

ORD. N°: 1486,

**ANT.:** Consulta de la I. Municipalidad de Requinoa sobre Bases de la propuesta pública para el "Servicio de recolección de residuos domiciliarios y su transporte al relleno sanitario, barrido y aseo de calles y ferias libres, comuna de Requinoa". Rol FNE 1345-08.

**MAT.:** Informa.

Santiago, **29 DIC. 2008**

**DE :** FISCAL NACIONAL ECONOMICO (S)  
**A :** SR. LUIS ANTONIO SILVA VARGAS  
ALCALDE  
I. MUNICIPALIDAD DE REQUINOA  
COMERCIO N° 121  
REQUINOA

Con fecha 2 de diciembre de 2008, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas, Bases Técnicas y anexos, del llamado a licitación para la concesión de los servicios de "Recolección de residuos sólidos domiciliarios y su transporte al relleno sanitario, barrido y aseo de calles y ferias libres de la comuna de Requinoa", 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. PRECIO DE RESERVA

1. El artículo 1° de las Bases Administrativas en su numeral 1.3 señala:  
*“MONTA MAXIMO DISPONIBLE:  
\$120.000.000 (**Ciento veinte mil pesos**) anual. Monto disponible mensual \$ 10.000.000 I.V.A. incluido.”*
2. Como se puede apreciar, existe una dicotomía entre el monto expresado en términos numéricos y el expresado de modo literal, razón por la cual se hace necesario esclarecer la suma que efectivamente corresponde, así como corregir las demás inconsistencias que pudieren tener las Bases en similar sentido.
3. Conjuntamente, es del caso hacer presente a usted que esta Fiscalía no advierte mayores beneficios en informar el precio de reserva o máxima disposición a pagar del Municipio por los servicios licitados, puesto que el conocimiento previo de esa información por parte de los oferentes puede resultar en un aumento del precio de la ofertas y/o una reducción de la rivalidad competitiva, en particular, cuando pocos participantes se presentan al concurso.
4. Conforme a lo anterior, y atendido que el Municipio siempre puede declarar desierto un concurso público con base en restricciones presupuestarias, se solicita a esa I. Municipalidad tenga a bien manifestar en las Bases únicamente que el Municipio cuenta con ese derecho para declarar desierta una licitación.

## II. OFERTA DE SERVICIOS

5. El artículo 3° de las Bases Administrativas, en su numeral 3.1 señala: *“... el proponente ofertará el servicio de recolección y transporte al Relleno Sanitario, conjuntamente con el servicio de barrido de calles y su transporte al Relleno Sanitario”.*

6. Esta Fiscalía estima conveniente, como una manera de generar mayor competencia en el servicio de limpieza de Ferias Libres, así como en el de Barrido de Calles, tenga a bien ese Municipio permitir ofertas separadas respecto de los servicios a licitar, habida consideración de que las escalas de negocios pueden diferir entre los mismos. Lo anterior, sin perjuicio que, producto de mejores ofertas, un mismo oferente pueda adjudicarse la totalidad de los servicios licitados.

### III. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

7. El artículo 4° de las Bases Administrativas, en su numeral 4.2, párrafo segundo señala: *“...Los oferentes por el hecho de su presentación a esta licitación renuncian expresa y formalmente a realizar impugnaciones de cualquier naturaleza al proceso de licitación y a sus resultados”*.
8. Asimismo, el artículo 10° de esas Bases, en su numeral 10.2 establece: *“Al someter a consideración su oferta, el oferente renuncia automáticamente a formular cualquier reclamo contra la Municipalidad, con motivo o consecuencia de su decisión sobre la calificación de los oferentes, ya que esta decisión es privativa o discrecional, no susceptible de recurso o alegación alguna”*.
9. Finalmente, el Formato N° 2 de los Anexos, titulado “Declaración Jurada ante Notario Aceptación de las Bases de Licitación”, en su numeral 7, tiene por objeto que el participante declare: *“Aceptar la decisión del mandante en la adjudicación de la propuesta en el sentido que es inapelable y no susceptible de recurso administrativo o judicial alguno”*.
10. Al respecto, cabe indicar que la imposición de renunciadas anticipadas a impugnaciones del proceso vulnera los principios de transparencia que imponen las Instrucciones de Carácter General, tal como lo establece su considerando cuarto, el cual señala: *“... la renuncia anticipada de acciones legales, jurisdiccionales y/o administrativas, en especial las que son irrenunciadas, además de desincentivar la participación de oferentes en estos procesos, podrían vulnerar normas de orden público”*.

#### IV. DURACION DEL CONTRATO

11. El artículo 6° de las Bases Administrativas establece: *“El contrato por los servicios que se licitan serán de tres (3) años, renovables”*.
  
12. En base a los antecedentes recopilados, esta Fiscalía estima que la duración de estos contratos debiese estar en torno a los cuatro o cinco años, incluido un eventual período de prórroga, el cual debe ser breve y sólo en caso de circunstancias especiales de buen servicio, apreciables objetivamente. Lo señalado es atendido a que un mayor período de duración restringe la competencia a la firma adjudicataria, al prolongar la falta de disputa para ese proveedor de servicios; mientras que un menor plazo podría eventualmente desalentar la entrada de nuevos competidores, debido a que la duración del contrato no sería suficiente para recuperar la inversión realizada.

#### V. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

13. El artículo 7° de las Bases Administrativas, en su numeral 7.2, literal c), señala: *“La Municipalidad podrá incorporar en el contrato, en cualquier período, el barrido de calles no incluido inicialmente, lo que será considerado como un aumento de contrato”*.
  
14. Del mismo modo, las Bases Administrativas en su artículo 30 titulado **“REAJUSTE DEL SERVICIO, AUMENTOS DE CONTRATO, NUEVOS SERVICIOS, SERVICIOS COMPLEMENTARIOS, ADICIONALES Y DISMINUCIÓN DE CONTRATO.”**, establece una serie de nuevos servicios adicionales, según los cuales se podría modificar el contrato inicialmente celebrado entre la Municipalidad y la adjudicataria.
  
15. Se hace presente a usted que el Resuelvo 2° de las Instrucciones Generales, ha dispuesto lo siguiente: *“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.

16. Por lo demás, la posibilidad de convenir modificaciones al contrato, se contrapone con el principio de 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 N° 1 de las Instrucciones.

## VI. EXCLUSION DE OFERENTES

17. El artículo 10° de las Bases Administrativas, en su numeral 10.3, señala:  
*“Los participantes u oferentes a esta licitación no podrán tener ni haber tenido juicios con la Municipalidad de Requínoa y otras Municipalidad el país, ya sean éstos de tipo administrativo, civiles o judiciales.”*

18. A juicio de esta Fiscalía, dicha cláusula resulta extremadamente amplia y reduce injustificadamente la competencia, por lo que se hace necesario precisarla temporalmente, por ejemplo, refiriéndola a los últimos 2 años.

## VII. DISCRECIONALIDAD

19. El artículo 16° de las Bases Administrativas establece: *“La Municipalidad decidirá en favor del oferente que presente la oferta más conveniente al interés de la Municipalidad, aunque no sea la de menor valor económico, el cual no podrá exceder del valor indicado como monto máximo disponible indicado en el artículo 1 (...) La Municipalidad se reserva el derecho a rechazar una o todas la ofertas e incluso desechar la licitación sin expresión de causa si lo estimare más conveniente para sus intereses, no dando lugar por estos motivos a reclamos ni derechos a indemnización alguna a los oferentes”.*

20. La cláusula precedente constituye una fuente de discrecionalidad vulnerando el Resuelvo 7° de las Instrucciones de Carácter General, el cual dispone lo siguiente: *“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...”.*

21. Por su parte, 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”.*

22. 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;”*

## VIII. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

23. El numeral 41.1 del artículo 41 de las Bases Administrativas, establece los siguientes criterios de evaluación:

<b>OFERTA ECONOMICA</b>		<b>70%</b>
<b>OFERTA TECNICA</b>		<b>30%</b>
Experiencia de la Empresa	10%	
Equipamiento Vehicular	20%	
<b>TOTAL</b>		<b>100%</b>

24. 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”*.

25. De conformidad a lo anterior, para ajustarse a esas 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, deberá señalar fundadamente las razones que justifican la decisión adoptada y así como la manera en que serán ponderados en los criterios de evaluación.

## IX. EXIGENCIAS DE CAPITAL

26. El numeral 12.1. del artículo 12 de las de las Bases Administrativas, señala: *“Podrán participar en la licitación materia de estas Bases las personas naturales o jurídicas que demuestren experiencia en estas actividades y cuyo capital propio sea igual o superior a \$120.000.000, al 31 de diciembre de 2007,...”*<sup>1</sup>

27. De acuerdo al artículo 1° de las Bases Administrativas, el monto máximo que el Municipio está dispuesto a pagar por los servicios licitados asciende a \$10.000.000 mensuales, impuestos incluidos.

28. Atendido ello, una exigencia de capital de \$ 120.000.000, como requisito mínimo para poder participar en el proceso público, resulta excesivo, toda

<sup>1</sup> Consultado el Municipio, el monto requerido correspondería al capital inicial con que se constituyó la sociedad y, por tanto, no contemplaría la tenencia de camiones y/o equipos necesarios para esta licitación.

vez que ese monto equivale a lo menos a unas 12 mensualidades, o equivalentemente a unos 2 camiones nuevos de carga trasera tradicional, en circunstancias que en esa licitación se ha solicitado sólo un camión para el servicio de recolección de residuos domiciliarios, más otro pequeño en caso de avería del primero y una tolva.

29. Una exigencia capital arbitrariamente alta constituye una barrera a la entrada que puede inhibir la participación de empresas nuevas u oferentes de menor escala, reduciendo injustificadamente la competencia, lo cual contraviene el Resuelvo 1° de las Instrucciones, al no cautelar las garantías de libre acceso.

30. En relación a la experiencia exigida, cabe tener presente lo resuelto por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en su Sentencia N° 77, de 4 de noviembre de 2008, 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”*.

31. Además, se recomienda tener por suficiente la experiencia acreditada por los socios o profesionales de las empresas participantes en la licitación, de manera de evitar que empresas cuyo personal disponga de experiencia relevante, queden excluidas de disputar este mercado.

## **X. PLAZOS**

32. Las Bases Administrativas no detallan fecha alguna respecto de las etapas del proceso y, a ese respecto, es preciso que esa I. Municipalidad, ajustándose al considerando 3° de las Instrucciones, tenga a bien disponer un cronograma para los participantes, detallando todas y cada una de las fechas de las distintas etapas o instancias del proceso de licitación o, en su defecto, establecer plazos prudentes entre cada etapa del mismo, en particular entre la suscripción del contrato y el inicio de operaciones, cautelando que éstas no se constituyan en barreras a la entrada para 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 URZÚA**  
**FISCAL NACIONAL ECONOMICO (S)**

Abogado FNE  
Ximena Castillo C.  
Fono: 7535662