

ORD. N°: 347 /

ANT.: Consulta sobre Bases Administrativas Generales, Especiales y Técnicas para licitar el servicio de "Disposición Intermedia y Final de Residuos Sólidos Domiciliarios y No Domiciliarios de la Comuna de Talagante." Rol N° 1434-09 FNE.

MAT.: Informa.

Santiago, **14 ABR. 2009**

DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO
A : SR. RAÚL A. LEIVA CARVAJAL
ALCALDE
I. MUNICIPALIDAD DE TALAGANTE
AVENIDA 21 DE MAYO N° 875
TALAGANTE

Con fecha 26 de marzo de 2009, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Generales, Especiales y Técnicas para licitar el servicio de "*Disposición Intermedia y Final de residuos Sólidos Domiciliarios y No Domiciliarios de Talagante*", 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. Las Bases Administrativas Especiales en consulta, en su literal A, relativo al Calendario de Licitación, no señalan la fecha de suscripción del contrato ni la fecha de inicio de las operaciones.

2. Al respecto, cabe hacer presente que, según prevé el Considerando 3° de las Instrucciones de carácter general, se debe establecer en las Bases de Licitación plazos prudentes entre cada etapa de la misma, 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. El Resuelvo 6° de dichas Instrucciones recoge lo antes señalado, estableciendo 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.

II. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

4. El literal C de las Bases Administrativas Especiales señala los criterios de evaluación de las ofertas, estableciendo los siguientes:

Concepto	Porcentaje
Oferta Económica	80%
Distancia	20%

5. Sin embargo, la letra D de las referidas Bases establece: *“La Comisión de Evaluación, dispondrá de cinco días hábiles, contados de lunes a viernes, para estudiar las condiciones de las ofertas y elaborar una proposición de adjudicación. Esta Comisión elaborará un informe comparativo y fundado de las propuestas presentadas, proponiendo al Alcalde, el orden de prelación de dichas ofertas, de acuerdo a los resultados de la aplicación de los Criterios de Evaluación, según pauta contenidas en las Bases Administrativas Especiales.”*
6. Como se aprecia, el literal transcrito establece un nuevo proceso de evaluación técnica, adicional al ya considerado en las Bases Técnicas.
7. De acuerdo a lo dispuesto en el Resuelvo 4° de las Instrucciones Generales, *“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”.

8. 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 éstos por el que realice la mejor oferta económica.
9. Sin perjuicio de lo anterior, en el evento de que la Municipalidad decida ponderar elementos distintos del precio, como es el caso, (ej.: distancia al lugar de disposición final, condiciones de remuneración al personal, valor del combustible, etc.), debe 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.
10. Por otro lado, las referidas Bases no establecen el mecanismo de determinación de la modalidad a implementar para la disposición de residuos (relleno sanitario o estación de transferencia), lo cual incrementa los niveles de incertidumbre que enfrenta el oferente en relación al factor de evaluación denominado “Distancia”. Se recomienda reformular las Bases, estableciendo claramente el proceso de evaluación de las diversas modalidades de disposición.

III. DISCRECIONALIDAD

11. El literal E. de las Bases Administrativas Generales, establece que *“La Municipalidad de Talagante se reserva el derecho de adjudicar al oferente con la oferta más conveniente a los intereses municipales, de esta manera podrá*

rechazar alguna o todas las ofertas y tendrá el derecho de proponer la adjudicación a cualquiera de los proponentes aunque no sea la oferta más baja, siempre que se cumpla con los requisitos establecidos en las Bases; en todo caso la proposición de la adjudicación será fundada."

12. Por su parte, el literal F. de las mismas Bases señala que "El contrato será elaborado por la Dirección de Asesoría Jurídica... (la que) incorporará las cláusulas que resguarden los intereses municipales."
13. Al respecto, 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 ésta 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."
14. El mismo literal puntualiza que "si el adjudicatario no suscribiere el contrato en el plazo de 10 días hábiles (...) por causa que le fuere imputable (...) se procederá a presentar nuevamente al Concejo la adjudicación a alguno de los restantes oferentes participantes del proceso de licitación, de acuerdo a la evaluación, o formulará un nuevo llamado a licitación, según lo estime más conveniente la Autoridad Edilicia."
15. Según el Resuelvo 7° de las Instrucciones de carácter general, (...) En caso de declarar desierta una licitación, las municipalidades estarán obligadas a

iniciar una nueva, ajustando las bases de la misma a las necesidades identificadas en el proceso declarado desierto...".

16. Por otra parte, la letra H. de las Bases Administrativas Generales señala: *"El contratista deberá cumplir las obligaciones, de acuerdo a la oferta adjudicada. La demora o ausencia en la prestación de algún servicio, que no haya sido causada por fuerza mayor, la que será calificada por la Municipalidad, dará derecho a ésta a poner término anticipado al contrato, administrativamente y sin forma de juicio y, en ningún caso, el o los contratistas tendrán derecho a indemnización alguna."*
17. Del mismo modo, el literal M., punto 2. de las Bases Administrativas Generales establece: *"Se aplicarán sanciones o multas en caso de incumplimiento de alguna de las situaciones que, de manera meramente ejemplar, sin que constituyan un listado taxativo, se señalan (...) a) Se entenderá, entre otras, las que se pasan a describir y que tienden a alterar el sistema de pesaje, constituyen faltas graves al contrato (...)"*
18. En igual sentido, el literal N., número 2, letra a) de las Bases señaladas, al especificar los casos en que la Municipalidad podrá poner término anticipado y sin forma de juicio al contrato, señala: *"El incumplimiento grave de las obligaciones contraídas por el contratista. Cualquier incumplimiento grave calificado por la Municipalidad que no haya sido causado, directamente por caso fortuito o fuerza mayor, dará derecho a ésta a poner término anticipado al contrato, (...)"*
19. A juicio de este Servicio, las cláusulas señaladas constituyen una fuente de discrecionalidad, vulnerando el Resuelvo 7° de las Instrucciones de carácter general, el cual dispone claramente que: *"Las bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación..."*
20. Por lo mismo, la 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”.

21. 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. DURACION DEL CONTRATO

22. La letra I, de las Bases Administrativas Generales establece: *“El plazo del contrato de la concesión para la prestación de los servicios adjudicados, será de 36 (treinta y seis) meses, a partir del día siguiente de la firma del Acta de Inicio de Servicio.”*
23. En relación a lo anterior y en base a los antecedentes recopilados, esta Fiscalía estima que la duración de los contratos debiese estar en torno a cuatro o cinco años, incluido un eventual período de prórroga, el cual deberá ser por un breve espacio de tiempo (no más de seis meses) y bajo circunstancias especiales de buen servicio, apreciables objetivamente.
24. Lo anterior, en consideración a que un menor plazo podría desalentar la entrada de nuevos competidores debido a que la duración del contrato no sería suficiente para recuperar la inversión realizada; mientras que, un plazo mayor en la duración del mismo restringe la competencia a la empresa adjudicataria al prolongar la falta de disputa para ese proveedor de servicios.

V. OTRAS OBSERVACIONES

25. El numeral 1.2, letra b) exige la presentación de *“Patente Municipal al día y del rubro de cualquier municipalidad del país.”*

26. Al respecto, se reitera lo resuelto por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que en su Sentencia N° 77/2008, 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”*.
27. Finalmente, cabe hacer presente a esa I. Municipalidad que existe inexactitud entre los literales M., N. y H. de las Bases Administrativas Generales, transcritos anteriormente, al referirse las dos primeras letras, a hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor; y el literal H., sólo a fuerza mayor.

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
Denise Jorquera M.
Fono: 7535662