

ORD. N°: 0109 /

ANT.: Bases para la "Concesión de Limpieza y Retiro de Residuos Sólidos Domiciliarios, Aseo y Ornato de Áreas Verdes y Otros Servicios de la Comuna de Río Negro, Años 2012-2014". Rol 2032-12 FNE

Su Ord. N° 54/4, de 06 de enero de 2012.

MAT.: Informa.

Santiago, 31 ENE. 2012

DE : SUBFISCAL NACIONAL
A : SR. CARLOS SCHWALM URZÚA
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE RÍO NEGRO
VICUÑA MACKENNA N°277
RÍO NEGRO
X REGIÓN DE LOS LAGOS

Con fecha 11 de enero de 2012, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas Generales, Bases Administrativas Especiales, Bases Técnicas y Anexos para la licitación pública "Concesión de Limpieza y Retiro de Residuos Sólidos Domiciliarios, Aseo y Ornato de Áreas Verdes y Otros Servicios de la Comuna de Río Negro, Años 2012-2014", 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. DEFINICION SERVICIOS LICITADOS

1. La licitación está caratulada como "Concesión de Limpieza y Retiro de Residuos Sólidos Domiciliarios, Aseo y Ornato de Áreas Verdes y Otros Servicios de la Comuna de Río Negro, Años 2012-2014". Sin embargo, el numeral 3 de las Bases Administrativas Generales, indica como servicios a

- contratar mediante la presente licitación: a) Recolección de Residuos Sólidos Domiciliarios y su transporte al lugar de disposición final; b) Barrido y Aseo de las calles y plazas de la ciudad de Río Negro y de la localidad de Riachuelo; c) Aseo de la Feria Libre de Río Negro; d) El aseo de oficinas y baños que se dispongan en edificios municipales; e) Mantener una cuadrilla de emergencia en el Dpto. de Operaciones Municipales; f) Obras Complementarias.
2. A su vez, las Especificaciones Técnicas detallan los siguientes servicios a contratar por medio de la licitación: 1) Limpieza y Retiro de Residuos de Feria Libre, Comercio Itinerante y Actividades Masivas; 2) Barrido y/o Limpieza de Calles en Río Negro, Localidad de Riachuelo, Diurno o Nocturno; 3) Retiro de Residuos Voluminosos de la Vía Pública y Resultantes del Ornato de la Vía Pública; 4) Aseo y Ornato de Áreas Verdes y Juegos Infantiles de Río Negro y Localidad de Riachuelo; 5) Mantención, Limpieza y Administración de Cementerio de Av. La Paz y Bellavista; 6) Aseo Oficinas en Edificio Municipal de Vicuña Mackenna y Paul Harris; 7) Mano de Obra; y 8) Manejo Vertedero Municipal, Recolección y Disposición Final de Residuos (dos modalidades).
 3. Los citados numerales no guardan coherencia entre sí respecto a los servicios que se licitan. Además, de ellos se extrae que la presente licitación posee un contenido más amplio que el que implica su denominación.
 4. Por otra parte, los servicios materia de la presente licitación, en principio, deben ser objeto de licitaciones distintas; lo cual no obsta la posibilidad de adjudicar dos o más servicios a una misma empresa, si el resultado de la licitación así lo aconsejare.
 5. Lo anterior, en atención a lo dispuesto en el Considerando Sexto de las "Instrucciones", que establecen: *"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;”

6. En consecuencia, esta Fiscalía recomienda a su I. Municipalidad, que a menos que existan causas justificadas, establezca licitaciones separadas para los servicios materia de la presente licitación, en la siguiente forma: Limpieza y Retiro de Residuos de Calles, de Feria Libre, Comercio Itinerante y Actividades Masivas; Recolección de Residuos Sólidos Domiciliarios, Voluminosos y Resultantes del Ornato de la Vía Pública; Aseo y Ornato de Áreas Verdes y Juegos Infantiles de Río Negro y Localidad de Riachuelo; y Manejo de Vertedero Municipal y Disposición Final de Residuos.
7. También, se hace presente a vuestra Ilte. Municipalidad, que los servicios de “Mantención, Limpieza y Administración de Cementerio de Av. La Paz y Bellavista”, “Aseo Oficinas en Edificio Municipal de Vicuña Mackenna y Paul Harris” y “Mano de Obra”, corresponden a prestaciones de naturaleza distinta a las reguladas en 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; por lo que se solicita licitar tales servicios por en forma separada.

II. CRONOGRAMA

8. El numeral 8 de las Bases Administrativas Generales, sobre el calendario de la licitación, señala: “La presente Licitación: CONSULTAS, ACLARACIONES, RECEPCIÓN Y APERTURA DE PROPUESTA se efectuará de acuerdo al calendario establecido en el decreto que aprueba las presentes BAG”.
9. Por su parte, el numeral 7.1, inciso segundo de las mismas bases, sobre antecedentes de la oferta en la etapa administrativa, señala: “Estos antecedentes deben ser subidos al portal en los días y horas señalados en el Decreto que aprueba las presentes BAG a la etapa administrativa”.
10. En el mismo orden, el numeral 7.3 de las bases en análisis, sobre presentación de antecedentes de la oferta económica, dispone: “La oferta económica debe

ser subida al portal www.mercadopublico.cl, el día y hora señalada en el Decreto que aprueba las presentes BAG”.

11. Disposiciones similares se encuentran en los numerales 8.1 y 8.2 de las mencionadas Bases Administrativas Generales y en los 8 y 9 de las Bases Administrativas Especiales.

12. Al respecto, se hace presente a vuestra I. Municipalidad que, en virtud de los principios de transparencia e igualdad entre los oferentes, y 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 anterior, se solicita adjuntar el calendario de la licitación.

13. Asimismo, se recomienda a ese municipio confeccionar dicho itinerario poniendo especial atención en el establecimiento de plazos prudentes entre la adjudicación 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 3° de las citadas Instrucciones.

14. Lo anterior, en concordancia a lo dispuesto en el Resuelvo N° 6 de las Instrucciones Generales, que establece: *“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 (...)”*.

III. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

15. El numeral 13 de las Bases Administrativas Especiales, muestra la siguiente tabla de factores de evaluación y ponderaciones:

Factores de evaluación	Puntaje
Precio	30
Características técnicas	30
Experiencia	30
Oferta adicional	10
Total	100

16. Respecto al criterio "Precio", el numeral 4 de las Bases Administrativas Generales, en su inciso 4, establece que "para la presentación de la oferta se debe ofertar para las dos modalidades, es decir, considerar dos situaciones", las cuales se presentan en las Especificaciones Técnicas numerales 8.1 y 8.2. Éstos, a su vez, hacen referencia a la "situación actual" y "situación optimizada". Sin embargo, las bases no señalan qué ponderación tendrán las ofertas que presenten los postulantes para cada una de las situaciones establecidas en las Bases.
17. Por otro lado, las Bases en análisis vulneran 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."*
18. En efecto, la pauta de evaluación otorga una ponderación del 30% al precio ofertado. A objeto de cumplir con el resuelvo antes citado, esta Fiscalía recomienda establecer como principal criterio de evaluación de las propuestas el de Oferta Económica, dándole una valoración superior al 50% del puntaje total.
19. Se hace presente a ese municipio lo señalado por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el Considerando Trigésimo segundo de la Sentencia N° 92/2009, que 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."*
20. Por otra parte, las bases no presentan en forma clara las modalidades de evaluación de los diferentes criterios. En efecto, el numeral 13 de las Bases Administrativas Especiales, en su párrafo sobre la evaluación del ítem "Características Técnicas", señala: "Este puntaje se asignará en relación al análisis del numeral 7.2 letra a) de las BAG." El párrafo antes citado, aun cuando establece los formatos en los cuales los oferentes deben presentar su propuesta, no determina los criterios conforme a los cuales se evaluará la oferta técnica de la misma; como por ejemplo, número de camiones, número de trabajadores, año de fabricación de los equipos, etc.

21. El numeral 13 de las Bases Administrativas Especiales, también indica como factor a evaluar el ítem “Oferta adicional” con una ponderación del 10% del puntaje total.
22. Al respecto, el numeral 17 de las mismas bases, señala: “La oferta adicional consiste en que el oferente puede presentar ofertas adicionales a lo solicitado en la presente licitación, lo que será evaluado con un 10%”. No obstante, las bases no describen los criterios objetivos conforme a los cuales se evaluará esta oferta adicional, lo cual incrementa los niveles de incertidumbre que enfrentan los potenciales oferentes. Por lo anterior y a modo de salvaguardar el principio de igualdad de los oferentes y de evitar que pueda constituirse en una fuente de arbitrariedad en la adjudicación, se solicita establecer claramente cual es específicamente la oferta que se va a evaluar, la cual deberá referirse directamente a los servicios licitados.

IV. COMISIÓN EVALUADORA

23. El numeral 9.1. de las Bases Administrativas Generales, sobre la evaluación y adjudicación de la licitación, señala: “Las ofertas presentadas, serán estudiadas y analizadas por una comisión evaluadora designada por Decreto Alcaldicio”.
24. Las Bases no señalan la forma en que se integrará definitivamente la Comisión Evaluadora, con lo cual se vulnera el texto expreso del Resuelvo 5° de las Instrucciones de carácter general, que señala: *“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”*.

V. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

25. El numeral 7.1 literal a) de las Bases Administrativas Generales, sobre presentación de antecedentes, señala: “Experiencia del oferente (Anexo 2) subir al portal www.mercadopublico.cl, en este caso la municipalidad se reserva el derecho de realizar las consultas necesarias para recavar (sic) los antecedentes suficientes para avalar el buen desempeño en la prestación de

servicios afines a la licitación, sobre todo el no tener situaciones legales pendientes”.

26. A su vez, el numeral 13 de las Bases Administrativas Especiales, en su párrafo sobre la evaluación del ítem “Experiencia”, señala: “Este puntaje se asignará en relación con el análisis de los anexos 2 y 3. Asignando 5 puntos por cada contrato demostrado en donde no hayan reclamaciones pendiente y se haya prestado un servicio de calidad y que a juicio de la comisión sea compatible con la licitación en curso, para el efecto solo contarán experiencias superiores a un año, sobre dos años y más se dará el doble del puntaje (10 puntos)”.

27. Sobre el particular, 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”*.

28. Adicionalmente, hacemos presente a usted que la aplicación práctica de esta exigencia debe realizarse de manera tal que dicho requisito no se constituya en una barrera a la entrada al mercado para nuevas empresas, por lo que bastaría tener por suficiente la experiencia acreditada por 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 excluidas de disputar este mercado.

VI. DISCRECIONALIDAD

29. El numeral 11.4 de las Bases Administrativas Generales, señala: “El contrato podrá terminar anticipadamente por mutuo acuerdo de las partes, o por incumplimiento del contrato por parte del Contratista”.

30. El citado numeral no describe en forma precisa qué tipo de incumplimientos podrían motivar la resolución del contrato por parte de la autoridad; circunstancia 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 ante cualquier incumplimiento y de forma unilateral por parte de la Municipalidad.

31. Por su parte, el numeral 13 inciso cuarto de las Bases Administrativas Especiales, señala: “La Comisión Evaluadora realizará un informe justificado de las ofertas, y propondrá al Alcalde la oferta más conveniente a los intereses municipales”.
32. A su vez, el numeral 9.3 de las Bases Administrativas Generales, sobre el informe técnico, señala: “La comisión evaluadora realizará un informe escrito al Sr. Alcalde, sobre el análisis y comparación de las ofertas efectuado por la Comisión, quien propondrá al Honorable Concejo Municipal, la adjudicación al oferente que hubiere presentado la oferta más conveniente al interés Municipal”.
33. En relación con el párrafo antes citado, el numeral 9.4 de las mismas bases, dispone: “El Sr. Alcalde adjudicará la propuesta, o la rechazará si existieren causales para ello, previo acuerdo de al menos un tercio del Concejo Municipal, de acuerdo a la letra i) del Art. 65 de la Ley Orgánica de Municipalidades”.
34. Los numerales antes citados no señalan en forma explícita el carácter vinculante de la evaluación técnica de la propuesta en conformidad con los criterios preestablecidos en las bases.
35. Por otra parte, las disposiciones señaladas no indican las circunstancias objetivas y verificables que configurarán las causales en virtud de las cuales vuestra I. Municipalidad podría rechazar la propuesta de adjudicación contenida en el Informe Técnico.
36. 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”.

37. 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, vulnerarían el mencionado resuelvo 7° de las Instrucciones de Carácter General, el cual dispone, además, que: “Las Bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación”.

38. 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”.**

39. 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 19.886, ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, en concordancia con los artículos 37 y 41 de su reglamento.

VII. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

40. El anexo “Declaración de Aceptación”, indica en su punto tercero que quien lo suscribe, declara: “Reconocer que la decisión de la Municipalidad relativa a la adjudicación de la presente licitación es inapelable y definitiva”.
41. 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. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

42. El punto 8.1 de las Bases Administrativas Generales, en su apartado sobre consultas, indica: “La Municipalidad responderá las consultas a través del sistema www.mercadopublico.cl. La Municipalidad de Río Negro, por su propia iniciativa o en repuesta a una consulta o solicitud de aclaración planteada por algún proponente, podrá enmendar, rectificar o adicionar las Bases de la licitación mediante aclaraciones”.
43. Sobre el particular, 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, 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.

IX. PRÓRROGA DEL CONTRATO

44. El punto 11.3 de las Bases Administrativas Generales, sobre duración del contrato, señala: “El contrato por los servicios que se licitan tendrá una duración desde el 1 de Octubre del 2011 al 31 de diciembre de 2013, con la posibilidad de ser prorrogado hasta por seis meses, según convenga al interés municipal”.
45. En el mismo orden, el punto 6 inciso segundo de las Bases Administrativas Especiales, sobre el plazo de ejecución de obras, señala: “El contrato, podrá ser prorrogado hasta por seis meses, según convenga al interés municipal y por mutuo acuerdo de las partes bajo las mismas condiciones establecidas en las BAG”.
46. Al respecto, esta Fiscalía considera que para ajustarse a las Instrucciones Generales, los contratos sólo podrán ser prorrogados por un plazo breve, de no más de seis meses, únicamente en caso de circunstancias determinadas, la posibilidad de prórroga debiese supeditarse a la concurrencia de circunstancias especiales, apreciables objetivamente, como en casos de caso fortuito o fuerza mayor y que se encuentren establecidos en las Bases de Licitación.
47. Asimismo, es necesario que se indique correctamente la fecha de inicio de los referidos servicios.

X. PUBLICIDAD

48. Las Bases de la licitación indican como único medio de difusión de la propuesta su publicación en el sitio www.mercadopublico.cl.
49. En miras de garantizar la debida publicidad de las licitaciones, la transparencia y el libre acceso, es que las Instrucciones establecen en su Resuelvo N°3 que: *“Las municipalidades deberán publicar el llamado que realicen con una anticipación mínima de 60 días corridos previos a la fecha prevista para la recepción de 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.”

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,



JAIME BARAHONA URZÚA
SUBFISCAL NACIONAL

Encargado FNE
Ximena Castillo
Fono: 7535604 -7535602