después de haber sido notificado de la adjudicación”*. *“Las instalaciones deberán estar acreditadas en un plazo máximo de 60 días corridos, después de haber sido notificado de la adjudicación”*.
8. Cabe hacer presente a ese Municipio que el Resuelvo 6° de las Instrucciones de carácter general 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 oferentes. Por ello, según establece el Considerando 3°, se requiere consignar plazos prudentes en las Bases, de manera que ellos no se constituyan en barreras a la entrada para los potenciales participantes.
9. Asimismo, se hace presente a esa I. Municipalidad que la Sentencia N° 77, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 4 de noviembre de 2008 ¹, señala que la Bases deben ser remitidas a esta Fiscalía con la debida antelación, de manera tal que *“...la revisión de Bases de licitación, así como el intercambio de información... 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.”*

¹ Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de la I. Municipalidad de Curicó.

10. El Resuelvo N° 9 de las Instrucciones de Carácter General, es claro al efecto, al indicar que: *“Las Bases de las licitaciones públicas a que se refieren estas instrucciones, deberán ser remitidas a la Fiscalía Nacional Económica, a lo menos con 15 días corridos de anticipación a la fecha en que se publique el respectivo llamado.”*

IV. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

11. El numeral 7.2.c de las Bases Administrativas, hace referencia a ampliaciones del contrato señalando: *“La Municipalidad podrá incorporar en el contrato, en cualquier período, el barrido de calles no incluido inicialmente, lo que será considerado como aumento de contrato”*.

12. Al respecto, en aras de preservar el principio de inmutabilidad de las Bases y permitir un grado de flexibilidad que permita al Municipio atender los cambios en las condiciones bajo las cuales se presta el servicio licitado, se instruye a esa Municipalidad incorporar un acápite en las Bases que permita, de común acuerdo entre esa Corporación y el adjudicatario, efectuar ajustes al valor del contrato, sujeto al cumplimiento de criterios objetivos, previamente establecidos en dichas Bases, como por ejemplo: cambios en el número o extensión de ferias, variaciones en el número de calles barridas, entre otros.

V. COMISION EVALUADORA

13. El numeral 10.6.1 de las Bases Administrativas, en su párrafo segundo contempla una Comisión de Evaluación de las Ofertas compuesta *“a lo menos por, la Directora de Administración Municipal, el Director de Gestión Ambiental, el Director de Asesoría Jurídica, el Director de Administración y Finanzas, el Jefe Depto. Medio Ambiente y la Directora de Secplac, o sus respectivos subrogantes”*. Disposición similar se encuentra en el numeral 14 de las mismas Bases.

14. Al respecto esta Fiscalía considera que estas cláusulas indican en forma imprecisa la integración de esa Comisión, al dejar abierto el listado mediante la frase *“a lo menos”*, con lo cual se contravienen las Instrucciones de Carácter General, que en su Resuelvo 5° señala que: *“Las*

Bases de todo proceso de licitación deberán precisar cómo se integrará la comisión evaluadora.”

VI. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

15. Conforme al numeral 10.6.2 de las Bases Administrativas, los criterios para la evaluación de los propuestas estarían dados según se expresa a continuación:

- A) OFERTA ECONOMICA **70%**
- 1) Oferta global : _____ 80%
 - 2) Oferta por viviendas nuevas (artículo 28, 1.1, letra a) _____ 5%
 - 3) Oferta kilómetro adicional de barrido (artículo 28, 1.1, letra b) _____ 4%
 - 4) Oferta limpieza y recolección actividades ocasionales por día de funcionamiento (artículo 28, 1.3, letra c) _____ 3%
 - 5) Oferta nuevas ferias libres por metro lineal mensual (artículo 28, 1.3, letra a) _____ 2%
 - 6) Servicios de recolección en sectores rurales (artículo 28, 1.3, letra b) 2%
 - 7) Provisión maquina barredora por kilómetro de barrido mensual (artículo 28, 1.1, letra a) _____ 2%
 - 8) Oferta Provisión e instalación de contenedores por unidad (artículo 28, 1.4, letra b) _____ 1%
 - 9) Oferta provisión de mano de obra por auxiliar de barrido (artículo 28, 1.4, letra c) _____ 1%
- (100%)
- B) OFERTA TECNICA **30%**
- a) Experiencia de la Empresa _____ 10%
 - b) Mano de Obra (Oferta Social) _____ 30%
 - c) Parque vehicular y equipamiento _____ 50%
 - d) Servicio adicional ofertado _____ 10%
- (100%)

16. El Resuelvo 4° de las Instrucciones Generales 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”.

17. Para ajustarse a las Instrucciones, las Bases remitidas a esta Fiscalía deben establecer los requerimientos técnicos mínimos, calificando positivamente a todo aquel oferente que los cumpla, y luego decidir entre estos por el que realice la mejor oferta económica.
18. 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 *“debidamente transparencia y garantía de libre acceso, estableciendo condiciones generales, uniformes y objetivas”*, tal como agrega el Resolvo 1° de las Instrucciones Generales.
19. En el caso del criterio de evaluación “Experiencia,” el numeral 10.4.2, letra a), establece la forma como debe acreditarse tal factor. En el punto i, señala que en el Documento N° 14 deben señalarse las *“REFERENCIAS CONTRACTUALES de la empresa, en la cual conste la experiencia en recolección de residuos y/o aseo urbano...”*. Asimismo, el punto ii, señala: *“Documento N° 15: NOMINA DE CONTRATOS que el oferente tenga en vigencia y en ejecución, indicando el monto de cada uno, cantidad de personal con que la empresa oferente presta el servicio y cantidad y tipo de camiones con que presta el servicio”*.
20. Al respecto, cabe tener presente lo resuelto por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que en su Sentencia N° 77, antes citada, 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”*.
21. 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.

22. Por último, reitero a usted lo indicado en el Resuelvo 4° de las Instrucciones Generales, en el sentido que es el precio el factor preponderante al momento de adjudicar, salvo pronunciamiento debidamente fundado de ese Municipio, por lo que procede sea evaluada la oferta económica de todos aquellos oferentes que cumplan con los requisitos mínimos que indiquen las Bases, no debiendo –por tanto– ser el factor experiencia objeto de ponderaciones diferenciadas.

VII. DISCRECIONALIDAD

23. En el punto 10.5 de las Bases Administrativas, referido a los criterios de evaluación, se señala lo siguiente: ***“La “Municipalidad” se reserva el derecho de rechazar todas las ofertas si éstas no son de conveniencia al Municipio, o bien aceptar alguna de ellas sin ser necesariamente la de menor precio, ya que existen otras variables a considerar para la adjudicación tales como: prestación de un servicio integral; un buen estudio de la propuesta, expresado en un presupuesto debidamente detallado; experiencia en el área y en particular en servicios de similar tipo y envergadura para entidades privadas o públicas, incluyendo Municipios; adecuado servicio en contratos anteriores, expresado en buena calidad y oportunidad de los productos entregados, adecuado equipo, etc. Igualmente, la “Municipalidad”, se reserva el derecho de adjudicar la totalidad o algunos de los servicios licitados, según prioridades, requerimientos y disponibilidad presupuestaria, pudiendo rechazar todas las ofertas si no se ajustan a los intereses municipales y sin que esta situación dé derecho a indemnización alguna al adjudicatario o al resto de los proponentes”.***

24. A su vez, en el Capítulo IX de las Bases Administrativas, referido al “Medio Ambiente y Extensión a la Comunidad”, artículo 39, se establece que ***“se privilegiará a la empresa que dentro de su oferta presente un programa que involucre medidas tendientes a mejorar el Medio Ambiente”*** y en el artículo 40, ***“se considerará como factor positivo, a la Empresa que dentro de su oferta presente programas de información y acciones conjuntas a realizar con organizaciones vecinales, juveniles, deportivas o estudiantiles, que digan relación con aspectos relevantes del manejo***

integral del contrato (...) En igualdad de condiciones, se preferirá la empresa que presente un trabajo a realiza de mejor calidad y excelencia del servicio, relacionado con los Artículos N°s 39 y 40".

25. Lo anterior constituye una fuente de discrecionalidad, toda vez que el criterio precedente no es preciso ni objetivo, conforme lo exige el Resuelvo 1° de las Instrucciones de carácter general.

26. Además, de conformidad a lo dispuesto en el Resuelvo 7° de las Instrucciones, *"las Bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación"*.

27. Por lo mismo, la Resolución N° 13/2006, también del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, señaló: *"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"*.

28. A mayor abundamiento, la Sentencia N° 77/2008, en su parte considerativa, estableció: *"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;"*

29. En consecuencia, conforme a lo señalado, resulta necesario asegurar la debida transparencia de la actuación municipal, eliminando la discrecionalidad en su proceder. Así, la selección del proponente al que se adjudicará la licitación y la desestimación de las ofertas, deberán fundarse de manera objetiva, en base a criterios previamente establecidos en las Bases.

VIII. OTRAS OBSERVACIONES

30. El numeral 10.1 de las Bases Administrativas, en su párrafo segundo establece: *“Existirá una Comisión Evaluadora, según lo dispuesto en el Artículo 10, punto 2.2.1 las presentes Bases Administrativas, que...”*, en circunstancias que tal numeral no existe y la Comisión es definida en los numerales 10.6.1 y 14.
31. Asimismo, en el numeral 10.2.2 de esas Bases, referente a la presentación física de las ofertas, se solicita *“...entregar una carpeta o archivador con separadores que permitan diferenciar e identificar claramente cada uno de los documentos solicitados en el Artículo 10, punto 1.4 de las presentes Bases Administrativas”*, pese a que dicho numeral no existe en las Bases y los documentos solicitados para la oferta física se señalan en el artículo 10, punto 4.1.
32. En virtud de lo anterior, se recomienda a ese municipio enmendar las mencionadas y demás inconsistencias contenidas en las Bases y, de este modo, dar cumplimiento a lo señalado en el Resuelvo N° 2 de las Instrucciones de carácter general.

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,




ENRIQUE VERGARA VIAL
FISCAL NACIONAL ECONOMICO