

ORD. N°: 128 /

ANT.: Consulta de la I. Municipalidad de Pencahue sobre Bases Administrativas y Técnicas para la licitación de Servicios de Recolección, Transporte y Disposición de residuos domiciliarios". Rol FNE 1406-09.

MAT.: Informa.

Santiago, **19 FEB. 2009**

DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO (S)
A : SRA. LUCY LARA LEIVA
ALCALDESA
I. MUNICIPALIDAD DE PENCAHUE
ALEJANDRO CRUZ VERGARA N° 891
PENCAHUE

Con fecha 06 de febrero de 2009, se han recibido en esta Fiscalía las "*Bases Administrativas y Técnicas para la Licitación de Servicios de Recolección, Transporte y Disposición de Residuos Domiciliarios de la Comuna de Pencahue*", 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 1.1. de las Bases Administrativas dispone: "*El o los contratos que el municipio celebre en virtud del presente llamado a licitación para la contratación de servicios de recolección y transporte de residuos*

1

domiciliarios, barrido de calles, aseo de ferias libres y/o persas se regirá (n) por los siguientes antecedentes y normas...”

2. Esta Fiscalía estima conveniente, como una manera de generar mayor competencia, en particular, en el mercado de barrido de calles y en el de aseo de ferias libres y/o persas, se permita efectuar ofertas separadas, habida consideración de que las escalas de negocios pueden diferir entre los distintos servicios a licitar. En caso que el Municipio considere necesario aceptar una oferta global por todos los servicios licitados, deberá justificar su decisión en criterios objetivos y comprobables.
3. Por otro lado, el numeral 12.3. de las Bases Administrativas señala: “(...) *Para el caso de los camiones recolectores, se deberá.*” [sic], dejando la oración inconclusa y no especificando adecuadamente el servicio que se estaría solicitando al adjudicatario.
4. Lo anterior contraviene el Resuelvo 2° de las Instrucciones Generales, que establece que: “*En los procesos de licitación, deberán definirse en forma explícita los distintos servicios que se licitan*”; disposición que tiene por objeto minimizar los niveles de incertidumbre, permitiendo una mayor participación de oferentes, al existir claridad respecto del tipo de servicio y de los plazos que requiere el proceso y el licitante.

II. COMISIÓN EVALUADORA

5. El numeral 14 de las Bases Administrativas, en su párrafo segundo, contempla una Comisión de Evaluación de Apertura de las Ofertas, compuesta por: “...*el Secretario Municipal, quien actuará como Ministro de Fe, la Director de Asesoría Jurídica, el Secretario Comunal de Planificación, y otros funcionarios que el Alcalde designe para este efecto.*”
6. De similar modo, el numeral 15.1 de las referidas Bases, en su párrafo segundo, establece que “*La Comisión Evaluadora estará integrada por: el*

Administrador Municipal, director de Asesoría Jurídica, Director de SECPLA, Director de Administración y Finanzas, o quien ellos designen."

7. Los numerales transcritos indican en forma vaga e imprecisa la integración de las respectivas Comisiones, contraviniendo las Instrucciones de carácter general en su Resuelvo 5°, el cual señala: *"Las Bases de todo proceso de licitación deberán precisar cómo se integrará la comisión evaluadora."*
8. En consecuencia, la Bases deben explicitar, de manera clara, la manera como se designarán los integrantes de las aludidas Comisiones.

III. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

9. De acuerdo al numeral 15.1 de las Bases Administrativas, los criterios para la evaluación de las propuestas, son los siguientes:
 - a) Precio o valor de la oferta mensual: 80%¹
 - b) Cumplimiento de Bases: 20%²
10. De acuerdo al Resuelvo 4° de las Instrucciones Generales, *"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"*.
11. Para ajustarse a referidas 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. En el evento que la Municipalidad decida

¹ "La propuesta que presente el valor más bajo de la oferta obtendrá 80 puntos para las ofertas siguientes se les ponderará de forma proporcional, con la siguiente fórmula:
(menor valor/ valor oferta) x 80."

² "Para la evaluación del cumplimiento de Bases se ponderará con un máximo de 20 puntos, en este ítem se considerará principalmente la antigüedad del camión, su tamaño y la potencia del motor."

ponderar elementos distintos del precio (ej.: condiciones de remuneración al personal, distancia al lugar de disposición final, valor del combustible, etc.), 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 deberá indicar en forma clara la manera que cada uno de estos criterios será evaluado, de manera de cautelar la *“debidamente transparencia y garantía de libre acceso, estableciendo condiciones generales, uniformes y objetivas”*, tal como agrega el Resolvo 1° de las Instrucciones Generales.

12. Cabe hacer presente, asimismo, en relación a las exigencias mínimas, que el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en su Sentencia 77/2008, de 4 de noviembre de 2008³, señaló: *“...atendido que la 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).

IV. DISCRECIONALIDAD

13. En el último párrafo del numeral 15.1 de las Bases Administrativas, se establece lo siguiente: *“Efectuada la evaluación se elaborará un informe técnico de ella recomendando la adjudicación o rechazo de las propuestas conforme a base, lo que servirá de fundamento y antecedente de la adjudicación.”*

³ Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de la I. Municipalidad de Curicó.

14. Lo anterior puede constituir una fuente de discrecionalidad, toda vez que - como se ha señalado- el criterio final y decisivo debe ser el económico, es decir el menor precio ofrecido, respecto de todas aquellas ofertas que cumplan con los criterios técnicos mínimos. La referida evaluación debe realizarse previo a la revisión de las ofertas económicas y no después.
15. Por otro lado, el numeral 18.4 de las Bases Administrativas, párrafo tercero, establece que: *“Sin perjuicio de lo anterior, de ser conveniente a los intereses municipales, la municipalidad podrá declarar desistida la propuesta pública e iniciar un nuevo proceso de licitación”*; el último párrafo del numeral 17.1 señala que *“...De no convenir a los intereses municipales las otras ofertas el municipio podrá declarar desistida la propuesta e iniciar un nuevo proceso de licitación”*; y el numeral 18.5.2, al referirse a la Resolución del contrato, dispone que *“El contrato podrá resolverse administrativamente sin necesidad de requerimiento judicial alguno, y sin derecho a indemnización de ninguna especie para el contratista, cuando éste incurra en cualquier incumplimiento grave del contrato a juicio exclusivo de la municipalidad y, en especial, por alguno de los motivos que por vía ejemplar y sin que la numeración sea taxativa, se señalan a continuación...”*
16. A juicio de este Servicio, las cláusulas señaladas constituyen una fuente de discrecionalidad, vulnerando el Resuelvo 7° de las Instrucciones de carácter general, que dispone lo siguiente: *“Las Bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación. (...) En caso de declarar desierto 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...”*
17. En el mismo sentido, 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 a participar en la licitación y, por lo tanto, disminuya la competencia ex ante”.

18. A mayor abundamiento, en relación a la discrecionalidad, la Sentencia N° 77/2008, 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;”**
19. En consecuencia, resulta necesario asegurar la debida transparencia de la actuación municipal, eliminando la discrecionalidad en su proceder. Así, la selección del proponente al que se adjudicará la licitación y la desestimación de las ofertas, deberán fundarse de manera objetiva, en base a criterios previamente establecidos en las Bases.

V. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

20. El numeral 3.1. de las Bases Administrativas se refiere a Sanciones y Multas, señalando en su último párrafo: *“Cualquier otra deficiencia no tipificada será sancionada por la I.T.S. bajo un análisis comparativo con respecto a los valores anteriormente estipulados.”*

21. La posibilidad de efectuar modificaciones al contrato se contrapone con el principio de inmutabilidad de las Bases, previsto en el Resuelvo 2° de las Instrucciones Generales. Aquéllas, una vez iniciado el proceso de licitación, no pueden alterarse siquiera por la vía de las aclaraciones, enmendaduras, adiciones o supresiones al contenido esencial de las mismas, sin que se lesionen los principios de debida transparencia y garantía de libre acceso, tratados en el Resuelvo N° 1 de las Instrucciones.

VI. CRONOGRAMA DEL PROCESO E INICIO DE LOS SERVICIOS

22. Las Bases Administrativas, en su numeral 5. establecen que: *“Los oferentes podrán presentar su oferta, considerando lo siguiente: “Una oferta por un plazo de 3 años por los Servicios de Recolección, Transporte y Disposición final de Residuos Domiciliarios.”*
23. Asimismo el numeral 18.1. de esas Bases dispone: **“El plazo de duración del contrato será de 3 años, y regirá a contar del 1 de agosto del 2009, pudiendo renovarse hasta por 12 meses, por motivos justificados, la renovación deberá realizarla el municipio con al menos 30 días de anticipación a su vencimiento, mediante decreto alcaldicio”.**
24. En base a los antecedentes, esta Fiscalía estima que la duración de esos contratos debiese estar en torno a cuatro o cinco años, incluido un eventual período de prórroga, el cual debe ser por un breve espacio de tiempo (no más de seis meses) y bajo circunstancias especiales de buen servicio, apreciables objetivamente.
25. Lo anterior, en consideración a que un menor plazo podría desalentar la entrada de nuevos competidores, debido a que la duración del contrato no sería suficiente para recuperar la inversión realizada; mientras que, un plazo mayor en la duración del mismo restringe la competencia, al prolongar la falta de disputa para ese proveedor de servicios.

26. Por último, se hace presente a ese municipio, que las Bases en consulta no acompañan fecha alguna respecto de las etapas del proceso, por lo que es preciso que la I. Municipalidad de Penciahue, ajustándose al Considerando Tercero de las Instrucciones de carácter general, tenga a bien disponer, en las Bases, un cronograma detallando todas y cada una de las fechas de las distintas etapas o instancias del proceso de licitación, estableciendo plazos prudentes entre cada etapa del mismo, en particular entre la suscripción del contrato y el inicio de operaciones, cautelando que éstos no se constituyan en barreras a la entrada para potenciales participantes.
27. El Resuelvo 6° de las Instrucciones de carácter general contempla lo antes señalado, estableciendo 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, de manera que no se constituyan en barreras a la entrada.

VII. OTRAS OBSERVACIONES

28. El párrafo primero del numeral 1. de las Bases Administrativas, señala: “*La Municipalidad de Lo Prado llama a Licitación Pública para contratar...*” Es evidente que el texto de la cita precedente se encuentra errado en la sección destacada.
29. Asimismo, el numeral 16.1 de las Bases Administrativas señala que: “*La Municipalidad podrá aceptar cualquiera de las Ofertas presentadas según lo establecido en el punto 5.1 de las presentes Bases, fundamentando su decisión de conformidad a los criterios de evaluación...*”, en circunstancias que el numeral 5.1., no existe en las Bases y los criterios de evaluación se encuentran establecidos en el numeral 15.1.
30. Por otro lado, el último párrafo del numeral 5, y el penúltimo y último párrafos del numeral 5.2, incurren en consistencias al establecer distintos

números de contenedores que debe aportar el adjudicatario. Así, el numeral 5 señala: *“Este servicio comprende recolección predio a predio y mediante el uso de 15 contenedores, los que deben ser aportados por el contratista, en un período no superior a los tres meses primeros de servicio”*. Por su parte el numeral 5.2., penúltimo párrafo, establece: *“Total contenedores todo el año 10”*, lo que no coincide con la suma de los contenedores indicados por sectores. Por último, el párrafo final del referido numeral señala que *“El contratista deberá aportar un total de 14 contenedores, 12 instalados y 2 para reposición al final del contrato...”*.

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,




BORIS SANTANDER CEPEDA
FISCAL NACIONAL ECONOMICO (S)

Abogado FNE
Denise Jorquera M.
Fono: 7535662