

ORD. N°: 168 /

ANT.: Consulta de la I. Municipalidad del San Vicente de Tagua Tagua sobre Bases de la propuesta pública para el servicio de "Recolección de residuos sólidos domiciliarios, limpieza y aseo de calles". Rol FNE 1635-10.

MAT.: Informa.

Santiago, **15 ENE. 2010**

DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO

A : SRA. VIRGINIA TRONCOSO HELLMAN
ALCALDESA I. MUNICIPALIDAD SAN VICENTE TAGUA TAGUA
TAGUA TAGUA N° 222
SAN VICENTE TAGUA TAGUA

Con fecha 04 de enero de 2010, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas del llamado a licitación para la concesión de los servicios de "recolección de residuos sólidos domiciliarios, traslado a relleno sanitario, limpieza y aseo de calles", 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 (en adelante, las "Instrucciones Generales").

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

I. CRONOGRAMA DEL PROCESO

1. Las Bases Administrativas incorporan en su articulado algunos hitos en el proceso de licitación, pero no se contempla un itinerario claro y detallado, tal como el que se acompañó a esta Fiscalía en documento separado. Adicionalmente, varios plazos de los diversos hitos del proceso de licitación

no se señalan en las Bases Administrativas, sino que solamente se contempla una referencia al sistema de www.mercadopublico.cl. Todo lo anterior incrementa los niveles de incertidumbre que enfrentan los potenciales oferentes.

2. Esta Fiscalía solicita a esa Municipalidad incorporar a las Bases Administrativas un cronograma detallado del proceso de licitación (como el acompañado en documento adjunto a esta Fiscalía, de manera de reducir los niveles de incertidumbre.
3. Al respecto, debe tenerse presente que , según prevé el Considerando 3° de las citadas Instrucciones, se debe establecer en las Bases de Licitación plazos prudentes entre cada etapa del proceso, 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

II. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

4. El artículo 7 de las Bases Administrativas, en su numeral 4, señala que: *“la comisión evaluadora se reserva el derecho (...) de proponer la adjudicación a cualquiera de los proponentes, aunque no sea la oferta más económica”*. Por su parte, dicho artículo presenta los criterios utilizados por la Comisión Evaluadora para examinar las ofertas:

Criterios de Calificación	Puntajes	
a.- Menor precio oferta total	Mínimo 20 Pts.	Máximo 40 Pts.
b.- Mayor ingreso de Trabajadores excluyendo al Jefe de Área	Mínimo 25 Pts.	Máximo 50 Pts.
c.- Mayor número de personas mujeres contratadas	Mínimo 5 Pts.	Máximo 10 Pts.

5. Sobre el particular, cabe tener presente lo señalado en el Resuelvo 4° de las Instrucciones Generales que dispone: *“las Bases de licitación deberán (...) 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”*. Precisamente, el H. Tribunal de Defensa de la

Libre Competencia ha señalado con ocasión de la Sentencia N° 92/2009 que: *“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.”*

6. Si bien esta Fiscalía no encuentra reparos en considerar como criterios de calificación adicionales los indicados precedentemente, para ajustarse a las Instrucciones Generales las Bases Administrativas remitidas debe otorgarse un mayor puntaje al precio total de la oferta, de manera que este sea el principal criterio de evaluación.
7. Por otro lado, a juicio de esta Fiscalía, la cláusula señalada podría facultar a esa Corporación para desentenderse de los criterios de evaluación establecidos en las Bases para la adjudicación de la propuesta, adjudicando la licitación a cualquier oferente válido, vulnerando así 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”*
8. Al respecto, 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”.*

III. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

9. El Artículo 8 de las Bases Administrativas, en su numeral 4, establece que: *“el municipio podrá aplicar administrativamente y unilateralmente, sin ulterior recurso, las siguientes multas, por las causales que se enumeran.”*
10. Al respecto, cabe tener presente que las cláusulas que establecen 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 en su Considerando 4°.

IV. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

11. El artículo 8 de las Bases Administrativas, en su numeral 3, señala que: *“el Mandante podrá disminuir o aumentar las cantidades de obras de cada partida del presupuesto, o del total de él en cuyo caso el contratista tendrá derecho a su pago de acuerdo con los precios unitarios contratados y aun aumento de plazo proporcional al aumento que haya tenido el contrato inicial salvo que se convenga uno menor”*.
12. Al respecto, se hace presente que una cláusula como la señalada altera el principio de inmutabilidad de las bases, incrementando los niveles de incertidumbre que enfrenta un potencial oferente.
13. Más aún, la Resolución N° 13/2006 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, señaló 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”*.
14. En consecuencia, resulta necesario que los ajustes al valor o plazo del contrato resultantes respectivamente de aumentos o disminuciones de las obras contratadas, respondan a la aplicación de parámetros previamente establecidos en las bases, tales como tarifa por hora hombre de trabajo.

V. OTRAS OBSERVACIONES

15. El numeral 1 del artículo 8° de las Bases Administrativas establece que *“el contrato tendrá una vigencia de tres (3) años con fecha de inicio marzo del 2010 hasta el 30 de junio 2014”*. Por otro lado, el numeral 2 del artículo 6° también hace referencia al año 2014, lo cual sería inconsistente con la duración de 3 años del contrato.

16. Sin perjuicio de rectificar las inconsistencias en los plazos señalados en dichos artículos, se recomienda efectuar una revisión general de los plazos del contrato de concesión, de manera de minimizar la incertidumbre que enfrente un potencial entrante.

Finalmente, hago presente a su Municipio que, 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 a la señora Alcaldesa que las Bases consultadas sean modificadas conforme a lo observado.

Saluda atentamente a usted,



ENRIQUE VERGARA VIAL
FISCAL NACIONAL ECONOMICO

Abogado FNE
Juan Ignacio Donoso.
Fono: 7535656