

ORD. N°: 1779 / 1

ANT.: - Consulta de la I. Municipalidad de Osorno sobre Bases de la propuesta pública para el "Servicio de Recolección de Residuos Sólidos Domiciliarios y su Transporte al Relleno Sanitario, Barrido y Aseo de Calles y Aseo de Ferias Libres". Rol 1609-09 FNE.

- Su Ord. N° 1974 de 16 de noviembre de 2009, recibido con fecha 17 de noviembre de 2009.

MAT.: Informa.

Santiago, **30 NOV. 2009**

DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO

A : SR. JAIME BERTIN VALENZUELA
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE OSORNO
MACKENNA N° 851
OSORNO

Con fecha 17 de noviembre de 2009, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas y Técnicas del llamado a licitación para la concesión del "Servicio de Recolección de Residuos Sólidos Domiciliarios y su Transporte al Relleno Sanitario, Barrido y Aseo de Calles y Aseo de Ferias Libres" de la comuna de Osorno, 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 a usted las disconformidades que, a juicio de esta Fiscalía, presentan las referidas Bases:

I. CRONOGRAMA DEL PROCESO

1. El Artículo 2 de las Bases Administrativas señala que la fecha de inicio de los servicios es el 1 de abril de 2010, no obstante la sección N° 08 de las Bases Técnicas del servicio de recolección de residuos sólidos, titulada "Implementación del Plan de Operaciones", establece como fecha de inicio de los servicios el 1 de enero de 2010. Finalmente, el numeral 20.2 de las Bases Administrativas nuevamente establece como fecha de inicio el 1 de abril de 2010, pero, a la vez, establece que *"la Municipalidad podrá determinar una fecha diferente de inicio"*
2. Dicha contradicción y discrecionalidad incrementa los niveles de incertidumbre que enfrentan los potenciales oferentes.
3. Todavía más, las señaladas Bases no hacen referencia a la fecha de ningún otro hito del proceso licitatorio.
4. 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.
5. A este respecto cabe hacer presente que, según prevé el Considerando 3° de las citadas Instrucciones de Carácter General, 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.

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 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 EVALUACION

7. El numeral 10.6.2 de las Bases Administrativas presenta los factores a evaluar y su ponderación:

Criterios de Evaluación	% Ponderación
1. Evaluación Oferta Técnica	20%
Recolección de Residuos	10%
Barrido de Calles	5%
Barrido de Ferias	5%
2. Evaluación Financiera	80%
Sueldos	5%
Cumplimiento Comercial	5%
Oferta Económica	70%

8. Para ajustarse a las Instrucciones, las Bases remitidas a esta Fiscalía deben establecer los requerimientos técnicos mínimos, calificando positivamente a

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

todo aquel oferente que los cumpla, y luego decidir entre éstos por el que realice la mejor oferta económica.

9. Lo anterior en conformidad con el Resuelvo 4° de las Instrucciones Generales, que 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"*.
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. El Artículo 38 de las Bases Administrativas, en el título *"experiencia del personal"* señala que *"...los oferentes deberán acompañar los curriculum y/o certificados que acrediten experiencia en los servicios licitados, ya sea del propietario, de los socios o profesionales de la empresa participante de la licitación"*.
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."*

IV. DISCRECIONALIDAD

13. La letra (c) del numeral 5.2. de las Bases Administrativas señala que la concesionaria se obliga a *“aceptar las modificaciones que en razón del interés público haga la Municipalidad en la prestación del servicio y que no signifique mayor costo para la Empresa, sino mayor eficiencia.”*
14. No obstante lo anterior, no existe claridad en las bases respecto a qué se entiende por eficiencia, lo cual incrementa los niveles de incertidumbre que enfrenta un potencial oferente.
15. En este 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”.*
16. Por otro lado, en el numeral 10.6.3 de las Bases Administrativas se señala que la oferta por concepto de remuneraciones permitiría dirimir la elección en caso de *“empate final ponderado en propuestas muy similares.”*
17. A juicio de esta Fiscalía dicha cláusula podría 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, vulnerando así el mencionado resuelvo 7° de las Instrucciones de Carácter General, el cual dispone, además, que: *“Las Bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación.”*

18. En consecuencia, la propuesta ganadora debe ser el resultado de la aplicación de parámetros objetivos, incluidos en las bases de licitación. La posibilidad del municipio de considerar dos ofertas como “muy similares” (y por ende, aplicar la cláusula de desempate anteriormente señalada) incorpora un grado importante de discrecionalidad que podría afectar en forma negativa la participación de potenciales oferentes.
19. De esta manera, en el evento de que ese Municipio quisiera considerar las remuneraciones de los trabajadores en la decisión de adjudicación, solicitamos incorporar dicho ítem dentro de los factores considerados en la evaluación financiera.

V. INMUTABILIDAD DE LAS BASES.

20. El artículo 28 de las Bases Administrativas, luego de señalar las causales que significarían una variación en el contrato, establece en su numeral 1.6 que *“durante la vigencia del contrato, la Municipalidad podrá aumentar el valor del contrato hasta en un 40%”*.
21. Esta Fiscalía considera que la posibilidad de convenir modificaciones al contrato no amparadas en circunstancias objetivas y verificables, debidamente establecidas en las bases de licitación, se contraponen con la inmutabilidad de las bases, las que una vez iniciado el proceso de licitación no pueden alterarse siquiera por la vía de las aclaraciones, enmendaduras, adiciones o supresiones al contenido esencial de las bases, sin que lesionen los principios de debida transparencia y garantía de libre acceso, garantidos por el Resolvo N° 1 de las Instrucciones de Carácter General.

22. A fin de preservar dicho principio de inmutabilidad y permitir un grado de flexibilidad que le otorgue al Municipio la posibilidad de atender los cambios en las condiciones en que se presta el servicio licitado, resulta necesario que el citado numeral 1.6 haga referencia a que la variación en el contrato responde a los parámetros objetivos señalados en el artículo 28

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