

ORD. N°:

58 /

ANT.:

Consulta de la I. Municipalidad de Lo Barnechea sobre Bases de la propuesta pública para la concesión de los "Servicios de recolección y transporte de residuos domiciliarios recolección y transporte de despojos vegetales y escombros, barrido mecánico en húmedo, lavado y limpieza de calles y servicios especiales". Rol FNE 1385-09.

MAT.:

Informa.

Santiago, **30 ENE. 2009**

DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO (S)

A : SR. FELIPE GUEVARA STEPHENS
ALCALDE
I. MUNICIPALIDAD DE LO BARNECHEA
AV. LAS CONDES 14.891
LO BARNECHEA

Con fecha 15 de enero de 2009, 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 y transporte de residuos domiciliarios, recolección y transporte de despojos vegetales y escombros, barrido mecánico en húmedo, lavado y limpieza de calles y servicios especiales", 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. Las Bases están caratuladas como servicios de “Recolección y Transporte de Residuos Domiciliarios, Recolección y Transporte de Despojos Vegetales y Escombros, Barrido Mecánico en Húmedo, Lavado y Limpieza de Calles y Servicios Especiales.” No obstante, en los numerales 1.1 y 8 de las Bases Técnicas, se hace referencia a “Servicios Generales.”
2. De esta manera, la definición de los servicios licitados es ambigua, y debe ser reformulada, en concordancia con el Considerando 6° de las Instrucciones Generales, que señala que debe definirse con claridad los servicios a licitar y en qué consiste cada uno de ellos.
3. Esta Fiscalía, además, hace presente a esa I. Municipalidad que, como una manera de generar una mayor competencia, debe permitir ofertas separadas para cada servicio licitado, sin perjuicio que la adjudicataria de ambos 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. CRONOGRAMA DEL PROCESO

4. Las Bases presentadas en consulta no acompañan un cronograma del proceso. En efecto, el numeral 8 de las Bases Administrativas sólo establece que “las propuestas serán abiertas en la fecha y hora indicadas en el decreto que llama a licitación.”
5. 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, disminuye la competencia ex ante”*.

6. El artículo 4° de las Bases Administrativas señala que éstas estarán disponibles en el portal ChileCompra entre el 22 de enero y el 23 de marzo de 2009, período en el cual los interesados podrán efectuar consultas. La fecha de apertura de las propuestas está contemplada para el día 23 de marzo de 2009.
7. Esta Fiscalía solicita a esa I. Municipalidad incorporar a las Bases un cronograma detallado de la convocatoria a licitación, que contemple todos los hitos relevantes del proceso, como son: la fecha de adjudicación, la fase de implementación, etc., y que -de esta manera- reduzca los niveles de incertidumbre.
8. Cabe hacer presente a ese Municipio, además, que la Sentencia N° 77, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 4 de noviembre de 2008 ¹, señala que la Bases deben ser remitidas 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.”*
9. 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.”*
10. Asimismo, 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. Por ello, según establece el Considerando 3°, se requiere consignar plazos prudentes en las Bases, de

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

manera que ellos no se constituyan en barreras a la entrada para los potenciales participantes.

III. COMISION EVALUADORA

11. El numeral 9 de las Bases Administrativas indica que *“las ofertas serán evaluadas por una Comisión compuesta por el Comité Integrado de Proyectos y por el Director de Aseo y Ornato.”*
12. Al respecto esta Fiscalía considera que esta 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.”*

IV. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

13. El numeral 9.1 de las Bases Administrativas señala los criterios utilizados por la Comisión Evaluadora para examinar las ofertas:

Concepto	Porcentaje
Oferta Económica	70%
Experiencia	15%
Solvencia (capital Suscrito y Pagado)	10%
Cuadro Valores Unitarios	5%

14. El Resuelvo 4° de las Instrucciones Generales dispone que *“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”*.
15. Para ajustarse a las Instrucciones, las Bases remitidas a esta Fiscalía deben establecer los requerimientos técnicos mínimos, calificando positivamente a todo aquel oferente que los cumpla, y luego decidir entre estos por el que realice la mejor oferta económica.

16. 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 *“debidamente transparencia y garantía de libre acceso, estableciendo condiciones generales, uniformes y objetivas”*, tal como agrega el Resolvo 1° de las Instrucciones Generales.
17. En el caso del criterio de evaluación “Experiencia,” el numeral 9.1.2 indica que *“el oferente que logre demostrar mayor experiencia, esto es la mayor cantidad de contratos efectuados o en ejecución, obtendrá la mejor evaluación.”*
18. Asimismo, el numeral 2 de las Bases Administrativas establece que podrán participar en el proceso licitatorio aquellos oferentes que acrediten, entre otros requisitos, *“cinco años en el rubro.”*
19. Al respecto, cabe tener presente lo resuelto por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que en su Sentencia N° 77, antes citada, 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”*.
20. Además, 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.
21. Por último, reitero a usted lo indicado en el Resolvo 4° de las Instrucciones Generales, en el sentido que es el precio el factor preponderante al momento de adjudicar, salvo pronunciamiento debidamente fundado de ese Municipio, por lo que procede 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 de ponderaciones diferenciadas.

V. EXIGENCIAS EXCESIVAS

22. El numeral 4.3 de las Bases Administrativas señala que *“el oferente adjudicado deberá presentar una Boleta de Garantía Bancaria por UF10.000, con la cual garantiza la posesión por parte de la empresa de todos los vehículos, maquinaria y equipos ofertados.”*

23. Hacemos presente a esa Municipalidad, que, de acuerdo al resuelvo 6° de las Instrucciones de Carácter General ya señalado, *“las municipalidades no podrán imponer a los interesados en participar en una licitación exigencias que otorguen ventajas artificiales que reduzcan injustificadamente el número de potenciales participantes en la licitación respectiva.”* Por lo tanto, sugerimos tener por suficientemente acreditada la propiedad de los vehículos, mediante los respectivos certificados del Registro Nacional de Vehículos Motorizados.

VI. DISCRECIONALIDAD

24. El numeral 9.2 de las Bases Administrativas establece que *“el Decreto Alcaldicio dispondrá la contratación que corresponda, reservándose la Municipalidad el derecho de adjudicar la oferta que estime más conveniente a los intereses municipales, aún cuando no sea la de menor valor o no figure en el primer lugar de la evaluación, sin derecho a indemnización alguna a los oferentes no favorecidos, renunciando desde ya a todas las acciones legales y/o administrativas o (sic) que pudieren tener derecho.”*

25. Agrega el señalado numeral que *“la Municipalidad se reserva el derecho de rechazar todas las ofertas sin expresión de causa, ni derecho a indemnizar a los participantes, declarando desierta la propuesta...”*

26. 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”*.

27. Por su parte, la Resolución N° 13/2006, también 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”.

28. A mayor abundamiento, la Sentencia N° 77/2008, en su parte considerativa, 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;”**

29. En consecuencia, conforme lo señalado, 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.

VII. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

30. En relación al numeral 9.2 de las Bases Administrativas, citado en el apartado precedente, hago también presente a esa Municipalidad que la renuncia anticipada de acciones legales, jurisdiccionales y/o administrativas -como señala el Considerando Cuarto de las Instrucciones Generales- además de desincentivar la participación de oferentes en esos procesos al introducir un elemento de incertidumbre, puede constituir una vulneración de normas de orden público que conllevaría la nulidad de dichas cláusulas.

VII. DURACION DEL CONTRATO

31. El numeral 1.1 de las Bases Administrativas establece que la Municipalidad solicitará a los oferentes que entreguen ofertas por una duración de cinco o siete años.

32. En base a los antecedentes recopilados, esta Fiscalía estima que la duración de estos contratos debiese estar en torno a los cuatro a 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 anterior, porque 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.

VIII. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

33. El numeral 3.2 de las Bases Administrativas indica que *"el monto del contrato se podrá ampliar o reducir hasta en un 20% de los servicios contratados...previo informe de la Dirección de Aseo y Ornato..."*.

34. 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, 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: cambios en el número o extensión de ferias, variaciones en el número de calles barridas, entre otros.

35. El numeral 3.4, por su parte, señala que *“el municipio podrá prorrogar el contrato por un período de 120 días, por una única vez, mediante Decreto Alcaldicio, previo informe de la Dirección de Aseo y Ornato solicitando fundadamente dicha prórroga.”*

36. Al respecto, para ajustarse a las Instrucciones, este tipo de contratos debe ser prorrogable por un breve plazo, sólo en caso de circunstancias especiales de buen servicio, apreciables objetivamente y expresamente descritas en las Bases de licitación.

IX. INICIO DE LOS SERVICIOS

37. El numeral 5, de las Bases Administrativas establece que: *“Los servicios de recolección de residuos domiciliarios, retiro y transporte de despojos vegetales, barrido mecánico en húmedo, lavado y limpieza de calles deberán iniciarse el día 29 de junio de 2009”.*

38. La exigüidad del plazo de inicio de los servicios, en conjunto con la exigencia de disponer de vehículos nuevos, contraviene lo dispuesto en el Resuelvo 6° de las Instrucciones de carácter general, que precisa que las municipalidades no podrán imponer, a los interesados en participar en una licitación, exigencias que otorguen ventajas artificiales que reduzcan injustificadamente el número de potenciales oferentes. Por lo mismo, según prevé el Considerando 3°, se requiere establecer en las Bases de licitación plazos prudentes, de manera que éstos no se constituyan en barreras a la entrada para los potenciales participantes.

39. Por lo demás, cabe tener presente la cita a la Sentencia N° 77, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, efectuada en el numeral 8. del presente oficio.

40. La Fiscalía, en consecuencia, propone que se establezca un plazo mínimo de seis meses desde que se adjudique la propuesta para la implementación del servicio, en consideración al número y al año de fabricación de los camiones que se exigen.

41. 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 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
Ximena Castillo C.
Fono: 7535662