

ORD. N°: 108/

ANT.: Consulta de la I. Municipalidad de Malloa sobre Bases de la licitación pública para la concesión de los "Servicios de limpieza de calles, recolección y transporte de residuos domiciliarios". Rol FNE 1400-09.

MAT.: Informa.

Santiago, **10 FEB. 2009**

DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO (S)

A : SR. LUIS BARRA VILLANUEVA
ALCALDE
I. MUNICIPALIDAD DE MALLOA
BERNARDO O'HIGGINS N° 525
MALLOA

Con fecha 28 de enero de 2009, se han recibido en esta Fiscalía las "*Bases Administrativas Especiales Servicio de Aseo Comuna de Malloa 2009-2012*", referidas a la contratación de servicios de limpieza de calles, recolección y transporte de residuos domiciliarios, preparadas por la I. Municipalidad de Malloa, 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, dictadas de conformidad al Decreto Ley N° 211, sobre defensa de la libre competencia.

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

I. DEFINICION DE LOS SERVICIOS LICITADOS

1. El numeral 1 de las Bases establece: "*Las presentes Bases Administrativas y Especificaciones Técnicas se refieren a la contratación por parte de la Municipalidad de Malloa del Servicio de Aseo en la comuna de Malloa, lo*

que involucra la limpieza de calles, la recolección y transporte de los residuos domiciliarios al Relleno Sanitario Colihues La Yesca”.

2. Esta Fiscalía, estima conveniente que, como una manera de generar una mayor competencia, se deben permitir ofertas separadas para cada servicio licitado, habida consideración de que las escalas de negocios pueden diferir entre los mismos, sin perjuicio que la adjudicataria de los distintos procesos resulte fundamentalmente ser una misma empresa. Sin embargo, en caso que el Municipio considere adecuado aceptar una oferta global por todos los servicios licitados, deberá justificar su decisión en criterios objetivos y comprobables.

II. COMISION EVALUADORA

3. El numeral 8 de las Bases Administrativas, denominado “De la Adjudicación, Aceptación y Resolución de la Propuesta” indica que *“la Municipalidad constituirá una Comisión Evaluadora, integrada por profesionales de la Dirección de Obras o Secplac quienes cumplirán la tarea de verificar, analizar los antecedentes presentados, otorgar puntajes a los criterios de evaluación pre-establecidos, analizar el calculo y emitir informe proponiendo adjudicación.”*
4. Dicha cláusula indica en forma vaga e imprecisa la integración de esta Comisión, contraviniendo las Instrucciones de Carácter General, que en su Resuelvo 5° señala: *“Las Bases de todo proceso de licitación deberán precisar cómo se integrará la comisión evaluadora.”*

III. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

5. De acuerdo al numeral 8 de las Bases Administrativas Especiales, la Comisión Evaluadora tendrá por objeto el estudio de las ofertas según los criterios de evaluación que se exponen a continuación:

CRITERIOS DE CALIFICACION	PONDERACION
Oferta Económica	70%
Valor del Servicio	50%
Oferta Unitaria de Recolección	5%
Oferta Unitaria de Transporte	5%
Oferta Unitaria de Barrido de Calles	5%
Oferta Unitaria de Barrido de Pasajes	5%
Experiencia (*)	15%
Calidad de los Vehículos y Equipos (**)	15%
TOTAL	100%

(*) La experiencia es evaluada según los montos de los contratos ejecutados o en ejecución.

(**) La calidad de vehículos y equipos es evaluada según su año de fabricación.

6. El Resuelvo 4° de las Instrucciones Generales establece: *“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”*.
7. De conformidad a lo anterior, para ajustarse a esas Instrucciones, las bases deben establecer los requerimientos técnicos mínimos, calificando positivamente a todo aquel oferente que cumpla esos requisitos, y luego decidir entre éstos por el que realice la mejor oferta económica.
8. En el evento que la 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.
9. Cabe Indicar, además, en relación al criterio de evaluación “Experiencia”, que el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en su Sentencia 77/2008, de 4 de noviembre de 2008¹, señaló: *“...atendido que la*

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

recolección, transporte y disposición de residuos no es un rubro particularmente sofisticado desde el punto de vista tecnológico, este Tribunal considera que la exigencia que debiera hacerse en un proceso de licitación como el que motiva esta causa, debiera referirse más bien a “experiencia relevante” y no necesariamente en el rubro de los servicios que se licitan propiamente tales. Ello por cuanto lo que necesita saber una compañía para desempeñarse satisfactoriamente en esta industria es realizar un manejo adecuado desde el punto de vista logístico de una red de vehículos y personas para recolección y transporte, experiencia que puede obtenerse en otras industrias...” (Considerando Quincuagésimo quinto).

10. Por otro lado, basta 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.
11. Por último, hago presente a usted que, conforme al citado Resuelvo 4° de las Instrucciones Generales, siendo el precio el factor preponderante al momento de adjudicar, salvo pronunciamiento debidamente fundado de ese Municipio, procede que sea evaluada la oferta económica de todos aquellos oferentes que cumplan con los requisitos mínimos que indiquen las Bases, como son los de experiencia, no debiendo –por tanto- ser este factor objeto además de ponderaciones diferenciadas.

IV. DISCRECIONALIDAD

12. El numeral 8.3 de las Bases Administrativas establece que *“la Municipalidad de Malloa podrá rechazar una o mas propuestas e incluso omitir adjudicar una licitación, si existen razones que fundamenten dicha decisión. En caso de producirse alguna estas situaciones, los oferentes no tendrán derecho a reclamo o indemnización alguna.”*

13. De conformidad a lo dispuesto en el Resuelvo 7° de las Instrucciones de carácter general, *“las Bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación”*.
14. Por su parte, la Resolución N° 13/2006, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, señaló: *“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* De conformidad a lo dispuesto en el Resuelvo 7° de las Instrucciones de carácter general, *“las Bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación”*.

estableció: **“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;”**

16. En consecuencia, conforme a lo señalado, hago presente a usted que para asegurar la debida transparencia de la actuación municipal, las bases deberán especificar, al menos a modo ejemplar, cuáles o qué tipo de razones serán aptas para hacer efectivo lo señalado en el numeral 8.3 de

las mismas. Además una vez efectuadas las ofertas, la selección del proponente al que se adjudicará la licitación y la desestimación de las mismas, deberán fundarse de manera objetiva, en base a criterios previamente establecidos en las Bases, como ya se ha indicado.

V. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

17. El numeral 4.6 de las Bases Administrativas indica que *“los servicios contratados pondrán ampliarse o disminuirse en base a los precios unitarios u otro sistema que la Municipalidad permita. En ningún caso dichas ampliaciones o disminuciones podrán superar el 25% del monto original del contrato.”*

18. Al respecto, en aras de preservar el principio de inmutabilidad de las Bases y permitir un grado de flexibilidad que permita al Municipio atender los cambios en las condiciones bajo las cuales se presta el servicio licitado, por ejemplo, la necesidad de extender los mismos a nuevas zonas colindantes debido a la construcción de nuevas poblaciones en radios urbanos inmediatos a las zonas en que se licitan los servicios, esta Fiscalía instruye a esa I. Municipalidad para que incorpore un acápite a las Bases que permita, de común acuerdo entre esa Corporación y el adjudicatario, efectuar ajustes al valor del contrato, sujeto al cumplimiento de criterios objetivos, previamente establecidos en las Bases, como pueden ser: cambios en el número o extensión de ferias, variaciones en el número de calles barridas, entre otros.

VI. INICIO DE LOS SERVICIOS Y CRONOGRAMA DEL PROCESO



19. El numeral 16 de las Bases Administrativas Especiales establece que: *“Puesto que el actual contrato termina el 31 de Enero de 2009, la Empresa o Contratista adjudicado deberá programarse de tal forma para que el nuevo servicio comience el día 01 de Febrero de 2006 [sic], pues así no será interrumpido”.*

20. Por su parte, el numeral 6.4 de esta Bases, establece que el acto de apertura de las ofertas correspondería al día 21 de abril de 2009.
21. A partir de ello, se solicita a esa I. Municipalidad que, ajustándose al Resuelvo 3° de las Instrucciones de Carácter General, tenga a bien enmendar el texto de las Bases, en orden a eliminar las inconsistencias en las mismas, estableciendo y explicitando plazos prudentes entre las instancias del proceso, en particular entre la suscripción del contrato y el inicio de operaciones, cautelando que dichos plazos no se constituyan en barreras a la entrada para potenciales participantes.
22. En este sentido y considerando que las Bases en consulta no lo acompañan, esta Fiscalía solicita a esa I. Municipalidad sea incorporado un cronograma detallado del proceso, que contemple todos los hitos relevantes del mismo, como son: la fecha de adjudicación, la fase de implementación, etc., y que -de esta manera- reduzca los niveles de incertidumbre.
23. Cabe hacer presente a ese Municipio, además, que la Sentencia N° 77 estableció que la Bases deben ser hechas llegar a esta Fiscalía con la debida antelación, de manera tal que *"...la revisión de Bases de licitación, así como el intercambio de información... 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."*
24. El Resuelvo N° 9 de las Instrucciones de Carácter General, es claro al efecto, al indicar 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 respectivo llamado."*
25. Por último, se hace presente a esa I. Municipalidad que el Resuelvo 6° de las Instrucciones de carácter general 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 oferentes, lo que refuerza la necesidad de consignar plazos prudentes en las Bases, de manera que no se constituyan en barreras a la entrada para los potenciales participantes.

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,


 **JAIME BARAHONA URZUA**
FISCAL NACIONAL ECONOMICO (S)

Abogado FNE
Rosmarie Boeri Hein
Fono: 7535662