

ORD. N°: 127 /

ANT.: Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases de la propuesta pública para la "Concesión del manejo y operación del relleno sanitario El Boro y la normalización de la disposición final de los residuos sólidos domiciliarios y asimilables". Rol N° 1621-09 FNE.

Su Ord. N° 1898, de 10 de diciembre de 2009, recibido el día 11 de diciembre de 2009.

MAT.: Informa.

Santiago, 12 ENE. 2010

DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO  
A : SRA. MYRTA DUBOST JIMENEZ  
ALCALDESA I. MUNICIPALIDAD DE IQUIQUE  
ANIBAL PINTO N° 50, EX ADUANA  
IQUIQUE

Con fecha 11 de diciembre de 2009, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas Especiales, Bases Técnicas y Anexos, del llamado a licitación para "La concesión del manejo y operación del relleno sanitario El Boro y la normalización de la disposición final de los residuos sólidos domiciliarios y asimilables", 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. DEFINICION DE LOS SERVICIOS LICITADOS

1. El artículo 3° de las Bases Administrativas Especiales, referido a los Aspectos Principales de la Concesión, señala, en su numeral 1, que la *"operación y manejo consiste en ejecutar todas las acciones y obras correspondientes a un Relleno Sanitario según la normativa actual vigente y la Resolución de calificación con los compromisos establecidos en la RCA 085/99 y su posterior aclaración a través de la Resolución Exenta 059/2000, que aprobó el proyecto, el cumplimiento del Decreto Supremo 189 del Minsal, el Código Sanitario y las exigencias sectoriales, de acuerdo al plan de trabajo señalado en la oferta del concesionario Adjudicado de la presente propuesta"*.
2. La definición de los servicios licitados debe ser explicitada, en concordancia con el Resuelvo 2° de las Instrucciones Generales, que dispone que *"En los procesos de licitación, deberán definirse en forma explícita los distintos servicios que se licitan."* Esta disposición tiene por objeto minimizar los niveles de incertidumbre permitiendo una mayor participación de oferentes al existir claridad respecto del tipo de servicio que requiere el licitante.
3. Por otra parte, el artículo 3°, en su numeral 2, establece que *"el proponente deberá efectuar la normalización... por un plazo de concesión que deberá ser entregado por cada oferente"*.
4. Más aún, el numeral 8.5 de las Bases Administrativas Especiales, al definir la modalidad de pagos, señala que *"desde el séptimo mes, hasta el período que defina el proponente, con un mínimo de 6 años"*.
5. Al respecto, el plazo de la concesión corresponde a una de las características principales en un proyecto como el licitado, toda vez que determina el período de tiempo en que se depreciarán las inversiones realizadas por el adjudicatario. Por lo tanto, se hace presente a ese municipio que, a objeto de

realizar una adecuada comparación de las ofertas presentadas por los oferentes, resulta conveniente definir el plazo de la concesión.

## **II. CRONOGRAMA DEL PROCESO**

6. Aun cuando el artículo 6° de las Bases Administrativas Especiales se refiere a algunos hitos del proceso licitatorio, no se presenta la totalidad de ellos, ni las fechas estimadas de los mismos, lo cual incrementa los niveles de incertidumbre que enfrentan los potenciales oferentes.
7. 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.
8. A este respecto cabe hacer presente que, según prevé el Considerando 3° de las citadas Instrucciones, 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.
9. 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, lo que refuerza la necesidad de consignar plazos prudentes, de manera que no se constituyan en barreras a la entrada para los potenciales participantes.
10. 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".<sup>1</sup>*

### III. CRITERIOS DE EVALUACION

11. El artículo 9° de las Bases Administrativas Especiales presenta los factores a evaluar y su ponderación:

Críterios de Evaluación	% Ponderación
<b>1. Experiencia</b>	<b>40%</b>
<b>2. Técnica</b>	<b>35%</b>
Evaluación Operativa	20%
Evaluación Ambiental	15%
Oferta Económica	70%
<b>3. Económica</b>	<b>25%</b>

12. 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."*

<sup>1</sup> Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de la I. Municipalidad de Curicó.

13. 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, indicando 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 señala el Resuelvo 1° de las Instrucciones de Carácter General.

#### IV. DISCRECIONALIDAD

14. El artículo 9° de las Bases Administrativas Especiales establece en su inciso 3° *"La presente propuesta se adjudicará a un único oferente, el cual se elegirá entre los proponentes que, habiendo cumplido todos los requisitos señalados, presenta la oferta más conveniente para la Ilustre Municipalidad de Iquique, reservándose ésta el derecho de aceptar cualquier propuesta, o de rechazarlas todas..."*.
15. 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"*.
16. Más aún a juicio, de esta Fiscalía, la cláusula señalada 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"*.

17. Adicionalmente, la decisión que declare desierto el recurso, si bien puede ser sin expresión de causa, debe estar debidamente fundada. De esta manera, tal como lo ha señalado el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia con ocasión de la sentencia N° 92/2009, *"se limita ex ante el ejercicio arbitrario de las facultades discrecionales del Alcalde y, en ese sentido, se genera suficiente certeza jurídica a los posibles interesados de participar en la licitación como para que no tenga por efecto restringir las condiciones de competencia en ese proceso de adjudicación"*.

#### **V. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES**

18. El artículo 9° de las Bases Administrativas Especiales puntualiza que *"la presente propuesta se adjudicará a un único oferente, el cual se elegirá entre los proponentes que, habiendo cumplido todos los requisitos señalados, presenta la oferta más conveniente para la Ilustre Municipalidad de Iquique, reservándose ésta el derecho de aceptar cualquier propuesta, o de rechazarlas todas, sin que los proponentes puedan pretender indemnización alguna"*.
19. El citado artículo agrega en su inciso 6° *"Los oferentes por el solo hecho de participar en la propuesta, reconocen y acatan en toda resolución que adopte la Municipalidad al resolver la propuesta, aceptando la facultad privativa de ella para decidir, además reconocen que su decisión relativa a la adjudicación de la presente licitación es inapelable y definitiva"*.
20. Por otra parte, el Anexo N°1, en su numeral 4, establece que el proponente declara *"reconocer que la decisión de la Municipalidad de Iquique en la adjudicación de la presente propuesta es inapelable y definitiva"*.
21. Al respecto, cabe tener presente que las cláusulas que establecen la renuncia anticipada de acciones legales, jurisdiccionales y/o administrativas, en especial las que son irrenunciables, contravienen el Resolvo 8° de las Instrucciones Generales, que expresamente 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...".*

22. 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 4°.

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

Saluda atentamente a usted,



**ENRIQUE VERGARA VIAL**  
FISCAL NACIONAL ECONOMICO

Abogado FNE  
Ximena Castillo C.  
Fono: 7535662