

ORD. N°: 1180 /

ANT.: Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases de la propuesta pública para la licitación del "Servicio de Recolección y Transporte de Residuos Domiciliarios, Limpieza de Calles, Aseo Ferias Libres, Retiro de Ramas, Escombros Menores en la Comuna de Chiguayante." Rol N° 1557-09 FNE.

MAT.: Informa.

Santiago, **28 SET. 2009**

DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO

A : SR. CRISTOBAL MORENO CHAVEZ
ALCALDE (S)
I. MUNICIPALIDAD DE CHIGUAYANTE
OROZIMBO BARBOZA S/N PARQUE LOS CASTAÑOS
CHIGUAYANTE

Con fecha 28 de agosto de 2009, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas, Técnicas y anexos, del llamado a licitación para la concesión del "Servicio de Recolección y Transporte de Residuos Domiciliarios, Limpieza de Calles, Aseo Ferias Libres, Retiro de Ramas, Escombros Menores en la Comuna de Chiguayante" 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. 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. Además, 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 18 de las Bases Administrativas presenta los siguientes Criterios de Evaluación utilizados por la Comisión Evaluadora para examinar las ofertas:

Concepto	Porcentaje
Oferta Económica	90%
Sueldo Trabajadores	3%
Valor Unitario por Vivienda	3%

2

Valor por Kilómetro adicional al Relleno Sanitario	4%
--	----

6. Pues bien, 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.
8. En el evento que la Municipalidad decida ponderar elementos distintos del precio, debe indicar las razones que justifican la decisión adoptada, así como explicar detalladamente la fórmula de adjudicación de puntaje a cada variable en definitiva considerada.

III. EXPERIENCIA

9. A pesar que el artículo 3 de las Bases Administrativas señala que podrán participar personas naturales o jurídicas que posean a lo menos tres años de experiencia relevante, tanto el número 4 del artículo 11 de las Bases Administrativas y el número 3 del artículo 6 de las Bases Técnicas, exigen que el currículum vitae del responsable de la empresa, *“acredite una experiencia de a lo menos dos años **en el rubro.**”*¹
10. 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*

¹ El destacado es nuestro.

'experiencia relevante' y no necesariamente en el rubro de recolección, transporte y disposición de residuos."

IV. DISCRECIONALIDAD

11. El último párrafo del artículo 3 de las Bases Administrativas, establece que *"en caso de autorizarse el funcionamiento de nuevas ferias libres en la comuna, estas se entenderán incorporadas automáticamente al servicio."*
12. Las Bases Administrativas consideran precios unitarios para los casos de incremento en el número de viviendas, de kilómetro adicional de distancia a relleno sanitario, o de barrido adicional, pero no se considera un pago adicional por un incremento en el número de ferias, que, como se vio, debe ser íntegramente absorbido por el contratista.
13. Por otra parte, el artículo 18 de las Bases Administrativas establece que, en caso que el oferente adjudicado no perfeccione el contrato, *"el Alcalde podrá proponer al Concejo Municipal la adjudicación a otro oferente válido o realizar un nuevo llamado a propuesta."*²
14. 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..."*.

² El subrayado es nuestro.

15. En esa misma línea, 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”*.
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.”**

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