

ORD. N°: 62 /

ANT.: Consulta de la I. Municipalidad de Antofagasta sobre Bases de la propuesta pública para el "Servicio de limpieza y barrido de calles, de la ciudad de Antofagasta". Rol FNE 1393-09.

MAT.: Informa.

Santiago, **02 FEB. 2009**

DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO (S)
A : SRA. MARCELA HERNANDO PEREZ
ALCALDESA
I. MUNICIPALIDAD DE ANTOFAGASTA
AV. SÉPTIMO DE LINEA N° 3505
ANTOFAGASTA

Con fecha 23 de enero de 2009, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas, Especificaciones Técnicas y anexos, del llamado a propuesta pública para el "Servicio de limpieza y barrido de calles, de la ciudad de Antofagasta", 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 artículo 7° de las Bases Administrativas define las características generales del servicio. Por su parte, el numeral 1.3 de las Especificaciones Técnicas detalla las tareas a las cuales se compromete el adjudicatario de la propuesta.

2. Sin embargo, en el Anexo N° 15 "Propuesta Económica" se solicita al oferente presentar ofertas diferenciadas para el caso en que el servicio se provea "Con" o "Sin" Mantención. Este último concepto no se define en las Bases, las cuales, consecuentemente, deben ser reformuladas, en concordancia con el Considerando 6° de las Instrucciones Generales, que señala que se debe precisar con claridad los servicios a licitar y en qué consiste cada uno de ellos.

II. CRONOGRAMA DEL PROCESO

3. El artículo 2° de las Bases Administrativas señala que la publicación del llamado al proceso licitatorio se realizará el 7 y 8 de febrero de 2009, mientras que en el numeral 10.1 de se establece que el llamado se publicará los días 14 y 15 de febrero de 2009, siendo las Bases publicadas en el Portal MercadoPublico.cl el día 16 de febrero de 2009, mientras que la recepción de las ofertas tendrá como fecha tope el día 10 de marzo de 2009, de acuerdo a lo señalado en el numeral 10.3.1 de las Bases indicadas.
4. Por otro lado, las Bases no señalan la fecha de inicio de los servicios licitados, lo cual incrementa los niveles de incertidumbre que enfrentan los potenciales oferentes.
5. La Resolución N° 13/2006 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 27 de junio de 2006, 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"*.
6. Esta Fiscalía solicita a esa 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 fecha de inicio de los servicios, etc., de manera de reducir los niveles de incertidumbre.

7. Cabe hacer presente a ese Municipio, además, que la Sentencia N° 77 del H. Tribunal de la Libre Competencia, de 4 de noviembre de 2008,¹ señala que la Bases deben considerar *“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.”*
8. Lo anterior, como una manera de resguardar el cumplimiento del Resuelvo 6° de las Instrucciones de Carácter General, que señala 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 participantes en la licitación respectiva.”* Por ello, según establece el Considerando 3°, se requiere consignar plazos prudentes en las Bases, de manera que ellos no se constituyan en barreras a la entrada para los potenciales participantes.

III. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

9. El artículo 12 presenta los criterios utilizados por la Comisión Evaluadora para examinar las ofertas:

Concepto	Porcentaje
Evaluación Técnica	30%
(Metodología)	(20%)
(Equipos)	(60%)
(Proyecto de Implementación)	(20%)
Evaluación Económica	70%
(Monto Mensual Desarrollo Servicio)	(70%)
(Monto de la Inversión)	(30%)

10. 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*

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

asignación final de la licitación se utilicen parámetros distintos al precio, ellos deberían justificarse fundadamente”.

11. 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.

12. 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 *“debida transparencia y garantía de libre acceso, estableciendo condiciones generales, uniformes y objetivas”*, tal como agrega el Resuelvo 1° de las Instrucciones Generales.

IV. COMISION EVALUADORA

13. El señalado Artículo 12 de las Bases Administrativas indica que: *“la Comisión de Propuesta será la encargada de estudiar y evaluar las ofertas.”*

14. Esta Fiscalía considera que dicha cláusula indica en forma 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.”*

V. DISCRECIONALIDAD

15. El artículo 13 establece que *“La Comisión de Propuesta deberá presentar a la Señora Alcaldesa una lista de las ofertas considerando la evaluación señalada en el punto anterior...La adjudicación se realizará seleccionando al proponente que presente la oferta más viable y conveniente al interés de la Municipalidad.”*

16. De conformidad a lo dispuesto en el Resolvo 7° de las Instrucciones de carácter general, *“las Bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación”*.
17. Por su parte, la antes citada 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, 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;”**
19. En consecuencia, conforme lo indicado, 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.

VI. DURACION DEL CONTRATO

20. El numeral 1.1 de las Bases Administrativas establece que la duración de la concesión para la provisión de los servicios será de seis años, lo cual es reafirmado en el artículo 6°, que señala que la duración del contrato será de seis años, sin renovación.

21. 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. Esto, 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.

VII. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

22. Por su parte, el numeral 15.6 indica que *“la Municipalidad, consciente del constante crecimiento urbano de la ciudad y que conllevan a un aumento de la densidad poblacional puede solicitar la ampliación de los sectores donde se realiza el servicio de limpieza y barrido de calles, para lo cual deberá presentar la empresa contratista a pedido de la Dirección de aseo, un presupuesto detallado por los sectores que se requieran incorporar...”*.

23. Al respecto, en aras de preservar el principio de inmutabilidad de las Bases y establecer 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 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 calles barridas, entre otros.

24. Asimismo, para ajustarse a las Instrucciones, este tipo de contratos podrá 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.

25. 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 señora Alcaldesa que las Bases consultadas sean modificadas conforme a lo observado.

Saluda atentamente a usted,



JAIMÉ BARAHONA URZUA
FISCAL NACIONAL ECONOMICO (S)

Abogado FNE
Ximena Castillo C.
Fono: 7535662