

ORD. N°: 65 /

ANT.: - Consulta de la I. Municipalidad de Chiguayante sobre Bases de licitación para la concesión del servicio de "Recolección de residuos domiciliarios". Rol FNE 1295 - 08.

- Ord. FNE N° 1441, de 01 de diciembre de 2008.

- Su Ord. 021, de 15 de enero de 2009.

MAT.: Informa.

Santiago, 02 FEB. 2009

DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO (S)

A : SR. TOMAS SOLIS NOVA
ALCALDE
I. MUNICIPALIDAD DE CHIGUAYANTE
OROZIMBO BARBOZA S/N PARQUE LOS CASTAÑOS
CHIGUAYANTE

Con fecha 22 de enero de 2008, se han recibido en esta Fiscalía las nuevas Bases Administrativas, Bases Técnicas y anexos, del llamado a licitación para la concesión de los servicios de "Recolección de residuos sólidos domiciliarios", 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.

Al respecto, informo a usted que, a juicio de esta Fiscalía, las referidas Bases presentan la siguiente disconformidad:

1. Como usted conoce, tanto el artículo 3° como el 10° numeral 4, de las Bases Administrativas, se refieren a la experiencia de los oferentes.

2. Sobre el particular, cabe tener presente lo resuelto por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que 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"*.

3. Aun cuando el artículo 3° posibilita que participen en la licitación personas naturales o jurídicas que posean experiencia relevante respecto al tema (sic), el numeral 4 del artículo 10°, a objeto de evaluar y acreditar experiencia, solicita a los oferentes adjuntar listado de proyectos en que ha participado, circunscribiéndolos a aquellos de *"recolección y transporte de residuos domiciliarios y barrido de calles,"* lo que dificultaría la entrada a oferentes que presenten experiencia relevante, pero no directamente en recolección de residuos domiciliarios.

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 en lo observado.

Saluda atentamente a usted,




JAIME BARAHONA URZUA
FISCAL NACIONAL ECONOMICO (S)

Abogado FNE
Ximena Castillo C.
Fono: 7535662

SEÑOR
TOMAS SOLIS NOVA
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE CHIGUAYANTE
OROZIMBO BARBOZA S/N PARQUE LOS CASTAÑOS
CHIGUAYANTE



ORD. N°: 63 /

ANT.: Consulta de la I. Municipalidad de Cerrillos sobre Bases de la propuesta pública para la concesión del "Servicio de recolección de residuos domiciliarios de la comuna de Cerrillos y transporte a lugar de disposición final". Rol FNE 1392-09.

MAT.: Informa.

Santiago, **02 FEB. 2009**

DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO (S)
A : SR. ALEJANDRO ALMENARES CALDERON
ALCALDE
I. MUNICIPALIDAD DE CERRILLOS
PILOTO LAZO N° 120
CERRILLOS

Con fecha 20 de enero de 2009, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas Generales, Especificaciones Técnicas y anexos, del llamado a licitación para la concesión del servicio de "Recolección de residuos domiciliarios de la comuna de Cerrillos y transporte a disposición final", 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. CRONOGRAMA DEL PROCESO

1. El proceso licitatorio contempla, como fecha de firma del contrato, el día 10 de junio de 2009, considerando para el inicio de servicios, el día 1 de julio de 2009.
2. De acuerdo al numeral 15.3 de las Bases Administrativas Generales, *“el concesionario dispondrá de un plazo de sesenta días para la implementación definitiva de todas las fases del servicio contratado, los treinta primeros días corresponden a la Fase de Implementación, donde podrá operar el servicio con vehículos y equipos de una antigüedad no inferior al año señalado en las Especificaciones Técnicas....los treinta días restantes corresponderán a la Marcha Blanca período en el cual el concesionario deberá tener incorporado todos los vehículos y equipos ofertados...”*.
3. El numeral 8.1.1 de las Especificaciones Técnicas, por su parte, señala que *“los camiones recolectores, incluidas sus cajas compactadoras, deberán ser año de 2008 en adelante...”*.
4. A su vez, el artículo 13° de las Especificaciones Técnicas, en su numeral 13.2, establece que: *“durante la fase de implementación el oferente deberá concurrir con un mínimo de seis camiones recolectores excluido el de reemplazo con una antigüedad no superior a 10 años...”*.
5. Al respecto, 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.
6. Cabe hacer presente a ese Municipio, además, que la Sentencia N°77/2008 del H. Tribunal de la Libre Competencia,¹ señala que las bases deben

¹ Con fecha 4 de noviembre de 2008, producto del requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de la I. Municipalidad de Curicó.

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”*.

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

II. CRITERIOS DE EVALUACION

8. El numeral 9 de las Bases Administrativas Generales señala los criterios utilizados por la Comisión Evaluadora para examinar las ofertas:

Concepto	Porcentaje
Experiencia en el Rubro	10%
Personal Operativo	10%
Evaluación Económica	80%

9. 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”*.
10. 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.

11. 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 Resuelvo 1° de las Instrucciones Generales.

12. Respecto del concepto “Experiencia en el rubro”, al que se ha asignado una ponderación de un 10%, cabe tener presente lo resuelto por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 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”*.

13. 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.

14. Por último, reitero a usted lo indicado en el Resuelvo 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.

15. Por otro lado, el numeral 9.1.2 de las Bases Administrativas Generales expresa que *“la evaluación técnica forma parte de la evaluación general de la licitación y aporta un 10% del puntaje total”*, y el formato de la Oferta Económica (letra a), además del Valor Mensual del Servicio, considera el número de días oferta para la fase de implementación, variable no considerada dentro de la pauta de evaluación.

16. La ambigüedad de estas cláusulas produce incertidumbre, por lo que se recomienda sean eliminadas, toda vez que la incerteza que generan reduce los incentivos a participar en la licitación y, por lo tanto, disminuye la competencia ex ante, como señala la Resolución N° 13/2006 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

III. DISCRECIONALIDAD

17. El numeral 10.3 de las Bases Administrativas Generales establece que *“el Municipio se reserva el derecho de rechazar una o todas las ofertas, de acuerdo a la decisión fundada que adopte el Concejo Municipal en el ejercicio de sus atribuciones.”*

18. Por otro lado, el numeral 10.2 indica que: *“En caso que el Concejo Municipal rechace la propuesta de adjudicación formulada por el Alcalde, éste podrá realizar una nueva propuesta de adjudicación para cuyo efecto seleccionará a otro oferente de los que fueron evaluados o llamar a una nueva licitación.”*

19. Una cláusula similar se incorpora al numeral 11.2, el cual establece que: *“Si el adjudicatario no presenta los documentos indicados antes de la firma del contrato, se hará efectiva la Garantía de Seriedad de la Oferta y el Alcalde podrá proponer al Concejo Municipal, la adjudicación a otro proponente seleccionado o proceder a realizar un nuevo llamado a licitación”.*

20. 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”.*

21. Por su parte, la ya referida Resolución N° 13/2006 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia establece: *“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, 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;”**

23. 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.

IV. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

24. El numeral 5 de las Bases Administrativas Generales establece que *“los proponentes cuyas ofertas no fueron adjudicadas o aceptadas, no tendrán derecho a indemnización”.*

25. Al respecto, se hace presente 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.

V. DURACION DEL CONTRATO

26. El numeral 1.5 de las Bases Administrativas Generales establece que *“la duración del servicio licitado será de seis años. Sin perjuicio de lo anterior la Municipalidad de Cerrillos previo acuerdo del Concejo Municipal y antes del término del contrato podrá prorrogar el contrato por razones fundamentadas y por períodos que no sobrepasen en total seis meses.”*

27. 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.

28. Finalmente, hago presente a ese Municipio que, de acuerdo al considerando sexagésimo séptimo de la señalada Sentencia N°77/2008, el 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