

ORD. N°: 1015 ✓,

ANT.: - Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases de la propuesta pública para la licitación de "Concesión para la prestación del servicio de mantención y reposición de áreas verdes en la comuna de San Bernardo" Rol N° 1704-10 FNE.

- Su Ord. N° 1.342 de 03 de junio de 2010, recibido con fecha 7 de junio de 2010; y correo electrónico de fecha 15 de junio último.

MAT.: Informa.

Santiago, 18 JUN. 2010

A : SRA. NORA CUEVAS CONTRERAS
ALCALDESA
I. MUNICIPALIDAD DE SAN BERNARDO
EYZAGUIRRE N° 450. SAN BERNARDO

DE : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)

Con fecha 7 de junio último, se han recibido en esta Fiscalía las Bases de la Licitación "*Concesión para la prestación del servicio de mantención y reposición de áreas verdes en la comuna de San Bernardo*" de la Municipalidad de Maule (en adelante, las "Bases"), con el objeto de, por una parte, solicitar un pronunciamiento formal en relación a la interrogante que surge respecto de la procedencia de someter las presentes Bases a revisión por parte de la Fiscalía Nacional Económica (en adelante e indistintamente, "Fiscalía" o "FNE") en virtud de 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 (en adelante, las "Instrucciones"); y,

por otra, según se estime pertinente, consultar si el contenido de las Bases se ajusta a las mencionada Instrucciones.

Primeramente, en relación al pronunciamiento solicitado por vuestro Municipio, cabe señalar que acorde a lo dispuesto en el punto 2.1 de las Bases “*la presente Licitación tiene por objetivo la contratación del Servicio de Mantenimiento y Reposición de Áreas Verdes en la comuna, que debe incluir la conservación, la renovación, aseo, acumulación, retiro y transporte de hojas, ramas, escombros y todo tipo de residuos hacia el relleno sanitario correspondiente; y el riego de las áreas, todo el acuerdo a lo solicitado en los Términos Técnicos de Referencia y de ser necesario con las modificaciones solicitadas por la I.T.S., asegurando el perfecto funcionamiento de las mismas.*” (énfasis agregado). Al respecto, cabe destacar que las Instrucciones señalan en su Considerando Quinto “*Que los servicios que suelen licitarse por parte de las municipalidades son, en general, todos o algunos de los siguientes: recolección y transporte de residuos sólidos domiciliarios; provisión y reposición de contenedores; saneamiento de microbasurales producidos por residuos domiciliarios y voluminosos; disposición final de residuos; servicio de retiro y transporte de escombros y ramas y su disposición final. Asimismo, se licitan servicios de aseo, que incluyen barrido y limpieza de calles y ferias libres.*” (énfasis agregado).

Del tenor literal de lo dispuesto en el párrafo anterior, se desprende indefectiblemente que las presentes Bases deben ser consideradas dentro de aquellas que sean sometidas a la revisión e informe por parte de esta Fiscalía, por cuanto las Instrucciones así lo disponen respecto del servicio de retiro y transporte de escombros y ramas, y su disposición, servicios objeto del proceso de licitación en comento. A mayor abundamiento, debe recalarse que la enumeración de servicios señalados en el citado considerando de las Instrucciones, es de *numerus apertus*, por lo que sólo hace referencia de modo ejemplar y general, acerca de algunos de los servicios sobre cuyas Bases de licitación deben ser estudiadas por esta autoridad de libre competencia.

Dicho lo anterior, a continuación informo a Usted las disconformidades que, a juicio de esta Fiscalía, presentan las referidas Bases:

I. CRONOGRAMA DEL PROCESO

1. Aún cuando el punto 7.- de las Bases Administrativas que rigen este proceso licitatorio incorporan un cronograma con algunos de los hitos de esta licitación, tales como la fecha de consultas o de apertura, no se contempla la totalidad de ellos, por ejemplo, la fecha de publicación del llamado a licitación o la fecha de inicio de los servicios.
2. A este respecto, esta Fiscalía recomienda incorporar un cronograma detallado con todos los hitos del proceso licitatorio, el cual considere plazos prudentes entre cada etapa del proceso, en particular entre la publicación de la licitación y el cierre de las propuestas (plazo mínimo de 60 días), así como también la suscripción del contrato y el inicio de los servicios, cautelando que éstos no se constituyan en barreras a la entrada para potenciales participantes, según lo prevé el Considerando 3° de las Instrucciones.
3. Confirma lo anterior, la Sentencia N° 77, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 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

¹ Sentencia N° 77 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de fecha 4 de noviembre de 2008. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de la I. Municipalidad de Curicó, Rol C N° 137-07. Recomendación, página 24.

II. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

4. El punto 14.2.- de las Bases Administrativas presenta los criterios utilizados por la Comisión de Evaluación para examinar las ofertas:

Criterios	Ponderación
I. Oferta Económica	35%
II. Programa de Trabajo	30%
III. Requerimiento de Personal, Vehículos y Equipos	30%
IV. Experiencia en el rubro	5%
Total	100%

5. Sobre el particular, cabe tener presente lo señalado por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el Considerando Trigésimo segundo de la Sentencia N° 92/2009, que dispone: *“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.”*²
6. Así, deberá asignarse al criterio precio una ponderación de, al menos, un 51%, y en el evento de que se establezcan otros criterios éstos deberán estar debidamente justificados (a excepción de los establecidos en el artículo 6° de la Ley N° 19.886, sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios) y ser susceptibles de evaluación objetiva.

III. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

7. El punto 14.2.-, numero IV.- establece la pauta de evaluación del indicador de Experiencia. Entre los factores a considerar se señala *“número de contratos ejecutados y certificados.”*

² Sentencia N° 92 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de fecha 29 de diciembre de 2009. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de la I. Municipalidad de Antofagasta, Rol C N° 172-07. Considerando trigésimo segundo, página 14.

8. Al respecto, cabe tener presente lo resuelto por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que en su Sentencia N° 77, 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.”*³

IV. DISCRECIONALIDAD

9. El párrafo segundo del punto 16.- de las Bases Administrativas establece que, en caso de desistirse el adjudicado, *“el mandante se reserva el derecho de adjudicar a otro proponente o desestimar la propuesta.”*
10. Esta Fiscalía es de opinión que la cláusula señalada previamente podría importar una fuente de discrecionalidad que incrementa los niveles de incertidumbre que enfrenta el potencial oferente. Al respecto, las Instrucciones, en su resuelto 7° disponen que *“las Bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación”*.
11. En el mismo sentido, 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.”*⁴
12. Por lo anterior, resulta conveniente que las bases especifiquen que en caso de desistimiento del adjudicatario el Municipio deberá decidir entre iniciar un nuevo proceso de licitación o asignar la misma a la empresa que hubiese

³ Sentencia N° 77 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de fecha 4 de noviembre de 2008. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de la I. Municipalidad de Curicó, Rol C N° 137-07. Considerando Quincuagésimo quinto, página 19.

⁴ Resolución N° 13 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de fecha 27 de junio de 2006. Consulta de la DGAC sobre Bases de Licitación de Redes Hidrantes, Rol NC 103-05. Considerando Décimo quinto, página 10.

obtenido el segundo lugar, conforme con los criterios de evaluación asociados al proceso original.

Finalmente, hago presente a Usted 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,



JAIME BARAHONA URZÚA
FISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)

Abogado FNE
Francisco Bórquez Electorat
Fono: 7535656