

ORD. N°: 1532 /

ANT.: Consulta de esa I. Municipalidad sobre bases de licitación para la propuesta pública denominada "Concesión del Servicio de Recolección de Residuos Domiciliarios, Barrido de Calles y Aseo de Ferias Libres de la Comuna"; Rol N° 1984-11 FNE.

Su Ord. N°449, de 10 de octubre de 2011, recibido el día 19 de octubre de 2011.

MAT.: Informa.

Santiago, 09 NOV. 2011

DE : SUBFISCAL NACIONAL

A : SR. SERGIO MEDEL COSTA
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE MOSTAZAL
PLAZA DE ARMAS S/N
MOSTAZAL, PROVINCIA DE CACHAPOAL
REGION DEL LIBERTADOR GENERAL BERNARDO O'HIGGINS

Con fecha 19 de octubre de 2011, se han recibido en esta Fiscalía las Bases de licitación para la propuesta pública denominada "Concesión del Servicio de Recolección de Residuos Domiciliarios, Barrido de Calles y Aseo de Ferias Libres de la Comuna", 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.

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

I. DEFINICIÓN DE LOS SERVICIOS LICITADOS

1. Aún cuando el proceso licitatorio se encuentra caratulado en las Bases Administrativas como “Concesión del Servicio de Recolección de Residuos Domiciliarios, Barrido de Calles y Aseo de Ferias Libres de la Comuna”, en las Bases Técnicas se denomina “Servicios de recolección, transporte, disposición de residuos en vertedero La Yesca, limpieza y barrido de calles y veredas, aseo de ferias libres y provisión de contenedores para la Comuna de Mostazal”, título que comprende más servicios.

2. Por otro lado, el numeral 7. del artículo 29 de las Bases citadas señala que se multará como falta grave: “7. Por entregar o disponer los residuos resultantes del servicio adjudicado en lugares no ofrecidos en su oferta, por vehículo y día sorprendido.”

3. A su turno, el numeral 3. de las Bases Técnicas relativo a la Descripción del trabajo incluye dentro de los items que se contratarán, la provisión de contenedores domiciliarios. Diversas disposiciones de las Bases Administrativas y Técnicas hacen alusión a estos bienes, sin embargo, no se considera su valor en el Formato N° 4 sobre Oferta Económica.

4. Por otro lado, el citado numeral 3. también incluye dentro de los trabajos que se contratarán el servicio especial de aseo en ferias libres. Más adelante, los numerales 3.8 y 3.9 le adicionan festividades patrias y 1° de noviembre.

5. Finalmente, aún cuando se dispone que la disposición final se realizará en el vertedero “La Yesca”, u otro, en el párrafo tercero del título Descripción del Servicio a Concesionar contenido en el Capítulo I, se dispone que “ ... se entiende como responsabilidad de la empresa contratista la provisión del servicio en todas sus etapas a partir de la evacuación de los residuos sólidos domiciliarios, por parte de los usuarios en los horarios y forma acordados, transporte y disposición final de estos al relleno sanitario La Yesca, dispuesto y cancelado por el Municipio, ...”. Dicha frase, al igual que otras empleadas tales como “ ... y el traslado de la

disposición final ...”; o, “el traslado a la disposición final al relleno sanitario La Yesca”; etc. pueden resultar confusas e inductivas a error, más aún por la diferente denominación que se da al proceso, ya reseñada, por lo que se sugiere aclararlas.

6. En consecuencia, y a fin de cumplir con la exigencia establecida en el Resuelvo 2° de las Instrucciones de Carácter General que establece que en “los procesos de licitación, deberán definirse en forma explícita los distintos servicios que se liciten.”, resulta necesario aclarar tanto en el título de la propuesta como en el cuerpo de las Bases, Especificaciones, Formularios y Anexos, la totalidad de servicios que comprende el proceso licitatorio y a la vez contemplar una definición precisa de los mismos, a fin de proporcionar una adecuada información a potenciales oferentes.

7. Por otro lado, cabe considerar lo dispuesto por el Considerando Sexto de las citadas Instrucciones generales que dispone: “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”.

8. Adicionalmente, el Considerando Séptimo de las referidas Instrucciones 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”.

9. 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 para los servicios de: i) recolección y transporte; ii) limpieza y barrido de calles y aseo de ferias libres; y iii) provisión de contenedores de ser el caso. 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 los respectivos formularios de ofertas separadas.

II. CRONOGRAMA DEL PROCESO

10. Si bien el Calendario incorporado a las Bases incluye ciertos hitos del proceso licitatorio, no se encuentran especificados adecuadamente la adjudicación de la licitación y el inicio de los servicios.

11. Con respecto a la publicación de las Bases, se establece que esta se hará en el sistema de compras y contratación pública www.mercadopublico.cl el día 20 de octubre de 2011. A su vez, se señala como fecha tope para presentar consultas el día 3 de noviembre de 2011.

12. En relación a lo expuesto, resulta aconsejable que esa I. Municipalidad realice la divulgación del proceso atendiendo a lo establecido en el Resuelvo 3° de las Instrucciones Generales, esto es, por medio de su publicación 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.

13. Por otro lado, cabe considerar lo dispuesto en el Resuelvo 9° de las citadas Instrucciones en cuanto a 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 llamado respectivo.”

14. Particularmente en cuanto a los plazos, corresponde destacar que el Resuelvo 6° de las Instrucciones sobre la materia establece 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 (...)”, disposición que refuerza la necesidad de consignar

plazos prudentes, de manera que no se constituyan en barreras a la entrada para los oferentes.

15. Confirma lo expuesto 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”.

16. En concreto, y aún más considerando la exigencia contemplada en el Capítulo I de las Bases Administrativas bajo el título Descripción del Servicio a Concesionar, en cuanto a utilizar camiones del año 2012, resulta relevante la adecuación y definición de los plazos contemplados en el cronograma de acuerdo a los criterios señalados, tanto en dicho apartado como en todo el texto remitido, todo ello con el objetivo de eliminar barreras a la entrada y aumentar la desafiabilidad entre los posibles participantes.

III. CRITERIOS DE EVALUACION

17. A juicio de esta Fiscalía, la forma de evaluación y asignación de puntaje en el caso de la Oferta Técnica otorga un margen de interpretación demasiado amplio, dado que no se define concretamente qué parámetros se utilizarán para evaluar los diferentes subfactores, lo cual incrementa los niveles de incertidumbre que enfrentan los potenciales oferentes y podría eventualmente significar una aplicación discrecional por parte del Municipio.

18. Así, 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.

19. Por otro lado, el artículo 16 de las Bases Administrativas dispone en cuanto al criterio experiencia, comprendido en la oferta técnica, que “Respecto de la experiencia acreditada relevante del rubro que se licita y/o del rubro de transporte, se considerará válida aquella obtenida en los últimos 3 años, ya sea de la empresa, de los socios, gerentes y/o profesionales participantes de la licitación, debiendo estos últimos ser parte permanente de la dotación del equipo de la empresa en el transcurso de duración del contrato. Si dicho profesional por cualquier motivo deja de pertenecer a la empresa éste deberá ser reemplazado inmediatamente por otro de similares características”.

20. Al respecto, es menester considerar lo resuelto por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en la Sentencia N° 77 precitada 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”.

IV. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

21. En la Descripción de los servicios a concesionar contenida en el Capítulo I de las Bases Administrativas se indica “... así mismo el traslado a la disposición final al relleno sanitario La Yesca, contratado por el municipio, a través de camiones recolectores con cajas compactadoras, ambos elementos nuevos, sin uso, del año 2012,....”.

22. A mayor abundamiento, el artículo 21 establece una Fase de implementación según la cual “Se considerará un período de 30 días para la implementación del Servicio; durante este tiempo el Contratista deberá mejorar y completar todo lo

relativo a la operación del servicio, es decir, recorridos, horarios, provisión de equipos y vestuario, ...:"

22. Aún cuando no se contiene en el texto un Cronograma completo que incluya la fecha de inicio de los servicios, entre otras, la exigencia de camiones sin uso del año 2012 más un período de implementación de 30 días constituye una barrera a la entrada para nuevos participantes.

23. Por otro lado, en el artículo 31 letra g) se contempla dentro de los documentos que el contratista deberá presentar conjuntamente con la factura para el pago de los servicios: "g) Certificado emitido por el propietario o representante legal del relleno sanitario, con una antigüedad no superior a 15 días, que acredite la cantidad de residuos depositados correspondientes a los recolectados en la Comuna de Mostazal.". Así, si la disposición final no resulta ser uno de los servicios incluidos en la propuesta, dicha exigencia resulta excesiva.

24. De esto modo, las cláusulas descritas podrían contrariar lo dispuesto en el Resuelvo 6° de las Instrucciones de Carácter General el cual dispone 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".

25. Concordante con ello es lo anticipado en el numeral 14. en cuanto a 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, según ha establecido la jurisprudencia del H. Tribunal.

V. DISCRECIONALIDAD

27. En el párrafo 3° del acápite Antecedentes Generales, Introducción, contenido en el Capítulo I de las Bases Administrativas, se dispone que “Las presentes bases de Licitación, en adelante Las Bases, están orientadas a generar un espacio de competencia entre las distintas empresas interesadas en ofrecer sus servicios a la Municipalidad de Mostazal, para que fruto de ello, el Municipio pueda tomar la mejor opción en beneficio de sus intereses y de la comunidad a la cual sirve.”

28. Por otro lado, el artículo 17 de las Bases referidas relativo al Contrato, dispone en su primer párrafo que “Dentro de los cinco días corridos siguientes contados desde la fecha de notificación de la adjudicación, el Adjudicatario deberá suscribir el contrato respectivo, todo bajo, apercibimiento de tenerse por desistido de la adjudicación, haciéndose en este caso efectiva la garantía de la Seriedad de la Oferta, sin derecho a ulterior recurso, pudiendo adjudicarse la Licitación al Oferente que le siga en orden de prelación o efectuar un nuevo llamado, previo Acuerdo de Concejo Municipal.”

29. En otro sentido, el artículo 14 de las Bases citadas, párrafo 8°, dispone que “Con la sola presentación del Oferente a la propuesta a través de Mercado Público, se entiende que éste conoce y acepta las Bases Administrativas, Especificaciones Técnicas, Aclaraciones a la Propuesta, Ley N° 19.886 y su Reglamento y en general, todos los antecedentes que la conforman, y no podrá alegar desconocimiento de ellas, bajo ninguna circunstancia, estando obligado a cumplirlas cabalmente, aunque ellas no se señalen en forma tácita ni expresa en estas Bases Administrativas y Especificaciones Técnicas.” La citada disposición da a entender que además de la normativa que componen las disposiciones referidas podrían existir otras que resultasen aplicables y que no estén señaladas en forma expresa ni tácita en las Bases Administrativas y Especificaciones Técnicas.

30. El artículo 24 de las Bases Administrativas indica en su literal A. que “El contratista deberá ejecutar los servicios de acuerdo con el proyecto presentado y

la calidad del servicio exigida en las Bases. En caso de duda primará el criterio de la Municipalidad.”

31. A su turno, el artículo 35 de las mismas Bases contempla las causales de extinción del contrato señalando que se extinguirá por: c) Resolución fundada de la Municipalidad, por incumplimiento de una de las obligaciones por parte del Contratista y en este caso se pondrá término en forma unilateral, anticipada y sin forma de juicio y sin derecho a indemnización por parte del Contratista.” No se determina, sin embargo, cuál o qué tipo de obligaciones son las que darán lugar a la extinción.

32. Por otro lado, el numeral 3.7 de las Bases Técnicas estatuye que “El contratista a petición de la Municipalidad, deberá en casos excepcionales, retirar basuras o residuos especiales, lo que hará en el menor plazo posible con el programa de recolección habitual.” No se establecen, sin embargo, cuáles serán esos casos excepcionales.

33. 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”.

34. Más aún, a juicio de esta Fiscalía, las cláusulas que permiten a la autoridad desechar ofertas y adjudicar el proceso licitatorio en virtud de disposiciones discrecionales, podrían facultar a esa Municipalidad para desentenderse de los criterios de evaluación establecidos en las Bases para la adjudicación de la propuesta, otorgando la licitación a cualquier oferente válido. Se vulneraría de esta forma el Resuelvo 7° de las Instrucciones de Carácter General, mediante el cual se dispone que “Las Bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación”.

35. 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 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”.

36. En definitiva, la adjudicación de la licitación debe realizarse a aquel oferente que obtenga el mayor puntaje de acuerdo a los criterios de evaluación y ponderaciones previamente establecidos en las bases administrativas, tal como lo establece el artículo 10 de la Ley N° 19.886 sobre Bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, en concordancia con los artículos 37 y 41 de su Reglamento.

VI. INMUTABILIDAD

37. El artículo 2 de las Bases Administrativas que contiene Definiciones dispone respecto a las Aclaraciones: es el conjunto de explicaciones dadas por la Municipalidad en respuesta a las consultas o de propia iniciativa, que tienen por objeto aclarar o complementar las Bases, salvar omisiones o rectificar.

38. Más adelante, el artículo 4 numeral 8 del literal D. de las Bases citadas dispone “Modificación itinerario de la licitación: La Unidad Técnicas podrá modificar el calendario de la propuesta o la fecha fijada para la apertura, previa comunicación a través del Portal www.mercadopublico.cl”; y el artículo 7 siguiente establece en su numeral 2. que el proyecto de la prestación de los servicios deberá ajustarse a: 2. Las Especificaciones Técnicas y todas sus enmiendas posteriores.

39. A su turno, el numeral 3.10 de las Bases Técnicas señala que “La frecuencia de recolección de residuos sólidos domiciliarios Urbanos y Rurales, según se contempla en los puntos 3.1 y 3.2, deberá ser de acuerdo a la propuesta presentada al momento de la licitación. No obstante este podrá ser modificado de común acuerdo de las partes y en función a las necesidades de la comuna según las modificaciones que presente esta en el tiempo que dure el contrato.”

40. Por otro lado, el artículo 22 de las Bases Administrativas indica en la letra B.- “La correspondencia oficial entre el Contratista y la Municipalidad, relacionada con la prestación de los servicios y sus modificaciones, se realizará mediante Oficios”

41. Sobre el particular, conviene señalar que la posibilidad de efectuar modificaciones a las Bases, se contraponen 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 Resuelvo N° 1 de las Instrucciones de Carácter General.

42. En consecuencia, resulta 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.

VII. RENUNCIA DE ACCIONES

43. El numeral 6.- del artículo 29 de las Bases Administrativas dispone que “La multa se entenderá como definitiva desde que venzan los plazos para presentar la reposición o apelación de la misma, o desde que se notifique la que las rechaza.” Dicha disposición da a entender que en contra de la multa no procederán más recursos que la reposición en contra del Director de Obras Municipales y la apelación en contra del Alcalde, dejando fuera, de este modo, otras acciones administrativas y jurisdiccionales.

44. Por otro lado, el artículo 35 de las mismas Bases relativo a la extinción del contrato dispone en la letra c) que en dicho caso “ (...) se pondrá término en forma unilateral, anticipada y sin forma de juicio y sin derecho a indemnización por parte del Contratista.”

45. 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°. Adicionalmente, se contraviene 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 ...”.

VIII. OTRAS OBSERVACIONES

46. Resulta contradictoria la disposición contenida en el en el Capítulo I de las Bases Administrativas según la cual los camiones recolectores con cajas compactadores deben ser elementos nuevos, sin uso, del año 2012, con aquella

contenida en el numeral 6.2 de las Bases Técnicas conforme a la cual “La cantidad máxima de vehículos recolectores será el año 2011.”

47. Por otro lado, el artículo 18 de las Bases precitadas bajo el título Comodato de Vehículo Municipal establece en su párrafo tercero “El vehículo que será entregado en propiedad a la Municipalidad es un camión recolector con caja compactadora de 15 m3, año 2011 que se entregará al contratista en comodato por el período de vigencia de la concesión.” Dicha disposición resulta confusa.

48. A su vez, el numeral 6 del artículo 13 de las Bases Administrativas está incompleto y el artículo 36 de las Bases Administrativas letra E.- es poco claro en los términos en que está redactado, lo que se sugiere aclarar.

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,

Abogado FNE:
Andrea Avendaño B.
Fono: 7535604



JAIME BARAHONA URZÚA
SUBFISCAL NACIONAL