

ORD. N°: 201 /

ANT.: Consulta de la I. Municipalidad de Recoleta sobre bases de la propuesta pública para la concesión del "Servicio de recolección y transporte de residuos". Rol FNE 1417-09.

MAT.: Informa.

Santiago, **27 MAR. 2009**

DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO
A : SRA SOL LETELIER
ALCALDESA
I. MUNICIPALIDAD DE RECOLETA
AV. DORSAL N° 1099
RECOLETA

Con fecha 25 de febrero de 2009, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas, Bases Técnicas y anexos, del llamado a licitación para la concesión del servicio de "Recolección y transporte de los residuos domiciliarios, de la comuna", 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 a usted 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 de la comuna de Recoleta," definición similar a la consignada en el Artículo 1° de las Bases Administrativas. No obstante, en la Sección N° 1 de las Bases Técnicas se señala que *"el servicio que se define en las presentes bases tiene por objeto efectuar la recolección de residuos domiciliarios y otros residuos equivalentes que se definen en las presentes bases, incluye el retiro de toda la basura comercial y domiciliaria"*; mientras que el numeral 2, de la sección N° 2 de las Bases Técnicas, al definir los

residuos que forman parte de la licitación, los clasifica en “Residuos Domiciliarios” y “Residuos Comerciales.”

2. De esta manera, la definición de los servicios licitados resulta ambigua, y procede que sea reformulada, en concordancia con el Considerando 6° de las Instrucciones Generales, que señala que deben definirse con claridad los servicios a licitar y en qué consiste cada uno de ellos.
3. El literal C del N° 1, de la Sección 6 de las Bases Técnicas, señala que, como parte de los recursos aportados por el contratista, éste deberá proveer contenedores, estableciéndose que “Respecto de los contenedores de 500 lts. que se exigen en las presentes Bases se deberá considerar el diseño, gráfica y colores indicados por el municipio...”. No obstante, las bases no establecen ningún requerimiento respecto a la cantidad o especificaciones técnicas que deben cumplir los contenedores. Lo anterior debe ser subsanado, de manera de definir en forma clara los estándares exigidos en este proceso licitatorio.

II. CRONOGRAMA DEL PROCESO

4. El Artículo 22 de las Bases Administrativas señala que “el contratista deberá dar inicio al servicio 60 días posterior a la adjudicación del servicio.” Por su parte, el Artículo 38 consigna un calendario de licitación, donde se presentan los hitos del proceso, sin presentar, sin embargo, la fecha exacta de cada uno de ellos.
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, disminuya la competencia ex ante”.
6. Por lo tanto, se 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 las fechas de cada uno de ellos, de tal manera de reducir los niveles de incertidumbre.

7. A mayor abundamiento, en cuanto a los plazos y cronograma de los procesos licitatorios, cabe hacer presente a usted que la Sentencia N°77 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia¹ señala que la bases deben ser hechas llegar 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."*
8. A mayor abundamiento, el Resuelvo N° 9 de las Instrucciones de Carácter General, indica: *"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."*

III. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

9. Respecto del criterio de evaluación "Experiencia," el Artículo 8, párrafo final, de las Bases Administrativas, consigna que *"los oferentes, como empresa o sus integrantes, deberán tener experiencia y/o contratos similares,"* mientras que en el Artículo 13, literal A, N° 7, se exige una experiencia mínima de *"un contrato en 3 años, con un municipio que tenga sobre 100.000 habitantes..."* Por su parte, el literal (e) de la Sección N°1 de las Bases Técnicas señala que el adjudicatario deberá proveer de un supervisor y un jefe de servicio, que *"debe contar con una experiencia comprobable en recolección en comunas con similar cantidad de habitantes."* Finalmente, el Formulario N° 3 solicita listar los "Contratos Similares Ejecutados."
10. 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."*

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

11. 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.
12. 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.”*

IV. DISCRECIONALIDAD

13. El artículo 17, inciso 4°, señala que el Alcalde *“se reserva el derecho a rechazar las ofertas si estimara que el valor del contrato supera los precios de mercado en este tipo de servicios afectando negativamente los intereses Municipales y deberá declararse desierta la licitación, llamándose a una nueva propuesta.”*
14. Sin embargo, las Bases no establecen cómo se calcularán los “precios de mercado”, incorporando, de esta manera, una fuente de arbitrariedad.
15. Por otra parte, el artículo 39 señala que la Municipalidad *“podrá postergar la fecha, hora y lugar fijados para la apertura de la propuesta.”*
16. Las cláusulas señaladas contravienen lo dispuesto en el Resuelvo 7° de las Instrucciones de carácter general, que señala que *“las Bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación”*.
17. 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”.

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, resulta necesario asegurar la debida transparencia de la actuación municipal, eliminando la discrecionalidad en su proceder. Así, la facultad de rechazar la propuesta ganadora deberá fundarse en condiciones objetivas, previamente establecidas en las Bases.

V. DURACION DEL CONTRATO

20. El artículo 6 de las Bases Administrativas establece que el plazo de duración del contrato será de siete años.

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

VI. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

22. El artículo 7° de las Bases Administrativas establece que *“Si durante el transcurso del contrato el servicio no pudiese ser prestado en un sector específico, el municipio con el objeto de reestablecer el equilibrio económico, podrá incorporar otros circuitos equivalentes.”*
23. La posibilidad de convenir modificaciones al contrato no amparadas en circunstancias objetivas y verificables, debidamente establecidas en las bases de licitación, se contraponen con la inmutabilidad de las mismas, las que una vez iniciado el proceso de licitación no pueden alterarse siquiera por la vía de aclaraciones, enmendaduras, adiciones o supresiones al contenido esencial de las bases, sin que se lesionen los principios de debida transparencia y garantía de libre acceso, garantidos por el Resuelvo N° 1 de las Instrucciones de carácter general.
24. Al respecto, en aras de preservar el principio de inmutabilidad de las Bases y permitir un grado de flexibilidad que permita al Municipio atender imprevistos, 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 mismas Bases.

VII. INICIO DE LOS SERVICIOS

25. El artículo 22 señala que *“el contratista deberá dar inicio al servicio 60 días posterior a la adjudicación del servicio.”*

-
26. Por otra parte, el literal (a) de la Sección N° 1 de las Bases Técnicas establece que la flota ofertada deberá contar con doce camiones compactadores, nuevos (año 2009).
27. 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° y sin perjuicio de lo señalado en la Sentencia N° 77, 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.
28. 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 exigidos.
29. En conclusión, su Municipio debe ajustar las bases de licitación en los términos expuestos, respecto a las cláusulas de Definición de los Servicios Licitados, Cronograma del Proceso, Exigencias Desmedidas, Discrecionalidad, Duración del Contrato, Inmutabilidad de las Bases e Inicio de los Servicios; las cuales han merecido reparos por parte de esta Fiscalía.
30. 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.”*

En atención a lo expuesto, y conforme lo dispuesto en el artículo 39, letra d) del Decreto Ley N° 211, solicito 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
Ximena Castillo C.
Fono: 7535662