

ORD. N°: 0045 /

ANT.: Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases de Licitación Pública para la propuesta denominada "Contratación Servicio de Recolección y Transporte a Disposición Final de Residuos Sólidos Domiciliarios de la Comuna de Olmué"; Rol N°2021-12 FNE.

Su Ord. N°0615/2011, de 22 de diciembre de 2011, recibido el día 26 de diciembre de 2011.

MAT.: Informa.

Santiago, **12 ENE. 2012**

DE : SUBFISCAL NACIONAL (S)

A : SR. TOMÁS ARANDA MIRANDA
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE OLMUÉ
CALLE ARTURO PRAT N° 4901
OLMUÉ, REGIÓN DE VALPARAÍSO

Con fecha 26 de diciembre de 2011, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas Generales, Términos Técnicos de Referencia y Anexos para la licitación pública de la propuesta denominada "Contratación Servicio de Recolección y Transporte a Disposición Final de Residuos Sólidos Domiciliarios de la Comuna de Olmué", 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. Aun cuando las bases están caratuladas como “Contratación Servicio de Recolección y Transporte a Disposición Final de Residuos Sólidos Domiciliarios”, los Términos Técnicos de Referencia incluyen en este tipo de residuos a aquellos “asimilables” entre los que se identifican los provenientes de establecimientos educacionales, consultorios de salud, cuarteles de bomberos, carabineros, ferias libres y recintos deportivos municipales, entre otros.
2. Al respecto, cabe tener presente lo dispuesto por el Considerando Séptimo de las Instrucciones de carácter general en cuanto señala 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”*.
3. En consecuencia, resulta necesario aclarar tanto en el título de la propuesta como en el cuerpo de las Bases y Términos Técnicos de Referencia la totalidad de servicios que comprende el proceso licitatorio, del mismo modo que incluir una adecuada definición de los mismos a fin de proporcionar suficiente información a potenciales oferentes.
4. Sin perjuicio de lo expuesto, conviene recordar que las Instrucciones Generales establecen en su Considerando Sexto que *“... 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”*. O bien, a fin de permitir en el mismo proceso ofertas separadas por cada uno de los servicios licitados, se contengan en las Bases, Términos Técnicos y Anexos, disposiciones claras que así lo establezcan, junto los respectivos formularios de ofertas separadas.

II. CRONOGRAMA DEL PROCESO

5. El Calendario de Licitación relativo a la propuesta no señala fechas determinadas para cada hito del proceso. Por otro lado, tampoco se incorpora el inicio de los servicios.
6. Al respecto, corresponde señalar que el Resuelvo 6° de las Instrucciones referidas 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 participantes, lo que refuerza la necesidad de consignar plazos prudentes, de manera que no se constituyan en barreras a la entrada para ellos.
7. Confirma lo anterior la Sentencia N° 77/2008, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ¹, 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”*.
8. Por otro lado, con respecto a la publicación de la oferta, se dispone en el cronograma que esta se hará mediante publicación en Mercado Público, lo que se reitera en el cuerpo de las Bases.
9. Se aconseja a vuestra I. Municipalidad efectuar la publicación de la licitación atendiendo a las medidas de publicidad consignadas en 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*.

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

10. Finalmente en relación al Cronograma de la licitación, cabe recordar lo dispuesto en el Resuelvo 3° de las Instrucciones de Carácter General según el cual *“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 ofertas, ...”*

III. DURACIÓN DEL CONTRATO

11. El numeral 8 de las Bases Administrativas Generales establece un plazo de ejecución de 3 años con la posibilidad de prorrogarse por períodos de 1 año, cada vez.
12. Al respecto, cabe representar a esa Municipalidad que para ajustarse a las Instrucciones, la posibilidad de prorrogar el contrato debe ser por un plazo breve y sólo para el caso de circunstancias especiales que permitan asegurar la continuidad del servicio.

IV. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

13. El numeral 13 de las Bases Administrativas Generales presenta los criterios de evaluación de las ofertas, que se pueden resumir en la siguiente tabla:

Criterios	Ponderación
Oferta económica	30%
Capacidad económica	15%
Experiencia relevante	20%
Calidad del equipamiento propuesto	10%
Plan de mantenimiento	10%
Remuneraciones del personal	10%
Presentación de documentos	5%
Total	100%

14. Sobre el particular, resulta necesario considerar lo establecido por 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”.

15. Es así que el criterio precio u oferta económica debe tener una ponderación de al menos un 50% más uno del total.
16. Sumado a ello, cabe hacer presente que en el evento que la Municipalidad decida ponderar elementos distintos del precio, debe justificarse la inclusión de estos en la evaluación de las propuestas.

V. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

17. El numeral 13.3 de las Bases Administrativas Generales establece en cuanto al factor *Experiencia relevante* que “el puntaje máximo lo tendrá el proponente que demuestre la mayor experiencia relevante en contratos de servicios similares”².
18. Al respecto, cabe tener presente lo resuelto por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en su Sentencia N° 77, citada anteriormente, en cuanto a que: “la exigencia de experiencia debe referirse en general a ‘experiencia relevante’ y no necesariamente en el rubro de los servicios que se licitan propiamente tales”.
19. La cláusula descrita podría contrariar lo dispuesto en el Resuelvo 6° de las Instrucciones de Carácter General, el que 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*”.

² Énfasis nuestro.

VI. DISCRECIONALIDAD

20. El numeral 14 de las Bases Administrativas Generales en su literal a) señala que *“En el caso que se rechacen por causas fundadas todas las ofertas, se procederá a declarar la inadmisibilidad de ellas, lo que será comunicado a los oferentes. En este caso y si correspondiera se efectuará una nueva propuesta”*.³
21. Lo anterior, contraviene lo dispuesto en el Resuelvo 7° de las Instrucciones de carácter general que señala *“En caso de declarar desierta una licitación, las Municipalidades estarán obligadas a iniciar una nueva, ajustando las bases de la misma a las necesidades identificadas en el proceso declarado desierto.”*
22. Por otro lado, el numeral 1 de las citadas Bases, en su inciso segundo dispone que *“En caso de haber cualquier discrepancia entre las Bases Administrativas Generales, los Términos Técnicos de Referencia, el contrato y demás documentos del proceso licitatorio, será facultad de la Unidad Técnica resolver tales discrepancias, en la mejor forma que beneficie al servicio ...”*⁴
23. 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”*.

VII. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

24. El numeral 5 de las Bases señala que la contratación de los servicios se hace bajo la modalidad de suma alzada *“sin que proceda, en consecuencia, pagar mayores trabajos ejecutados, ampliar plazos, ni otorgar indemnización por concepto o motivo alguno ...”*⁵

³ Énfasis nuestro.

⁴ Énfasis nuestro.

⁵ Énfasis nuestro.

25. En relación a la imposibilidad de los oferentes para reclamar, apelar y exigir indemnizaciones, cabe señalar lo dispuesto en el Considerando Cuarto de las Instrucciones de carácter general en cuanto señala 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.

VIII. OTRAS OBSERVACIONES

26. El numeral 5 relativo a la contratación bajo la modalidad de suma alzada, precedentemente citado, establece que no procede pago por mayores trabajos ejecutados. A su vez, el numeral 1 de los Términos Técnicos de Referencia estatuye que durante el período que media entre el 15 de diciembre y 15 de marzo, la frecuencia establecida podrá aumentarse, lo cual será pagado de manera adicional y proporcional.

27. Las disposiciones referidas podrían resultar discordantes razón por la cual se sugiere, a fin de proporcionar una adecuada información a potenciales oferentes, su aclaración.

28. Por otro lado, el numeral 10 inciso tercero de las Bases Administrativas dispone que *“No se recibirán ofertas después de la hora indicada en el Calendario de Licitación. Además, a partir de dicha hora, los oferentes no podrán retirar ni modificar sus propuestas.”* No se fijan, sin embargo, horas en dicho Calendario.

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)

Abogado FNE
Andrea Avendaño B.
Fono: 7535604 7535602