

ORD. N°: 1419 /

ANT.: Bases de la propuesta pública para la concesión de los “Servicios de Recolección de Residuos Sólidos Domiciliarios, Levante y Lavado de Ferias Libres y Barrido de Calles de la Comuna de Independencia”. Rol N° 1951-11 FNE.

Su Ord. N° 461/138, de 17 de agosto de 2011.

MAT.: Informa.

Santiago, **14 OCT. 2011**

DE : SUBFISCAL NACIONAL ECONÓMICO
A : SR. ANTONIO GARRIDO MARDONES
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE INDEPENDENCIA
AVDA. INDEPENDENCIA N° 753
INDEPENDENCIA

Con fecha 17 de agosto de 2011, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas Generales, Especiales y Técnicas, para la licitación pública de la concesión de los “Servicios de Recolección de Residuos Sólidos Domiciliarios, Levante y Lavado de Ferias Libres y Barrido de Calles de la Comuna de Independencia”, 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 de Licitación:

I. SERVICIOS LICITADOS

1. Aun cuando las Bases están caratuladas como “Servicio de Recolección de Residuos Sólidos Domiciliarios, Levante y Lavado de Ferias Libres y Barrido de Calles de la Comuna de Independencia”, las Bases Técnicas del servicio

de Recolección y Transporte de los Residuos Sólidos Domiciliarios de la Comuna, establecen, en su artículo N°2, que los servicios que son parte de la licitación corresponden a residuos domiciliarios, residuos públicos, residuos industriales y comerciales de origen doméstico, residuos excedentes y residuos voluminosos.

2. La falta de precisión podría generar incertidumbre a los posibles oferentes vulnerándose de esta forma lo previsto por el Resuelvo Segundo de las Instrucciones Generales que señala: *“En los procesos de licitación, deberán definirse en forma explícita los servicios licitados”*.
3. Más aún, en la definición de los Residuos Industriales y Comerciales de Origen Doméstico, se hace referencia a los acápite 3.2 y 3.1, los cuales son inexistentes en las Bases Técnicas en comento.
4. Por otro lado, además de los “Servicios de Recolección, Residuos Sólidos Domiciliarios, Levante y Lavado de Ferias Libres y Barrido de Calles”, el numeral 9.3, del artículo 4°, referido a la Modalidad de los Servicios, de las Bases Técnicas del servicio de Recolección y Transporte de los Residuos Sólidos Domiciliarios de la Comuna, establece que el adjudicatario deberá proveer 200 contenedores de 770 litros y 100 contenedores de 240 litros.
5. 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”*.
6. Adicionalmente, se hace presente que el Considerando 7° de las Instrucciones Generales dispone que *“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”*.

7. 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 distintas que comprendan por una parte la recolección de residuos sólidos domiciliarios; levante y lavado de Ferias Libres; barrido de calles y residuos públicos; residuos industriales y comerciales de origen doméstico; residuos excedentes y residuos voluminosos; y contenedores, o en caso contrario permitir ofertas separadas en el mismo proceso.

II. CRONOGRAMA DEL PROCESO

8. El numeral IV de las Bases Administrativas Generales establece que: *“el cronograma será de acuerdo al Decreto Alcaldicio Exento que aprueba las presentes Bases”*.
9. Se hace presente a ese municipio que las Bases deben cumplir las formalidades indicadas en el Resuelvo N°3 de las Instrucciones Generales, incorporando un cronograma detallado que contemple la totalidad de los hitos del proceso, con fechas ciertas que otorguen a los potenciales oferentes completa certeza en relación al proceso licitatorio facilitando así el libre acceso al proceso.
10. Por otro lado, las Bases de Licitación deben establecer plazos prudentes entre cada etapa del proceso, cautelando siempre que éstos no se constituyan en barreras a la entrada para potenciales participantes.
11. 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”*.

III. PAUTA DE EVALUACIÓN

12. El numeral 7.5, de las Bases Administrativas Generales establece los criterios para evaluar las diferentes ofertas:

60%	Valor de la oferta
20%	Oferta Técnica
10%	Empleo Mano de Obra de la Comuna
10%	Experiencia Acreditada

13. Además, el numeral señalado establece que se le asignará puntaje a la oferta técnica de acuerdo a:

- a) Si el oferente presenta servicios adicionales, se le otorgará como máximo un 5%.
- b) Si el oferente presenta vehículos o maquinarias de limpieza adicionales se le otorgará como máximo un 5%.
- c) La oferta que presente la flota más moderna obtendrá un 10% (año 2012). Se considerarán modernos los vehículos cuyo año de fabricación no sea anterior al año 2011.

14. 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”*¹.

15. En particular, la pauta de evaluación incorporada en las bases, no establece con claridad los servicios adicionales posibles de ofertar por parte del licitante así como las máquinas de limpieza adicionales relevantes para la licitación en

¹ Al respecto, cabe tener presente lo señalado por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en la Sentencia N° 92/2009, en su considerando trigésimo segundo dispone: *“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”*.

comento. Por tanto esta Fiscalía recomienda que estos servicios o vehículos adicionales sean claramente definidos a fin de que puedan ser evaluados previamente por parte de los posibles oferentes.

16. En atención a lo anteriormente expuesto se solicita a ese Municipio establecer los estándares mínimos de calidad exigibles en las bases de Licitación y, en caso de ser atendible, incorporar otros parámetros técnicos distintos al precio los cuales deberán justificarse fundadamente cuidando preservar como criterio principal de adjudicación el precio del servicio ofertado.

IV. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

17. La pauta de evaluación considera como criterio la “Experiencia Acreditada”, la cual contempla (i) montos facturados en el período 2009 a la fecha, en servicios de naturaleza similar (al cual se le asigna un 3%); (ii) facturación en la realización de este servicio en Municipalidades (5%), y (iii) experiencia acreditada por los socios o profesionales (2%).
18. Como se puede apreciar, aun cuando ese municipio considera la experiencia de los socios o profesionales encargados de las empresas participantes en la licitación, este criterio presenta una ponderación inferior respecto a la asignada a aquella acreditada mediante la facturación desde el año 2009 a la fecha, o a la otorgada a luego de acreditar la realización de servicios similares en Municipalidades.
19. Esta estructura de ponderaciones puede erigirse como una barrera a la entrada para una nueva empresa, toda vez que la misma está imposibilitada de acreditar experiencia a través ya sea de facturación o de servicios similares prestados a Municipios en el pasado. De este modo, mediante este mecanismo, se estaría privilegiando a las empresas de mayor tamaño sin mediar necesariamente un mejor servicio por parte de éstas.
20. Cabe tener presente 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”.

21. Por lo indicado, se sugiere a esa I. Municipalidad establecer un mínimo de experiencia relevante, a fin de evitar reducir injustificadamente el número de potenciales participantes en la licitación respectiva.
22. Por su parte el numeral 10.1, de las Bases Técnicas del servicio de recolección y transporte de residuos, establece: *“Con el propósito de asegurar a los vecinos en un servicio de calidad y cumplimiento de los horarios preestablecidos, como complemento y apoyo a los sistemas de control, el contratista podrá proveer a su costo, el equipamiento y rastreo y localización automática de vehículo a través de un sistema tipo GPS(...) este deberá ser instalado en cada uno de los camiones y camionetas de inspección que preste servicios a la Municipalidad de Independencia y se conectará con sistema de información geográfica (SIG), que entregará el adjudicatario y que sea compatible...”.*
23. Al respecto, se hace presente que para el rastreo y localización de vehículos debe bastar con cualquier herramienta informática que permita el control de la flota, sin restringir las ofertas sólo a aquellas soluciones que se interconecten al sistema S.I.G., de tal modo que este requisito no se erija como una barrera a la entrada de nuevos competidores a este mercado, en conformidad al Resuelvo 6° de las Instrucciones de Carácter General, el cual 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”.*

V. DISCRECIONALIDAD

24. El numeral 7.5.1, párrafo tercero, de las Bases Administrativas Generales, referido a la Adjudicación de Propuesta, establece: “El Alcalde mediante Decreto Alcaldicio fundado, declarará desierta la licitación cuando no se

presenten ofertas, o bien, cuando éstas no sean convenientes a los intereses municipales...

25. La disposición señalada contraviene 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"*².
26. Más aún, a juicio de esta Fiscalía, el numeral señalado podría facultar a esa Corporación para desentenderse de los criterios de evaluación establecidos en las Bases de Licitación para la adjudicación de la propuesta, adjudicando la licitación a cualquier oferente válido, vulnerando el Resuelvo 7° de las Instrucciones Generales, el cual dispone, que: *"Las Bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación".* En todo caso, debe tenerse presente que, tal como señala el Resuelvo en comentario que *"en la medida que ello no signifique una arbitrariedad, es lícito que las municipalidades (...) declaren desierta una licitación en aquellos casos en que ninguna de las propuestas se ajuste a sus necesidades...las municipalidades estarán obligadas a iniciar una nueva), ajustando las bases de la misma a las necesidades identificadas en el proceso declarado desierto"*.
27. A mayor abundamiento, en relación a la discrecionalidad, la Sentencia N° 77/2008 del mismo H. Tribunal, confirmada por Sentencia de la Excma. 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*

² Resolución N° 13 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de fecha 27 de junio de 2006. Consulta de la DGAC sobre Bases de Licitación de Redes Hidrantes, Rol NC 103-05. Considerando Décimo quinto, página 10.

*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.”*

VI. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

28. El numeral 13.6, de las Bases Administrativas, se refiere a la *“Responsabilidad del Contratista”, señalando: “El Contratista sólo podrá subcontratar parte de las obras, siempre que obtenga la correspondiente autorización de la I. Municipalidad de Independencia...”.*
29. La facultad conferida al oferente para subcontratar parte de la obras, permitiendo la ejecución del contrato por uno o varios operadores diferentes del adjudicatario original puede dar lugar a una reducción de la competencia efectiva en la fase de la licitación, ya que ciertas empresas que podrían acudir al proceso competitivo como licitadores, optarían por no hacerlo o, por participar en forma menos agresiva, prefiriendo actuar como subcontratistas, con la consiguiente relajación de las condiciones de competencia de la licitación.
30. Sobre el particular, se hace presente que la posibilidad de efectuar modificaciones a las Bases, se contraponen 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, garantidos por el Resuelvo N° 1 de las Instrucciones de Carácter General.

VII. OTROS

31. El articulado de las bases contiene diversos errores de numeración, lo que podría incrementar la incertidumbre de los potenciales oferentes. Se recomienda revisar la numeración de los diferentes acápite en las bases corregidas.
32. Por último, 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,



JAIME BARAHONA URZÚA
SUBFISCAL NACIONAL ECONÓMICO

Encargado FNE
Ximena Castillo
Fono: 7535604 7535602