

ORD. N° 1701
ANT.: Consulta sobre Bases Licitación Pública propuesta "Recolección y transporte de residuos sólidos domiciliarios, vegetales y otros" Comuna San Esteban, Rol N°1980-11 FNE. Ords. N°334, 368 y 395 de 2 de diciembre de 2011, recibido el mismo día.
MAT.: Informa.

Santiago, 07 de diciembre de 2011

DE : SUBFISCAL NACIONAL (S)

**A : SR. RENE MARDONES VALENCIA
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE SAN ESTEBAN
AV. 26 DE DICIEMBRE 654
SAN ESTEBAN
REGIÓN DE VALPARAÍSO**

Con fecha 2 de diciembre de 2011, se ha recibido en esta Fiscalía el Anexo N° 8 que complementa el texto de las Bases Administrativas Especiales, Bases Administrativas Generales, Especificaciones Técnicas y Anexos para la licitación pública de la concesión del "Servicio de recolección y transporte de residuos sólidos domiciliarios, vegetales, escombros, de emergencia; de barrido y aseo de calles aceras y veredas; varios sectores de la comuna; y disposición final en relleno sanitario de la Comuna de San Esteban", 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.

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

I. DEFINICIÓN DE LOS SERVICIOS LICITADOS

1. En el artículo 13 literal a) de las Bases Administrativas Especiales subsiste una alusión al servicio de mantención urbana y de limpieza de sifones en distintos sectores de la comuna, el cual no estaría incluido en la licitación de acuerdo al texto enviado. Se sugiere eliminarlo.

2. A su vez, se reitera la necesidad de incluir en las Especificaciones Técnicas una descripción suficiente de la totalidad de los servicios licitados, concretamente para el servicio de barrido y aseo de calles, aceras y veredas de la comuna y para el de disposición final en vertedero.

3. Por otro lado, conviene recordar nuevamente lo dispuesto en las Instrucciones Generales, particularmente en su Considerando Sexto, según el cual 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".

4. Del mismo modo, recordar lo dispuesto en el Considerando Séptimo de las referidas Instrucciones según el cual "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".

5. El artículo 20 de las Bases Administrativas Especiales señala que la Ilustre Municipalidad podrá seleccionar a la Empresa que postule a la prestación de los "Servicios de Recolección y Transporte de Residuos Sólidos Domiciliarios, Vegetales, Escombros y de Emergencias; Barrido y Aseo de Calles, Aceras y Veredas, Sectores de nuestra comuna y/o Disposición Final en Relleno Sanitario", por separado, no recayendo necesariamente ambos servicios sobre la misma empresa. La idea de que son sólo dos los grupos de servicios que se licitan se encuentra contenida asimismo en otras disposiciones, tales como el artículo 23 y artículo 46 de las Bases Especiales, entre otros.

6. Teniendo en consideración que los servicios licitados podrían implicar una integración vertical en el caso que la empresa que adjudicataria sea dueña del relleno sanitario, desde la perspectiva de la libre competencia dicha situación no sería recomendable, toda vez que la empresa propietaria del relleno podría postular a la licitación con costos referidos a la disposición final inferiores a los que cobra a otras empresas que utilizan el relleno sanitario.

7. Así, se reitera a esa Municipalidad la recomendación anteriormente realizada en cuanto a que, a menos que existan causas justificadas, se establezcan licitaciones separadas que comprendan los servicios de: i) recolección y transporte; ii) disposición final de residuos domiciliarios y otros; y iii) de barrido y aseo calles, aceras y veredas en distintos sectores de la comuna. O bien, a fin de permitir en el mismo proceso ofertas separadas por cada uno de los servicios que se licitan, se contengan en las Bases, Especificaciones y Anexos, disposiciones claras que así lo establezcan, junto a los respectivos formularios de ofertas separadas, permitiendo expresamente al Municipio la posibilidad de realizar una adjudicación parcial de los mismos.

II. CRONOGRAMA DEL PROCESO

8. El artículo 21 literal b) de las citadas Bases dispone que "La notificación de la adjudicación de la propuesta, practicada en la forma señalada, implica: b) Que el adjudicatario deberá estar en condiciones de prestar el servicio licitado, desde el día 02 de Mayo del 2012. No obstante el adjudicatario tendrá un plazo de 60 (sesenta) días

corridos para la entrega de los camiones, maquinarias y equipos nuevos, desde el momento de la firma del contrato.”

9. La citada disposición una fecha determinada para el inicio de los servicios por lo que debe tenerse la precaución que esta sea concordante con el cronograma presentado en las Bases Administrativas Especiales.

10. Por otro lado, el artículo 29 de las Bases Especiales dispone que el contrato deberá ser suscrito dentro del plazo de 10 días hábiles contados desde la notificación a que se refiere el artículo 20, disposición que se refiere a la notificación del Decreto Adjudicatorio señalando que se notificará al proponente favorecido y a los demás mediante publicación de resolución en www.mercadopublico.cl. A su vez, el Cronograma contempla un plazo de 10 días entre la Adjudicación y la Firma del contrato. No se especifica, sin embargo, la época exacta en que debe notificarse la Adjudicación o Decreto Adjudicatorio lo que se sugiere puntualizar.

III. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

11. El artículo 20° de las Bases Administrativas Especiales que presenta los criterios de evaluación de las ofertas señala que en la "Evaluación técnica" se considerarán los siguientes aspectos y ponderaciones: "... los antecedentes solicitados en el artículo 15 de las Bases Administrativas Especiales." Por otro lado, respecto a la "Evaluación Administrativa", se indica que "se evaluará el mayor o menor cumplimiento de fondo y forma de los requisitos solicitados en el artículo 16 de las citadas Bases Administrativas".

12. A su vez, el Anexo N° 8 titulado Pauta de evaluación para selección del oferente, indica que la evaluación técnica se hace en función de la claridad con que se presenten los antecedentes solicitado en el Punto 15 de las Bases Administrativas Especiales. Por otro lado, respecto a la evaluación administrativa indica que se hace en función del cumplimiento o no con los requisitos señalados en el artículo 16 de las Bases Administrativas Especiales.

13. A juicio de esta Fiscalía, las citadas remisiones a los artículos 15 y 16 de las Bases Administrativas Especiales podría no ser concordantes con el contenido de los mismas, toda vez que el artículo 15 se refiere al sobre o caja A caratulado "Documentos Anexos", que deberá contener la oferta, y el artículo 16 se refiere al sobre o caja B caratulado "Propuestas Técnicas", que se refiere específicamente a aspectos técnicos de la propuesta.

IV. DISCRECIONALIDAD

14. La nueva redacción del artículo 70 literal k) de las Bases Administrativas Generales autoriza al Municipio a dejar automáticamente resuelto el contrato: "k)

Tratándose de concesiones, si la Municipalidad, estimare que concurren razones fundadas en las Bases Técnicas y Administrativas por las cuales se ha regido el contrato."

15. El artículo 31 de las Bases Administrativas Especiales señala en su literal a) como causal de terminación anticipada del contrato "El incumplimiento grave por parte del contratista, de cualquiera de las obligaciones que ha contraído en virtud del contrato." A su vez, el literal b) se refiere a "La no prestación íntegra de los servicios durante 2 (dos) días consecutivos, sin causa justificada, lo que calificará exclusivamente la Municipalidad." Sumado a ello, el artículo 40 que enumera las deficiencias que se sancionarán con la aplicación de una multa dispone en la actual letra l) "Cualquiera otra deficiencia no tipificada taxativamente en la enumeración anterior, será sancionada, con una multa cuyo mínimo será de 2 U.F (dos Unidades de Fomento)".

16. Las disposiciones referidas podrían permitir una aplicación discrecional por parte del Municipio ante lo cual resulta conveniente reiterar lo señalado sobre el particular por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en su Resolución N° 13/2006 en cuanto dispone: "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".

V. INMUTABILIDAD

17. Se reitera lo señalado anteriormente en el Oficio N° 1497 de fecha 3 de noviembre de 2011 por esta Fiscalía respecto a lo establecido en: a) el artículo 18 inciso 2° de las Bases Administrativas Especiales, el cual dispone que "Las respuestas a las consultas y observaciones formuladas, como asimismo, las aclaraciones, agregados, eliminaciones o modificaciones que la Municipalidad estimare conveniente realizar, se entregará vía mercado público el día y hora señalada en el portal de compras públicas para la presente licitación"; b) artículo 20 de las Bases Administrativas Especiales, en cuanto establece que la Municipalidad evaluará técnica y económicamente todas las ofertas presentadas y dictará un Decreto Adjudicatorio, pudiendo aumentar o disminuir partidas de la oferta mejor evaluada y que ha obtenido el mayor puntaje ponderado; y c) en el Párrafo I del Título I de las Bases Administrativas Generales relativo a Definición de términos, en cuanto al "Objeto licitado nuevo o extraordinario" y el "Aumento o disminución del objeto licitado".

18. Del mismo modo, se reitera lo dicho para el caso del artículo 11 de las Bases precitadas que indica: "Si las circunstancias lo aconsejan, previa resolución de la Municipalidad, podrá proponerse al oferente seleccionado la contratación de una cantidad de obra distinta a la ofertada, siempre que no exceda o disminuya en más o menos de un 15% (quince por ciento) del presupuesto oficial o disponible."; y lo señalado respecto al artículo 45 de las Bases aludidas en cuanto a que "La Municipalidad podrá ordenar la disminución o aumento de las cantidades de obra y/o objeto licitado contempladas en el

contrato, hasta un 15% del presupuesto. ..."; al artículo 46 que indica "Si durante el desarrollo del contrato es necesaria una ampliación del objeto licitado u obra extraordinaria el Contratista deberá ejecutarla; y al artículo 48 según el cual "No habrá modificaciones de los plazos oficiales, salvo que expresamente lo autorice la Municipalidad y solo podrá ser el necesario para efectuar un nuevo proceso licitatorio para la continuidad del Servicio y Objeto Licitado...."

19. Sumado a ello, la nueva redacción del artículo 26 de las Bases Administrativas Generales contempla la posibilidad que "... en el transcurso de su ejecución surgiesen imprevistos que modificasen las partidas y cantidades de estas respecto del objeto licitado ...", caso en el cual el contratista tendrá derecho a reclamar el cobro de mayores costos incurridos para el cumplimiento del contrato.

20. Sobre el particular, conviene reiterar que la posibilidad de efectuar modificaciones a las Bases, se contrapone con la inmutabilidad de las mismas cuyo contenido esencial, 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 Resuelto N° 1 de las Instrucciones de Carácter General.

21. De este modo, es 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.

VI. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

22. Sobre este aspecto se reitera lo señalado en relación al artículo 10° de las Bases Administrativas Generales que dispone: "Si los antecedentes técnicos son proporcionados por la Municipalidad, el oferente que se adjudique la Propuesta, será responsable por estos antecedentes, siendo de su cuenta y riesgo cualquier error u omisión que presenten. Por lo tanto, el proponente favorecido no podrá reclamar cobro, indemnización, ni efectuar cargo alguno a la Municipalidad, por los errores que pudieran contener. El Contratista deberá revisar y constatar todos los antecedentes del proyecto. Cualquier imprevisto será de cargo del oferente."

VII. OTRAS OBERVACIONES

23. Por otra parte, el artículo 78 actual en su parte final señala que "La Municipalidad aceptará total o parcialmente y/o corregir los Estados de Pago que conforme a las Bases de licitación y respectivo contrato estén mal presentados o tengan errores." Se sugiere aclarar la redacción de esta disposición a fin de presentar una información adecuada a los potenciales oferentes.

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,




CRISTIÁN REYES CID
SUBFISCAL NACIONAL (S)

Abogada FNE
Andrea Avendaño
Fono: 7535602 - 604