

ORD. N°: 764 /

ANT.: Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases de la propuesta pública para la concesión del "Servicio de Recolección, Transporte y Disposición Final de Residuos Domiciliarios". Rol N° 1675-10 FNE.

Su Ord. N° 234, de 8 de marzo de 2010, recibido el día 10 de marzo de 2010.

MAT.: Informa.

Santiago, 30 MAR. 2010

DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO

A : SRA. SANDRA BERNA MARTINEZ
ALCALDESA I. MUNICIPALIDAD DE SAN PEDRO DE ATACAMA
CALLE GUSTAVO LE PAIGE N° 328
SAN PEDRO DE ATACAMA

Con fecha 10 de marzo 2010, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas, Técnicas y Anexos, del llamado a licitación para la concesión del "Servicio de Recolección, Transporte y Disposición Final de Residuos 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.

A continuación, informo las disconformidades que, a juicio de esta Fiscalía, presentan las referidas Bases:

I. CRONOGRAMA DEL PROCESO

1. Aún cuando el numeral 3.2 de las Bases Administrativas contiene un listado de algunos hitos del proceso licitatorio, esta Fiscalía recomienda a esa I. Municipalidad, a objeto de disminuir los niveles de incertidumbre del proceso,

incorporar a las Bases un cronograma detallado que contemple todos los hitos relevantes del mismo, 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.

2. En esta materia se hace presente que las Bases incumplen con el plazo mínimo que debe mediar entre el llamado a licitación (invitación a presentar propuestas según se lee en las Bases Administrativas) y la fecha prevista para la recepción de las ofertas que, de conformidad con lo establecido en el Resuelvo 3° de las Instrucciones de Carácter General N° 1/2006 dictadas por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, debe ser de 60 días. En consecuencia, resulta necesario que esa Municipalidad modifique las fechas señaladas ajustándose a las Instrucciones, de manera que no se reduzca injustificadamente la participación de interesados en la licitación.
3. Se reitera entonces la necesidad de establecer en las Bases de Licitación plazos prudentes entre cada etapa del proceso, en particular entre la fecha de suscripción del contrato y el inicio de los servicios, de tal modo que éstos no se constituyan en barreras a la entrada para potenciales participantes, según lo prevé el Considerando 3° de las citadas Instrucciones.
4. 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".
5. 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. DURACION DEL CONTRATO

6. El numeral 5.1 establece que el plazo de duración del contrato será de dos años, no renovable. Con todo, la Municipalidad tiene la facultad, por razones de interés general calificada por ella misma, de prorrogar por solo una sola vez este plazo hasta por doce meses.
7. Al respecto, cabe señalar a esa Municipalidad que el plazo de concesión debe ser establecido teniendo presente el hecho de que un plazo demasiado breve puede desalentar la entrada de nuevos competidores debido a que la duración del contrato no sería suficiente para recuperar la inversión realizada. Por otra parte una duración del contrato demasiado excesiva imposibilita innecesariamente la disputa por la provisión del servicio.
8. En cuanto al período de prórroga del contrato cabe hacer presente que, en caso que el Municipio lo considere, éste debe ser breve y sólo en caso de circunstancias especiales de buen servicio, apreciables objetivamente.
9. 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. RENUNCIA DE ACCIONES

10. El numeral 3.2.11 de las Bases Administrativas estipula que la Municipalidad se reserva el derecho a rechazar una o todas las ofertas, previo informe fundado, si así le pareciere más conveniente para sus intereses, sin que esto de lugar a reclamos, derecho a indemnización u otro para los oferentes por esta decisión.

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

11. Respecto de la renuncia anticipada de acciones legales, jurisdiccionales y/o administrativas, en especial las que son irrenunciables, se vulnera el Resuelvo octavo de las Instrucciones, que 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 (...)”*. 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 cuarto.

IV. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

12. El numeral 3.2.10 de las Bases Administrativas presenta los criterios utilizados por la Comisión de Evaluación para examinar las ofertas:

Criterios	Ponderación
• Monto	20%
• Evaluación Técnica	40%
• Detalle de los Equipos Ofertados	20%
• Número de Trabajadores (mano de obra, remuneración de personal y especialidad a desempeñar)	20%
Total	100%

13. 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.”*

14. 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.

15. Para ajustarse a las Instrucciones Generales, 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 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.

16. 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.

V. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

17. El numeral 1.3 de las Bases Administrativas señala que *"podrán participar en esta licitación, proponentes que sean personas naturales, jurídicas, chilenas o extranjeras, que demuestren experiencia en el rubro, legalmente constituidas o establecidas en Chile"*. En el punto 3.2.7, letra i), se señala que el Sobre A deberá contener la nómina de los principales trabajos realizados en los dos últimos años (señalando monto, mandante, fecha de contrato y contacto). Se consigna finalmente, de acuerdo al Anexo donde se presentan los criterios de evaluación, que se evaluará el Currículum de la empresa, entendido como *"los años de experiencia que tenga la empresa en temas relacionados a Recolección, Transporte y Disposición Final de RSD."*

18. Se reitera la necesidad de tener presente lo resuelto por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 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”*.
19. 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”*.

VI. DISCRECIONALIDAD

20. El numeral 3.1 establece que *“la licitación será adjudicada a un solo proponente que junto con cumplir las exigencias técnicas y administrativas, le sean de interés municipal, sin que necesariamente sea la más económica.”*
21. Por otro lado, el numeral 3.2.10 señala que *“las propuestas serán evaluadas en su conjunto (...) seleccionando la oferta más conveniente al interés municipal, sin que necesariamente sea la más económica.”* En el mismo sentido, el numeral 3.2.11 establece que *“la adjudicación se realizará seleccionando al proponente que presente la oferta más viable y conveniente al interés de la Municipalidad, no siendo necesariamente la de menor valor.”*
22. Las cláusulas señaladas previamente podrían significar una fuente de discrecionalidad que incrementa los niveles de incertidumbre que enfrenta el potencial oferente. En efecto, a juicio de esta Fiscalía, los artículos señalados podrían 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 según sea *“más conveniente al interés municipal, sin que necesariamente sea la más económica”*, se vulnera 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.*”

23. 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.”**
24. 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”.*
25. En consecuencia, conforme lo descrito, la selección del proponente que se adjudicará la licitación, la desestimación de las ofertas y las causales de resolución del contrato deberán fundarse de manera objetiva en base a los criterios previamente establecidos en las Bases dentro de los cuales deberá primar el criterio económico.

VII. INTEGRACIÓN COMISIÓN EVALUADORA

26. En el numeral 3.2.10 de las Bases Administrativas se señala que la Comisión Evaluadora de Licitación será integrada por el Administrador Municipal, quién presidirá, Secretario Municipal, Director de Obras Municipales, Jefe del Departamento de Administración y Finanzas, o quienes ellos designen.
27. En consecuencia, las Bases no señalan la forma en que integrará definitivamente la comisión evaluadora, con lo cual se contradice el texto expreso del Resuelvo 5° de las Instrucciones de carácter general que estipula: *"Las bases de todo proceso de licitación deberán precisar cómo se integrará la comisión evaluadora (...)"*.

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 señora Alcaldesa que las Bases consultadas sean modificadas conforme a lo observado.

Saluda atentamente a usted,




ENRIQUE VERGARA VIAL
FISCAL NACIONAL ECONOMICO