ORD. N°: 732 /

ANT.: - Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases de la propuesta pública para la concesión del "Servicio de Recolección y Transporte de Residuos Sólidos Domiciliarios de la Comuna de Los Muermos", Rol N° 1672-10 FNE.

- Su Ord. N° 170 de 23 de febrero de 2010, recibido con fecha 3 de marzo de 2010.

MAT.: Informa.

Santiago, 23 MAR. 2010

DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO

A : SR. EMILIO GONZALEZ BURGOS
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE LOS MUERMOS
ANTONIO VARAS N° 498
LOS MUERMOS

Con fecha 3 de marzo de 2010, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas y Anexos del llamado a licitación para el "Servicio de Recolección y Transporte de Residuos Sólidos Domiciliarios de la Comuna de Los Muermos"; 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:

www.fne.gob.cl
Agustinas N° 853, Piso 2, Santiago - Fono: 7535600

I. CRONOGRAMA DEL PROCESO

1. El artículo 14 de las Bases Administrativas señala que el oferente que se adjudique la propuesta estará obligado a iniciar la prestación del servicio **dentro de los 20 días siguientes de notificado** de la adjudicación.

2. Al respecto, aun cuando el artículo señalado se refiere a un hito del proceso licitatorio, no se presenta la totalidad de ellos, ni las fechas estimadas de los mismos, lo cual incrementa los niveles de incertidumbre que enfrentan los potenciales oferentes.

3. A objeto de disminuir los niveles de incertidumbre, esta Fiscalía recomienda a esa I. Municipalidad incorporar a las Bases un cronograma detallado, que contemple todos los hitos relevantes del proceso, como son: fecha de publicación del llamado a licitación, de presentación de las ofertas, de adjudicación, de suscripción del contrato, de inicio de los servicios, etc.

4. Más aun, 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.

5. 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.

6. 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

www.fne.gob.cl
Agustinas N° 853, Piso 2, Santiago - Fono: 7535600

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. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

7. El artículo 18 de las Bases Administrativas presenta los criterios utilizados por la Comisión de Evaluación para examinar las ofertas:

Criterios	Ponderación
Oferta Económica	30%
Experiencia Relevante	20%
Capital Comprobado	15%
Comportamiento Legal	10%
Plan de Trabajo	15%
Mano de Obra contratada de la comuna	10%
Total	100%

8. 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*

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

www.fne.gob.cl
Agustinas N° 853, Piso 2, Santiago - Fono: 7535600

estimase necesario utilizar otros parámetros distintos del precio, éstos se encuentren debidamente justificados."

9. De esta manera, de acuerdo al fallo antes citado, el principal criterio de adjudicación debe corresponder a la oferta económica, cuya ponderación en la evaluación global de las ofertas debe ser superior a la ponderación asignada por la Municipalidad al resto de los elementos a evaluar.

10. 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.

III. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

11. Aun cuando el artículo 3 de las Bases Administrativas señala que podrán participar en la presente propuesta las personas naturales o jurídicas que "*posean experiencia relevante acreditada de al menos cinco años en este tipo de concesiones u otras actividades similares,*" el artículo 10 de las mismas Bases, en su numeral 4, establece que el responsable de la empresa en la comuna deberá tener "*una experiencia de a lo menos dos años en el <u>rubro de la presente licitación</u>.*" Lo anterior es refrendado en el artículo 6 de las Bases Técnicas, el cual, en su numeral 5, puntualiza que el responsable de la empresa debe acreditar "*una experiencia de a lo menos dos años <u>en el rubro</u>.*"

12. 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."

13. Más aún, 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.*"

14. Por otro lado, el artículo 10 de las Bases Administrativas, en su numeral 3.1, letra (e) establece que el potencial oferente debe certificar un capital comprobado no inferior a 5000 UTM, esto es, superior a $183 millones[2]. De acuerdo a antecedentes recabados por esta Fiscalía, esta exigencia es aproximadamente equivalente a disponer más de 3 camiones de carga trasera nuevos o un camión de carga lateral nuevo, lo que no se condice con los requerimientos mínimos de equipos señalados en las Bases Administrativas, que alcanzan a dos camiones recolectores de fabricación posterior al año 2002.

IV. DISCRECIONALIDAD

15. El artículo 14 de las Bases Administrativas señala que la concesión tendrá una duración de dos años y podrá ser prorrogado por un período similar. Esta prórroga solo operará siempre que la Municipalidad informe por escrito al concesionario con anticipación de a lo menos un mes antes del vencimiento del plazo de la concesión.

[2] Calculado según la UTM de marzo equivalente a $36.752.

www.fne.gob.cl
Agustinas N° 853, Piso 2, Santiago - Fono: 7535600

16. 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*".

17. Además, 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"*.

18. En consecuencia, conforme lo descrito, resulta necesario asegurar la debida transparencia de la actuación municipal, eliminando la discrecionalidad en su proceder, para evitar eventuales efectos anticompetitivos, por lo que se señala a esa Municipalidad eliminar la facultad de prorrogar unilateralmente el contrato.

19. Por otro lado, el plazo de concesión que Municipalidad debe ser establecido considerando que un plazo demasiado breve 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 e indefinido en la duración del mismo, restringe la competencia a la firma adjudicataria al prolongar la falta de disputa para ese proveedor de servicios. Todo esto, de conformidad con los Resuelvos 1° y 2° de las Instrucciones Generales.

20. Con todo, cabe hacer presente que, en caso que el Municipio considere un período de prórroga del contrato, éste debe ser breve y sólo en caso de circunstancias especiales de buen servicio, apreciables objetivamente.

www.fne.gob.cl
Agustinas N° 853, Piso 2, Santiago - Fono: 7535600

21. 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.

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,

REPUBLICA DE CHILE
FISCAL NACIONAL
FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

ENRIQUE VERGARA VIAL
FISCAL NACIONAL ECONOMICO

Abogado FNE
Francisco Arriagada P.
Fono: 7535662