

ORD. N°: 435/1

ANT.: Consulta de la I. Municipalidad de Peñaflor sobre Bases de la propuesta pública para la concesión de los "Servicios de recolección y transporte de residuos domiciliarios, públicos y otros; barrido y limpieza de calles con extracción de basuras y transporte". Rol FNE 1446-09.

MAT.: Informa.

Santiago, **30 ABR. 2009**

DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO  
A : SR. MANUEL FUENTES ROSALES  
ALCALDE  
I. MUNICIPALIDAD DE PEÑAFLOR  
ALCALDE LUIS ARAYA CERECEDA N° 1215  
PEÑAFLOR

Con fecha 7 de abril de 2009, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas, Bases Técnicas y anexos, del llamado a licitación para la concesión del servicio de "Recolección y transporte de los residuos domiciliarios públicos y otros; barrido y limpieza de calles con extracción de basuras y transporte", 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 a usted las disconformidades que, a juicio de esta Fiscalía, presentan las referidas Bases:

#### I. DEFINICION DE LOS SERVICIOS LICITADOS

1. El Artículo 3° de las Bases Administrativas Generales dispone: "*La Municipalidad de Peñaflor llama Licitación Pública para contratar los siguientes servicios:*

3.1 Servicio de Recolección de Residuos Domiciliarios con Transporte a Estaciones de Transferencias o Relleno Sanitario u Otro.

3.2 Servicios de Limpieza y Barrido de Calles con Transporte a Estaciones de Transferencias o Relleno Sanitario u Otro.

3.3 Servicios de Recolección de Residuos Públicos, Eventuales y Otros con transporte a Estaciones de Transferencias o Relleno Sanitario u Otro.”

2. Por su parte, de la Evaluación de la Oferta, se desprende que los servicios serán licitados de manera integrada.

3. Considerando lo anterior, esta Fiscalía estima conveniente, como una manera de generar mayor competencia en el servicio de *barrido de calles* y en el de *aseo de ferias libres*, que ese Municipio tenga a bien permitir ofertas separadas respecto de los servicios a licitar, habida consideración de que las escalas de negocio pueden diferir entre los mismos. Ello, sin perjuicio que, producto de mejores ofertas, un mismo oferente pueda adjudicarse la totalidad de los servicios licitados.

## II. CRITERIOS DE EVALUACION

4. Conforme al numeral 15.2 de las Bases Administrativas Generales, los criterios para la evaluación de los propuestas estarían dados según se expresa a continuación:

### a) OFERTA ECONOMICA (60%)

a.1) Extracción de Residuos Domiciliarios con transporte:	39%
a.2) Limpieza y Barrido de Calles con extracción y transporte:	18%
a.3) Promedio del arriendo de equipo:	<u>3%</u>
	60%

### b) OFERTA TECNICA (40%)<sup>1</sup>

<sup>1</sup> En este caso, se emplea la siguiente metodología. Se puntúa cada ítem de los que siguen a continuación con un valor de 0 – 10, donde 10 puntos se asociará al máximo porcentaje según se listan a continuación, y el resto de los puntajes se asociará a un porcentaje en base a una “regla de tres simple”, conforme a los ponderadores siguientes: b.1) Experiencia de la Empresa: 10%; b.2) Calidad del Plan Logístico: 55%; b.3) Calidad del Plan de Operaciones: 35%. Finalmente, el porcentaje obtenido se pondera por 40%, con lo que se obtiene el valor porcentual de la Oferta Técnica.

5. 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”*.
6. Por lo tanto, para ajustarse a las Instrucciones, las Bases deberían 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 ponderar elementos distintos del precio (ej.: condiciones de remuneración al personal, distancia al lugar de disposición final, valor del combustible, etc.), deberá señalar fundadamente las razones que justifican la decisión adoptada.
7. En cuanto al requisito de experiencia de la empresa, solicitado en el ítem de Oferta Técnica, esta Fiscalía estima necesario hacer presente que 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 2008, 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)

### III. DISCRECIONALIDAD

8. El numeral 9.4 de las Bases Administrativas Generales señala: *“Por el solo hecho de someter a consideración su oferta, el oferente renuncia automáticamente a cualquier reclamo contra la Municipalidad, pudiere suscitarse con motivo o como consecuencia de su decisión sobre las*

*calificaciones de los oferentes y sobre las adjudicaciones respectivas. Se deja constancia que la decisión de la Municipalidad respecto a dichas materias es privativa y discrecional, y que no la obliga a expresar los motivos de la misma hacia el exterior.”*

9. A juicio de esta Fiscalía, lo anterior constituye una fuente de discrecionalidad, puesto que faculta a esa Corporación para desentenderse de los criterios de evaluación establecidos en las Bases para la adjudicación de la propuesta, vulnerando así el Resuelvo 7° de las Instrucciones de Carácter General, el cual dispone que: “Las Bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación. (...) 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...”
10. En esa misma línea, la Resolución N° 13/2006 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia estableció: *“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”*.
11. 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;"*

#### **IV. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES**

12. Por otro lado, la cláusula citada obliga a los proponentes a renunciar a cualquier reclamo o acción legal y, en ese mismo orden de ideas, el Formato N° 2 adjunto a las Bases, en su numeral 6) establece, a modo de declaración jurada del proponente, lo siguiente: *"Acepto y dejo claramente establecido que me desisto de toda acción legal que corresponda o crea corresponder, entendiendo que la relación de adjudicación tiene carácter de inapelable y no susceptible de recurso administrativo o judicial alguno."*
13. La exigencia de renuncia anticipada a la impugnación o a formular objeciones, además de desincentivar la participación de oferentes, podría vulnerar normas de orden público, tal como lo señalan las Instrucciones en su Considerando 4°.
14. Asimismo, el Resuelvo 8° de las Instrucciones se refiere a la renuncia anticipada a impugnaciones, señalando: *"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..."*.
15. 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.
16. Además, esa Corporación debe modificar las cláusulas que prohíben formular objeciones por parte de los oferentes, a fin de que éstos puedan ejercer sus derechos en un plano de igualdad con el licitador, evitando posibles discrecionalidades.

## V. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

17. El numeral 18.2 de las Bases se refiere a la ampliación del contrato y señala lo siguiente: *“El o los servicios contratados con el municipio podrán ampliarse hasta por un 50% cada uno, del monto original de los contratos, en base a los precios propuestos por el adjudicatario en su oferta, debidamente reajustados en acuerdo al Artículo 27 de estas Bases. En caso de ampliación del servicio el contratista quedará obligado a extender una Boleta de Garantía adicional equivalente al porcentaje de aumento del contrato, según los mismos requerimientos del Artículo 17.”*
18. El Resuelvo 2° de las Instrucciones dispone: *“En los procesos de licitación, deberán definirse en forma explícita los distintos servicios que se licitan”*. Esta disposición tiene por objeto minimizar los niveles de incertidumbre permitiendo una mayor participación de oferentes al existir claridad respecto del tipo de servicio que requiere el licitante.
19. Por lo demás, la posibilidad de convenir modificaciones al contrato se contrapone con la inmutabilidad de las Bases, las que 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, garantidos por el Resuelvo 1° de las Instrucciones.
20. Al respecto, en aras de preservar dicho principio de inmutabilidad y permitir un grado de flexibilidad que permita al Municipio atender los cambios en las condiciones bajo las cuales se presta el servicio licitado, se instruye a esa Municipalidad incorporar 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 por ejemplo: incremento de predios no agrícolas inscritos en el Rol de avalúo del Servicio de Impuestos Internos usuarios del servicio, variaciones en el número de calles barridas, entre otros.

En atención a lo expuesto, y conforme lo dispuesto en el artículo 39, letra d) del Decreto Ley N° 211, solicito la señor Alcalde que las Bases consultadas sean modificadas conforme a lo observado.

Saluda atentamente a usted,



  
**ENRIQUE VERGARA VIAL**  
**FISCAL NACIONAL ECONOMICO**

Abogado FNE  
Ximena Castillo C.  
Fono: 7535662