

ORD. N°: 1547 /

ANT.: Bases de Licitación Pública para la propuesta denominada "Concesión del Servicio de Aseo y Ornato de la Comuna de Hualpén"; Rol FNE N°1990-11 FNE.

Ord. N° 680, de 21 de octubre de 2011.

MAT.: Informa.

Santiago, 10 NOV. 2011

DE : SUBFISCAL NACIONAL

A : SR. MARCELO RIVERA ARANCIBIA
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE HUALPÉN
COLÓN N° 7948
HUALPÉN

Con fecha 25 de octubre de 2011, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas y Especificaciones Técnicas, para la propuesta pública de la concesión denominada "Concesión del Servicio de Aseo y Ornato de la Comuna de Hualpén", 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 (en adelante, las "Instrucciones Generales").

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

I. CRONOGRAMA DEL PROCESO

1. El artículo 7 de las Bases Administrativas establece que “los oferentes deberán estudiar la propuesta de acuerdo al calendario de fechas proporcionado en el sistema de información de acuerdo a la Ley de compras públicas”.
2. Por su parte, el artículo 19° de las referidas Bases, denominada “Del inicio de los servicios”, no señala la fecha en que se realizará el acta de entrega de terreno, con que se dará comienzo a la ejecución del contrato. El establecimiento de dicha fecha es esencial, por cuanto conforme lo establece el párrafo 2°, el no cumplimiento de esta obligación o la no concurrencia del adjudicatario o su representante, dará derecho a la municipalidad para resolver el contrato y hacer efectiva las boletas de garantía vigentes.
3. De esta manera, las Bases hechas llegar a esta Fiscalía no presentan un cronograma de la licitación, lo cual incrementa el nivel de incertidumbre que enfrentan los potenciales oferentes.
4. Al respecto, se hace presente a esa I. Municipalidad que, para poder realizar un examen acabado de las presentes bases, resulta indispensable contar con información completa sobre los principales hitos y la concreción de sus plazos. Por lo antes dicho, se ruega adjuntar el calendario de la licitación que considere todos los hitos del proceso, tales como llamado a licitación, cierre de las ofertas, adjudicación y fecha de inicio de los servicios. Al respecto, se recomienda a ese municipio establecer plazos prudentes entre la suscripción 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 Tercero de las Instrucciones.
5. Por otro lado, el artículo 1° de las Bases Administrativas, en su inciso cuarto, señala que “la presente propuesta será publicada....en un diario de reconocida

circulación nacional y otro regional con, a lo menos, 30 días hábiles de anticipación a la recepción de las ofertas”, contraviniendo así lo dispuesto por el Resuelvo Tercero de las Instrucciones Generales.

6. En efecto, este señala: *“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”*.
7. A juicio de esta Fiscalía, la inclusión de dicha un calendario licitatorio, así como la adecuación de los plazos a lo establecido por las Instrucciones Generales, resulta de la mayor relevancia puesto que dotar de certeza y de tiempos prudentes a los proponentes, elimina barreras a la entrada en el proceso y aumenta la desafiabilidad entre oferentes.
8. 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. DURACION DEL CONTRATO

9. Los artículos 10 y 11 de las Bases Administrativas hacen referencia a la duración del contrato, la cual se establece en 8 años a partir de la firma del mismo..
10. Este plazo no se condice con los plazos comunes en la industria que, según antecedentes recopilados por esta Fiscalía, no superan los cuatro a cinco años. El plazo que se ha establecido es excesivo por cuanto rigidiza innecesariamente la disputa por la provisión del servicio. Esta cláusula contraría el Resuelto primero de las Instrucciones, que señala: “Las bases de licitaciones de servicios recolección, transporte y disposición de residuos sólidos domiciliarios deberán cautelar la debida transparencia y garantía de libre acceso, estableciendo condiciones generales, uniformes y objetivas”.

III. OFERTA DE SERVICIOS LICITADOS

11. Las Bases Administrativas Especiales, en su punto 4° inciso cuarto, señalan:
“Los oferentes deberán ofertar ambos servicios. En este último caso el presupuesto deberá desglosarse por servicio”.
12. Las Bases obligan a los oferentes a presentar ofertas por todos los servicios materia de la licitación, pero no se pronuncian acerca de la posibilidad de adjudicar los servicios a distintos oferentes.
13. Resulta importante también destacar que, la presente licitación hace alusión a la contratación de dos servicios; por una parte, el de Aseo, comprendido por los servicios de barrido de calles y avenidas, desmalezado, limpieza de calles, canales y sumideros de aguas lluvias, recolección de escombros y eliminación de microbasurales, aseo de ferias libres, y recolección y transporte de residuos sólidos. Y por otra parte, el servicio de Ornato, que comprende las actividades de mantención y aseo de áreas verdes, mantención de caminos

peatonales, mantención de infraestructura urbana y la mantención del vivero municipal.

14. 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;”*.
15. 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 de: por una parte, los servicios de barrido de calles y avenidas, desmalezado, limpieza de calles, canales y sumideros de aguas lluvias, recolección de escombros y eliminación de microbasurales, aseo de ferias libres, y recolección y transporte de residuos sólidos, y, por otra parte, las actividades de mantención y aseo de áreas verdes, mantención de caminos peatonales, mantención de infraestructura urbana y la mantención del vivero municipal.
16. Asimismo, se recomienda poner especial cuidado en la definición de los servicios materia de cada licitación, describiendo de forma precisa las actividades que comprende, modalidad de ejecución y fiscalización.

17. Lo anterior, en atención a lo dispuesto en el Resuelvo Segundo de “las Instrucciones”, que establece que en “*los procesos de licitación, deberán definirse en forma explícita los distintos servicios que se liciten.*”

IV. COMISION EVALUADORA

18. El artículo 15 de las Bases Administrativas Especiales, señala: “El informe técnico de evaluación de las propuestas y adjudicación será elaborado por una comisión de funcionarios municipales, nombrado por decreto alcaldicio.”
19. Las Bases no contemplan la conformación de una Comisión Evaluadora de las propuestas, ni forma de designación.
20. De acuerdo al Considerando 5° de las Instrucciones: “Las bases de todo proceso de licitación deberán precisar cómo se integrará la comisión evaluadora y establecer las pautas que se utilizarán para la calificación de los oferentes y sus propuestas.” Esto en miras a asegurar la debida transparencia en la adjudicación e igualdad entre los oferentes.

V. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

21. El artículo 13.1.2, en su literal d) establece que el proponente deberá presentar un certificado de experiencia en el servicio de aseo de calles, mientras que en artículo 4 se exige que el proponente tenga acreditación por las normas ISO 9001: NCh 9001.Of 2009 con alcance del sistema en mantención de áreas verdes.
22. En relación a la exigencia de acreditar por parte del proponente del cumplimiento de la norma ISO 9000, se hace presente que en consideración a la naturaleza de los servicios licitados esta Fiscalía, la considera excesiva por cuanto podría constituir una barrera a la entrada para potenciales oferentes.

23. El punto 4° de las Bases Administrativas Especiales, sobre oferentes que pueden participar, señala que sólo podrán participar aquellos oferentes que cumplan con “las especificaciones técnicas y administrativas indicadas en ambas bases y que tengan experiencia en el rubro”.
24. A su vez, el punto 13.1.2 sobre presentación de documentos que avalen la propuesta técnica, dispone: letra d) Certificado de Experiencia en Servicios de aseo de calles emitido por cualquier Municipalidad del país...”.
25. Por otra parte, el punto 15° de las referidas bases, incluye como criterio de evaluación de la oferta el ítem “Experiencia de la Empresa en servicios similares”.
26. Al respecto, cabe tener especialmente presente lo resuelto por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que en su Sentencia N° 77, de 04 de noviembre de 2008, en cuanto dispuso que: “la exigencia de experiencia debe referirse en general a ‘experiencia relevante’ ”, pronunciamiento que se encuentra en plena concordancia con lo establecido en el ya citado Resuelvo 6° de las Instrucciones de Carácter General, por lo que a este respecto, procede que esta exigencia sea acotada a la experiencia relevante que puedan acreditar 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 técnicamente excluidas de disputar este mercado.
27. Por otro lado, el numeral 12.2 establece que la boleta de garantía por concepto de fiel cumplimiento de contrato deberá ascender a un 10% del monto total del servicio ofertado.
28. De acuerdo a antecedentes recabados por esta Fiscalía, garantías equivalentes a tres mensualidades permiten a los municipios cautelar el fiel

cumplimiento del contrato, por lo cual se recomienda ajustar las exigencias, evitando que se erijan como barreras a la entrada para potenciales oferentes.

29. Finalmente, el capital del oferente, según lo establecido en el numeral 13.1, literal c), no podrá ser inferior a los \$300 millones.

30. Una exigencia como la señalada puede considerarse como excesiva, toda vez que la operación del servicio conforme lo establece el numeral 15.3, letra b) de las Especificaciones Técnicas del Servicio de Aseo, no exige la provisión de camiones recolectores los que serán provistos por la Municipalidad, o una inversión intensiva en capital, pudiendo erigirse como una barrera a la entrada que contravendría el 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”*.

31. Sin embargo, y respecto de lo anterior se hace presente que existe una incongruencia, por cuanto el numeral 21.1 de las referidas Especificaciones, establece que el contratista deberá adjuntar un listado de vehículos, maquinarias, equipos, herramientas a utilizar en el servicio. Situación que se solicita a ese I. Municipio aclarar.

III. CRITERIOS DE EVALUACION

32. El artículo 15 de las Bases Administrativas señala los criterios de evaluación e indica:

33.Las ofertas de Aseo y Ornato son evaluadas de acuerdo a las siguientes ponderaciones:

Criterio	(%)
Experiencia	40%
Propuesta Técnica	60%

34.Se hace presente a ese Municipio lo establecido en 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 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”.

35.De esta manera, las Bases de Licitación remitidas a esta Fiscalía deben establecer como criterio principal de adjudicación el precio ofrecido por las oferentes. En el evento que la I. 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. DISCRECIONALIDAD

36.El punto 19° de las Bases Administrativas Especiales, señala: *“Si el oferente favorecido no suscribe el contrato en el plazo señalado, la municipalidad podrá*

dejar sin efecto el decreto alcaldicio de adjudicación y adjudicar a otro oferente...

37. La disposición antes señalada facultaría la municipalidad para, en caso de declarar desierta la licitación, adjudicar la propuesta a cualquier oferente válido, incluso prescindiendo de los resultados de la evaluación hecha por la Comisión.
38. El punto 15° inciso final, dispone: *“La Municipalidad comunicará a los oferentes la resolución del Sr. Alcalde que adjudique o declare desierta o inadmisibile la propuesta, a través del sistema de información, mercado público.”*
39. En el mismo orden, el punto 17° de las referidas Bases, señala: *“Una vez adjudicada la Propuesta mediante Decreto Alcaldicio, previo acuerdo del Concejo Municipal, el adjudicado deberá suscribir el contrato correspondiente...”*.
40. Respecto a la adjudicación de la propuesta, no aparece de manifiesto qué autoridad será la encargada de decidir el resultado de la licitación en último término, ni bajo qué criterios se llevará a cabo; pues en las Bases no se indica si el Informe Técnico de Evaluación tendrá carácter vinculante respecto de la adjudicación de la propuesta.
41. De conformidad a lo dispuesto en el Resuelvo 7° de las Instrucciones de Carácter General, *“Las bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación...”*.
42. El punto 21.4 sobre término anticipado del contrato, de las Bases Administrativas Especiales, dispone el término: *“A solicitud del municipio, en caso que esto se deba a una situación de interés público, debidamente fundado...”*

43. Asimismo, El punto 21.7 sobre término anticipado del contrato, de las Bases Administrativas Especiales, contempla el término: *“A solicitud de la municipalidad, por razones fundadas...”*.
44. Los citados artículos no describen en forma clara las circunstancias objetivas y verificables, que configurarán dichas causales y que podrían motivar la resolución del contrato por parte de la autoridad; cuestión que desincentiva la participación de potenciales oferentes al aumentar significativamente el riesgo del negocio para ellos, dada la facultad implícita de poner término al contrato por cualquier incumplimiento y de forma unilateral por parte de la Municipalidad.
45. 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”*.
46. A mayor abundamiento, en relación a la discrecionalidad, la citada Sentencia N° 77/2008 del mismo H. Tribunal, confirmada por Sentencia de la Excm. 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”.

V. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

47. Las Bases Administrativas Especiales, señalan en su artículo 22°: *“Las multas descritas anteriormente, se aplicarán administrativamente y se descontarán de la factura mensual que la Dirección de Aseo, Ornato y M. Ambiente estime conveniente, dentro de la vigencia del contrato o de la garantía, sin forma de juicio ni instancias de apelación”.*

48. En relación a 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 desincentivar la participación de oferentes en estos procesos, podría vulnerar normas de orden público, tal como lo señalan las Instrucciones Generales en su Considerando 4°.

VI. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

49. Las Bases Administrativas Especiales, señalan en su punto 6° inciso tercero: *“Mediante aclaraciones el Municipio podrá introducir las modificaciones que estime necesario a la base de licitación y serán parte integrante de las Bases de licitación”.*

50. A su vez, el punto 10.1 de las referidas Bases, señala: *“La Municipalidad podrá en cualquier mes del año aumentar o disminuir la superficie de áreas verdes a mantener...”*.
51. En el mismo orden, el punto 10.2, dispone: *“La municipalidad en cualquier época del año podrá ampliar o disminuir las áreas de barrido, desmalezado y limpieza de calles y avenidas de la comuna...”*.
52. Disposiciones similares se encuentran en el punto 20° de las Bases Administrativas Especiales, sobre Modificaciones de Contrato.
53. 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 y verificables 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.

VI. DOCUMENTOS QUE COMPONEN LAS BASES

54. El punto 1° inciso quinto, de las Bases Administrativas Especiales, señalan: *“En caso de discrepancia entre los antecedentes de la licitación, estos tendrán la siguiente prelación”:*

PRELACION ADMINISTRATIVA:

- 1.- Aclaraciones

2.- Bases Administrativas Especiales

3.- Bases Administrativas Generales

4.- Contrato

55. Dada la necesidad de realizar un análisis completo de los documentos que rigen la licitación, se solicita a vuestro Municipio remitir las Bases Administrativas Generales aplicables a la propuesta a esta Fiscalía para su examen.

Por último, hago presente a ese 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 al señor Alcalde que las Bases consultadas sean modificadas conforme a lo observado.

Saluda atentamente a usted,

Por orden del Fiscal Nacional Económico,



JAIME BARAHONA URZÚA
SUBFISCAL NACIONAL