

ORD. N°: 287 /

ANT.: - Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases de la propuesta pública para la concesión del "Servicio de Contenerización (arriendo y mantención) para la Comuna de Talca". Rol N° 1652-10 FNE.

MAT.: Informa.

12 FEB. 2010

DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO

A : SR. JUAN ENRIQUE CASTRO PRIETO
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE TALCA
UNO NORTE ESQUINA UNO ORIENTE
TALCA

Con fecha 29 de Enero de 2010, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas, Bases Técnicas y Anexos de la licitación pública "Servicio de Contenerización (arriendo y mantención) para la comuna de Talca" 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. INCUMPLIMIENTO DEL PLAZO

1. 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"*.

2. Al respecto, las bases y sus antecedentes fueron remitidas a esta Fiscalía el día 29 de enero de 2010, señalando como fecha de publicación de las mismas el día 1° de febrero de 2010, lo cual vulnera lo dispuesto en la citada norma.
3. Confirma lo anterior la Sentencia N° 77, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 4 de noviembre de 2008, 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. CRONOGRAMA DEL PROCESO

4. Las Bases Administrativas en su numeral 7.3.1 incorporan al proceso licitatorio una etapa descrita como **“Visita a Terreno”**, a la cual se le atribuye un carácter obligatorio para todas aquellas empresas interesadas a participar en el proceso. Para la ejecución de dicha etapa se fija, como fecha única, el cuarto día hábil seguido a la publicación de las bases.
5. En relación con lo anterior, cabe señalar que el establecimiento de plazos acotados como el citado anteriormente, vulnera las normas de la libre competencia por cuanto dificultan la participación de la mayor cantidad posible de potenciales oferentes restringiendo su ingreso a las distintas fases del tratamiento de residuos sólidos domiciliarios.
6. El Resuelvo 6° de las referidas Instrucciones 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”*. En consecuencia, se deben establecer en las Bases

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

plazos prudentes entre cada etapa del proceso, cautelando que estos no se constituyan en barreras a la entrada para potenciales participantes.

III. CRITERIOS DE EVALUACION

7. El numeral 12 de las Bases Administrativas señalan aquellos Criterios de Evaluación que serán utilizados por la Comisión de Evaluación para examinar las ofertas, indicando los siguientes:

a) EVALUACIÓN ECONÓMICA (50%)

Factor	PONDERACIÓN
1. Costo Arriendo – Costo Lavado de Contenedores	100%
VALOR POR \$/LITRO DE 120 LTS O Similar Capacidad (Indicar)	50%
VALOR POR \$/LITRO DE 120 LTS O Similar Capacidad (Indicar)	50%

b) EVALUACIÓN TÉCNICA (50%)

FACTOR	PONDERACIÓN
1. FACTOR EXPERIENCIA	50%
a) Años de experiencia en los contratos de arriendo, mantención y reposición de contenedores (meses).	10,0%
b) N° de contenedores instalados en las Municipalidades Chilenas en contratos de Servicios de Arriendos de contenedores con Servicios.	10,0%
c) N° de litros de contenedores instalados en las municipalidades Chilenas en los contratos de Servicios de Arriendos de contenedores con Servicios.	20,0%
d) N° de contratos de arriendo de contenedores con Servicios de mantención, reposición y/o lavado – desinfección de los contenedores con municipalidades Chilenas	5,0%
e) Monto anuales de los contratos de Arriendos de contenedores con Servicios de mantención, reposición y/o lavado – desinfección de los contenedores con municipalidades Chilenas	5,0%
2. FACTOR EQUIPAMIENTO	30%
a) N° de camiones especializados disponibles para lavado de contenedores.	8,0%
b) Año de Fabricación de camiones de lavado	2,0%
c) Equipos GPS en vehículos de lavados (de contenedores)	5,0%
d) Control cartográfico de los contenedores en base a programa indicado en las bases.	7,0%
e) Presentación y descripción de Base de Operaciones relacionada con servicio de arriendo de contenedores.	7,0%
f) Línea 800	1,0%
3. PLAN DE TRABAJO	20%
a) Estructura organizativa y de Dirección.	5,0%
b) Organigrama de conducción	3,0%
c) N° de supervisores y operarios a disposición del contrato de la comuna.	3,0%
d) N° de vehículos para mantenciones reparaciones y/o Reposiciones en el contrato de la comuna.	3,0%
e) Programa de instalación y mantención de equipos.	4,0%
f) Contrato de suministro de agua para camiones lavaderos	2,0%
PLAZO DE ENTREGA	25%
a) Plazo de Importación de contenedores e instalación de ellos en la comuna.	25,0%

8. Sobre el particular, cabe tener presente lo señalado por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el Considerando Trigésimo segundo de la Sentencia N° 92/2009, que dispone: *“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.”*

IV. EXPERIENCIA

9. En relación al “Factor Experiencia” de evaluación económica, inserto en las Bases en sus numerales 12 y 8.7, en el que se hace referencia a años de experiencia en contratos de arriendo, mantención y reposición de contenedores, número de contenedores instalados en las municipalidades chilenas, número de contratos de arriendo de contenedores con servicios de mantención, declaraciones juradas y copias de contratos para acreditar experiencia o años de vigencia en el rubro, entre otros factores, se reitera la necesidad de tener presente lo ya resuelto por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en su Sentencia N° 77, 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.”*
10. Además se recomienda a usted, precaviendo que dicho requisito se constituya en una barrera a la entrada al mercado para nuevas empresas, tener por suficiente la experiencia acreditada por los socios o profesionales encargados de la gestión del proyecto, de manera de evitar que aquellas empresas cuyo personal disponga de experiencia relevante, queden excluidas de disputar este mercado.

V. DURACION DEL CONTRATO

11. El numeral 2.4 de las Bases Administrativas establece que la duración del contrato será de 8 años a contar de la fecha de suscripción del mismo, prorrogable por hasta seis meses. Esta Fiscalía estima que el plazo de duración establecido en las bases resultaría excesivo considerando las inversiones específicas asociadas a la implementación y ejecución del contrato y la depreciación de los activos que requiere. En cuanto a la prórroga del contrato esta debe considerarse por un breve plazo, sólo en caso de circunstancias especiales de buen servicio, apreciables objetivamente.

12. Así, para ajustarse a las Instrucciones Generales, debiera reducirse el plazo de duración del contrato establecido en las bases, evitando imposibilitar innecesariamente la disputa por la provisión del servicio licitado.

VI. DISCRECIONALIDAD

13. El numeral 14.1 de las Bases Administrativas establece que *“La municipalidad se reserva el derecho de aceptar la(s) propuestas que le pareciere(n) más conveniente(s) a los intereses municipales, no necesariamente la más económica, o desestimarlas todas sin necesidad de expresar causa o fundamentar su decisión a los oferentes”*.

14. Al respecto, la Resolución N° 13/2006 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, estableció: *“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”*.

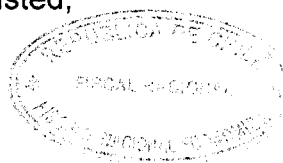
15. Más aún, a juicio de esta Fiscalía, la cláusula señalada podría facultar a esa Corporación para desentenderse de los criterios de evaluación establecidos en las Bases para la adjudicación de la propuesta, adjudicando la licitación a cualquier oferente válido, vulnerando así el mencionado resuelvo 7° de las Instrucciones de Carácter General, el cual dispone, además, que: “Las Bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación.”
16. A mayor abundamiento, en relación a la discrecionalidad, la Sentencia N° 77/2008 del mismo H. Tribunal, confirmada por Sentencia de la Excma. Corte Suprema, en su parte considerativa señaló: **“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.”*
17. Finalmente, en la medida que ello no signifique tal arbitrariedad, será lícito que las Municipalidades adjudiquen parcialmente algunas prestaciones licitadas o declaren desierta una licitación, en aquellos casos en que ninguna de las propuestas se ajuste a sus necesidades. En caso de declarar desierta una licitación, las Municipalidades estarán obligadas a iniciar una nueva, ajustando las bases a las necesidades identificadas en el proceso declarado desierto.

VII. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES.

18. En cuanto a lo establecido en el numeral 14.2 de las Bases cabe tener presente el Considerando Cuarto de las Instrucciones que estiman que *"la incorporación en las bases de licitación de cláusulas o disposiciones de renuncia anticipada de acciones legales, jurisdiccionales o administrativas, en especial las que son indisponibles, además de desincentivar la participación de oferentes al introducir un elemento de incertidumbre puede constituir una vulneración de normas de orden público que conllevaría la nulidad de dichas cláusulas"*.
19. 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 Integro 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,



ENRIQUE VERGARA VIAL
FISCAL NACIONAL ECONOMICO

Abogado FNE
Cristián Poblete Coddou
Fono: 7535662