

ORD. N°: **1138** ✓

ANT.: Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases de la propuesta pública para la licitación denominada "Concesión Servicio de Barrido de Calles, Levante de Microbasurales y Despeje de Canales de la Comuna de Talca." Rol N° 1561-09 FNE.

MAT.: Informa.

Santiago, **21 SET. 2009**

DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO

A : SR. JUAN ENRIQUE CASTRO PRIETO
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE TALCA
1 NORTE N° 797
TALCA

Con fecha 2 de septiembre de 2009, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas, Técnicas y anexos, del llamado a licitación para la concesión del "Servicio de Barrido de Calles, Levante de Microbasurales y Despeje de Canales de 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. CRONOGRAMA DEL PROCESO

1. A pesar que en el articulado de las Bases Administrativas se presenta una relación de los distintos hitos de la licitación, no se establecen con claridad las fechas de éstos. Así ocurre, por ejemplo, con la presentación de las ofertas, la adjudicación y el inicio de los servicios.
2. A objeto de disminuir la incertidumbre que enfrenten los potenciales oferentes, esta Fiscalía recomienda a esa I. Municipalidad incorporar a las Bases un cronograma detallado, que contemple todos los hitos relevantes del proceso, como los indicados.
3. Además, cabe hacer presente que, según prevé el Resuelvo 3° de las Instrucciones de Carácter General, las Municipalidades deben publicar el llamado a licitación que realicen, con una anticipación mínima de 60 días corridos a la fecha prevista para la recepción de ofertas.
4. Asimismo, en virtud del Resuelvo 6° de las Instrucciones, que señala 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”*, se deben establecer en las Bases 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.

II. CRITERIOS DE EVALUACION

5. El artículo 12.3 de las Bases Administrativas presenta los siguientes Criterios de Evaluación utilizados por la Comisión Evaluadora para examinar las ofertas:

Criterio	Porcentaje
Oferta Técnica	45%
Cantidad de Equipos	15%
Memoria Técnica del Servicio	6.20%
Cantidad de Personal de Barrido	5%
Otros Equipos Adicionales	5%
Evaluación Económica	55%

6. El Resuelvo 4° de las Instrucciones Generales dispone que *“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”*.
7. 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 estos por el que realice la mejor oferta económica. En el evento que esa Municipalidad decida ponderar elementos distintos del precio, deberá justificar la inclusión de estos criterios en la evaluación de las propuestas.
8. Por otro lado, de acuerdo al artículo 6 de las Bases Administrativas, los potenciales oferentes deben presentar propuestas separadas, considerando la modalidad de barrido de calles, levante de microbasurales y despeje de canales con implementación de equipos, y sin implementación de equipos.
9. No obstante, en los criterios de evaluación no se establece la modalidad por la cual la Municipalidad escogerá el sistema de implementación, lo cual incrementa los niveles de incertidumbre que enfrenta el potencial oferente.
10. Al respecto, la Resolución N° 13/2006 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, estableció: *“al aumentar la incertidumbre del negocio se*

reducen los incentivos a participar en la licitación y, por lo tanto, disminuya la competencia ex ante”.

III. DISCRECIONALIDAD

11. El numeral 13.5 de las Bases Administrativas, establece que *“la Municipalidad se reserva el derecho de aceptar la propuesta que le pareciere más conveniente a los intereses municipales, no necesariamente la más económica, o desestimarlas todas sin necesidad de expresar causa o fundamentar su decisión a los oferentes.”*
12. El Anexo N° 2 agrega que *“la I. Municipalidad de Talca se reserva el derecho de aceptar cualquier oferta, aunque no sea la de menor valor, o rechazarlas todas sin necesidad de expresar causa o fundamento.”*
13. A juicio de esta Fiscalía, lo anterior constituye una fuente de discrecionalidad, puesto que faculta 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 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. (...) 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...”*.
14. Por otro lado, el artículo 8.4. de las Bases Técnicas señala que *“...tanto las calles y avenidas a atender como así mismo la frecuencia podrán ser modificadas por la Inspección Técnica sin que ello signifique un mayor costo para el Municipio”*.

15. En esa misma línea, la citada 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”*.
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.”**

IV. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

17. El numeral 13.6 de las Bases Administrativas establece que las prerrogativas de la Municipalidad de aceptar la propuesta que le pareciera más conveniente, *“...se podrán ejercer sin derecho a originar reclamo ni solicitud de indemnización alguna por parte de los oferentes...”*.

18. A mayor abundamiento, el citado Anexo N° 2 establece que *“la I. Municipalidad de Talca se reserva el derecho de aceptar cualquier oferta, aunque no sea la de menor valor, o rechazarlas todas sin necesidad de expresar causa o fundamento. **Lo anterior sin derecho a reclamo ni indemnización alguna por parte de los oferentes.**”¹*

19. Por otro lado, el numeral 27 de las Bases Administrativas establece que *“En caso que el contratista interrumpiese el servicio en cinco días alternados en un plazo menor o igual a 45 días o durante diez días alternados en el transcurso de un año calendario, hecho certificado por la Inspección Técnica, el contrato se resolverá de pleno derecho, **sin ulterior recurso y sin derecho a indemnización alguna**”²*

20. De conformidad a lo dispuesto en el Resuelvo 8° de las Instrucciones de Carácter General *“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, ni otras que otorguen a la municipalidad respectiva el derecho a poner término anticipado al contrato adjudicado sin una causa justificada.”*

V. DURACION DEL CONTRATO

21. El numeral 2.4 establece que la vigencia del contrato será de cinco años, prorrogables por otros dos años por razones de utilidad pública, debidamente calificada.

22. En base a los antecedentes recopilados, esta Fiscalía estima que la duración de estos contratos debiese estar en torno a los cuatro a cinco años. Por lo tanto, las bases deben establecer una duración del contrato no superior a

¹ El destacado es nuestro.

² El destacado es nuestro.

cinco años, prorrogables por un breve plazo, sólo en caso de circunstancias especiales de buen servicio, apreciables objetivamente.

23. Lo anterior, considerando, por una parte, la necesaria certidumbre sobre el objeto licitado que han de tener todos los eventuales interesados y, por otra, la duración normal del ciclo de negocio, asociado a la depreciación de los activos que requiere. Una menor certidumbre atenta contra la transparencia del proceso y el libre acceso, en tanto que una duración excesiva imposibilita innecesariamente la disputa por la provisión del servicio.

24. Todo esto, de conformidad con lo dispuesto en el Resuelvo 1° de las Instrucciones, que señala que las bases de licitación deben cautelar la debida transparencia y garantía de libre acceso.

VI. OTRAS EXIGENCIAS

25. El literal (a) del artículo 4 de las Bases Administrativas señala que podrán participar en esta licitación *“personas naturales y/o personas jurídicas, empresas nacionales o extranjeras, en que sus socios, profesionales o ejecutivos de la empresa acrediten experiencia en servicios similares...”*

26. 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.”*

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 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
Francisco Arriagada P.
Fono: 7535662