

ORD. N°: 253 /

ANT.: Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases de la propuesta pública para la concesión de los servicios de "Disposición Final de Residuos Sólidos Domiciliarios" y "Aseo, Barrido de Calles y Recolección de Residuos Sólidos Domiciliarios" de la Comuna de Yerbos Buenas; Rol N° 1646-10 FNE.

MAT.: Informa.

04 FEB. 2010

DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO (S)
A : SR. LUIS GUZMÁN TRUJILLO
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE YERBAS BUENAS
AVENIDA CENTENARIO N° 101
YERBAS BUENAS

Con fecha 21 de enero de 2010, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas y Términos Técnicos de Referencia del llamado a licitación para la concesión de los servicios de "Disposición Final de Residuos Sólidos Domiciliarios" y "Aseo, Barrido de Calles y 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 (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. En el articulado de las Bases de Disposición Final se presenta un detalle de los hitos de la licitación, omitiéndose las fechas en que tendría lugar dichos

1

hitos. A fin de efectuar el análisis de dicho cronograma, se solicita a ese municipio incorporar las fechas tentativas de los hitos del proceso.

2. A este respecto cabe hacer 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.
3. Por lo demás, el Resuelvo 6° de las mismas, 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, lo que refuerza la necesidad de consignar plazos prudentes, de manera que no se constituyan en barreras a la entrada para los potenciales participantes.
4. Confirma lo anterior la Sentencia N° 77, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que señala que las Bases deben ser hechas llegar a esta Fiscalía con la debida antelación, de manera tal que la revisión de las mismas *“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”*.¹

II. DURACION DEL CONTRATO

5. El numeral 2.3 de las Bases Administrativas del Servicio de Aseo y Barrido de Calles señala que *“El contrato a suscribir con el proponente adjudicado tendrá una vigencia de tres años, prorrogables.”*

¹ Considerando Quincuagésimo de la Sentencia N° 77 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de fecha 4 de noviembre de 2008.

6. Al respecto, cabe hacer presente a su Municipio que el eventual período de prórroga debe ser breve y sólo en caso de circunstancias especiales de buen servicio, apreciables objetivamente.

7. Por lo anterior, se recomienda a esa I. Municipalidad establecer la posibilidad de prórroga del contrato, sólo para casos excepcionales, debidamente establecidos en las Bases de Licitación, y por un período no superior al requerido razonablemente para hacer frente a dichas circunstancias excepcionales.

III. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

8. El numeral 11 de las Bases Administrativas del Servicio de Aseo y Barrido de Calles presenta los criterios utilizados por la Comisión de Evaluación para examinar las ofertas:

Criterios	Ponderación
a.- Precio o Valor de la Oferta	50%
b.- Propuesta Técnica	10%
c.- Mano de Obra Local	20%
d.- Experiencia del Oferente	10%
e.- Equipo de Trabajo	10%
Total	100%

9. Por su parte, el párrafo primero de las Consideraciones Generales de las Bases de Disposición Final señalan que: *“las condiciones y requisitos administrativos y técnicos de las presentes Bases se consideran condiciones mínimas, no obstante lo cual, será materia de la Oferta, la presentación y descripción de otro tipo de garantías, servicios y adicionales no mencionados en la Propuesta, al igual que otras modalidades tales como descuentos u otros, los que serán evaluados favorablemente de ser ventajosos para el Municipio”*.

10. Sobre el particular, cabe tener presente lo señalado en el Resuelvo 4° de las Instrucciones Generales que dispone: *“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”*. 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.”*
11. Para ajustarse a las Instrucciones Generales, las Bases de Licitación 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, independiente que tenga, por ejemplo, una calidad de servicio inferior o menos experiencia que los demás oferentes que cumplan el estándar mínimo exigido por la I. Municipalidad.
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. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

13. El numeral 3 de las Bases Administrativas del Servicio de Aseo y Barrido de Calles establece que *“podrán participar en la licitación personas naturales y/o*

jurídicas, nacionales o extranjeras, habilitadas para funcionar legalmente en Chile, que sean proveedoras del servicio aseo, barrido de calles y recolección de residuos sólidos domiciliarios”. Más aún, el mismo numeral estipula posteriormente que podrán participar aquellos agentes económicos señalados precedentemente “que registren, presenten y acrediten giro de la especie en licitación.” Por su parte, el numeral 3.1. de las Bases de Disposición Final señalan que “podrán participar en la presente Propuesta, todas aquellas personas naturales o jurídicas que sean proveedores del servicio de relleno sanitario”, exigiéndose a los oferentes acreditar que son proveedores de dicho servicio.

14. Por otro lado, el numeral 7.1.1. de las Bases Administrativas del Servicio de Aseo y Barrido de Calles, en su letra (m) requiere que el oferente presente *“nómina de contratos por servicios de recolección y disposición final de residuos sólidos domiciliarios y asimilables ejecutados en los últimos años, o en ejecución, tanto para entidades públicas o privadas...”*
15. A mayor abundamiento, al establecer la experiencia del oferente como criterio de evaluación, el numeral 11 de las Bases Administrativas del Servicio de Aseo y Barrido de Calles señala que *“se asignará nota siete al proponente que cuente con mayor experiencia comprobada en el rubro objeto de la presente licitación, asignándole un puntaje de uno a siete a los siguientes factores; años de prestación del servicio, volúmenes mensuales expresados en toneladas y número de entidades públicas o privadas a las cuales se ha prestado el servicio...”*.
16. Al respecto, 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.”*

17. Además, basta tener por suficiente que el giro de los oferentes diga relación con los servicios licitados, y que la experiencia sea 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.
18. Por lo indicado, se recomienda a esa I. Municipalidad establecer un mínimo de experiencia relevante, a fin de evitar reducir injustificadamente el número de potenciales participantes en la licitación respectiva, de acuerdo al resuelvo 6° de las Instrucciones de Carácter General, que dictamina 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.”*

V. DISCRECIONALIDAD

19. El párrafo segundo del numeral 12.1 de las Bases Administrativas del Servicio de Aseo y Barrido de Calles establece que *“la Ilustre Municipalidad de Yerbos Buenas se reserva el derecho de adjudicar la propuesta a quien estime que su oferta es más conveniente a los intereses municipales y comunales, sin dar derecho a reclamo o indemnización alguna por parte de los oferentes.”* Por su parte, el numeral 12.5 de las Bases de Disposición Final establecen que: *“la licitación se adjudicará al oferente cuya propuesta haya sido considerada la que en mejor forma satisface los requerimientos de la Municipalidad”*.
20. Más aún, el tercer párrafo del numeral 12.5 de las Bases Administrativas del Servicio de Aseo y Barrido de Calles puntualiza que *“El mandante se reserva la facultad de rechazar todas o algunas de las propuestas presentadas si se considera que no satisfacen el propósito o los requerimientos técnicos de la licitación; si se estima que no son convenientes a los intereses locales o si no satisfacen plenamente los requerimientos técnicos de la licitación, si las*

disponibilidades presupuestarias fueren insuficientes, atendidos sus montos o por otras razones técnicas o presupuestarias que se expresarán en la resolución fundada que así lo resuelva...”, párrafo que está contenido en términos sustancialmente similares en el numeral 12.6 de las Bases de Disposición Final.

21. Por otro lado, el párrafo segundo del numeral 13.1 tanto de las Bases Administrativas del Servicio de Aseo y Barrido de Calles como de las Bases de Disposición Final establecen que *“el contrato será redactado por la Municipalidad, quien incluirá las cláusulas que estime necesarias para el mejor resguardo de los intereses municipales...”*

22. Al respecto, la incorporación de cláusulas que hacen referencia a intereses municipales, locales, comunales o regionales; sin presentar una definición de los mismos, incorporan elementos discrecionales al actuar de la Municipalidad, contraviniendo, de este modo, la Resolución N° 13/2006 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que 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”.*

23. Por otro lado, a juicio de esta Fiscalía, el numeral 12.1 citado precedentemente podría facultar a esa I. Municipalidad 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 Resuelvo 7° de las Instrucciones de Carácter General, el cual dispone que: *“Las Bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación”.*

24. En consecuencia, conforme lo señalado, resulta necesario asegurar la debida transparencia de la actuación municipal, eliminando la discrecionalidad en su proceder.
25. Con todo, debe tenerse presente que, tal como señala el Resuelvo N° 7 de las Instrucciones Generales *“en la medida que ello no signifique una arbitrariedad, es lícito que las municipalidades (...) declaren desierto una licitación en aquellos casos en que ninguna de las propuestas se ajuste a sus necesidades”*. Sin perjuicio de lo anterior, en tal caso conforme lo establece dicho Resuelvo, *“las municipalidades estarán obligadas a iniciar una nueva (licitación), ajustando las bases de la misma a las necesidades identificadas en el proceso declarado desierto”*.
26. Adicionalmente, la decisión que declare desierto el concurso, si bien puede ser sin expresión de causa, debe estar debidamente fundada. De esta manera, tal como lo ha señalado el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia con ocasión de la sentencia N° 92/2009, *“se limita ex ante el ejercicio arbitrario de las facultades discrecionales del Alcalde y, en ese sentido, se genera suficiente certeza jurídica a los posibles interesados de participar en la licitación como para que no tenga por efecto restringir las condiciones de competencia en ese proceso de adjudicación”*.

VI. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

27. El referido párrafo segundo del numeral 12.1 de las Bases Administrativas del Servicio de Aseo y Barrido de Calles dispone que *“la Ilustre Municipalidad de Yervas Buenas se reserva el derecho de adjudicar la propuesta a quien estime que su oferta es más conveniente a los intereses municipales y comunales, sin dar derecho a reclamo o indemnización alguna por parte de los oferentes.”*
28. Por su parte, el párrafo segundo del numeral 12.6 de las Bases de Disposición Final, señala que *“la calificación de las causales expresamente señaladas*

precedentemente, será facultad del Mandante y el rechazo de las ofertas fundada en alguna de ellas no dará derecho a reclamo ni indemnización alguna para los proponentes”.

29. 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, contravienen el Resuelvo 8° de las Instrucciones Generales, que expresamente dispone: *“No podrán incluirse en las bases de licitación cláusulas o disposiciones sobre renuncia anticipada de acciones ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia...”*.
30. La citada renuncia 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°.

VII. OTRAS OBSERVACIONES

31. El numeral 13.1 de las Bases Administrativas del Servicio de Aseo y Barrido de Calles señala que el proponente adjudicado tendrá el plazo de siete días hábiles desde la fecha de la adjudicación para suscribir el contrato con el mandante, so pena de darse por desistido de la oferta. Por su parte, el numeral 13.1 de las Bases de Disposición Final señala que el proponente adjudicado tendrá el plazo de diez días hábiles desde la fecha de la adjudicación para suscribir el contrato con el mandante, so pena de darse por desistido de la oferta. Considerando, que la redacción de los contratos no depende del adjudicatario, los plazos señalados solamente podrán empezar a computarse una vez que el contrato esté disponible para la firma del proponente adjudicado.
32. Por su parte, el numeral 4.1 de las Bases de Disposición Final establece que *“la presente propuesta consiste en la contratación del servicio de disposición de R.S.D. para la comuna de Yerbos Buenas, por un período de 10 años”*. Por

otro lado, el numeral 14 de las Bases de Disposición Final establece que “*el plazo de vigencia de este convenio será de tres años, a contar de la fecha de la firma del contrato por parte del oferente*”, plazos que son inconsistentes.

Finalmente, hago presente a ese 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.*” Por lo tanto, solicito a usted remitir todos los documentos que se refieran al proceso licitatorio incluidos los anexos.

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
Juan Ignacio Donoso.
Fono: 7535656