ORD. N°: 684 /

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° 0143 del 25 de enero de 2010, recibido el 27 de enero de 2010.

Ord. FNE N° 127, de 12 de enero de 2010.

MAT.: Informa.

Santiago, 08 MAR. 2010

DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO

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

Con fecha 27 de enero de 2010, se ha 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:

www.fne.gob.cl
Agustinas N° 853, Piso 2, Santiago - Fono: 7535600

I. DEFINICION DE LOS SERVICIOS LICITADOS

1. Aún cuando el numeral 11.2 establece que el plazo de concesión será de 15 años, 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*".

2. Más aún, el numeral 8.5 letra (b) 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*".

3. Al respecto, el plazo de la concesión constituye 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 reitera a ese municipio que, a objeto de realizar una adecuada comparación de las ofertas presentadas por los oferentes, resulta conveniente establecer claramente el plazo de la concesión.

II. CRITERIOS DE EVALUACION

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

Criterios de Evaluación	% Ponderación
1. Experiencia	**35%**
2. Técnica	**30%**
Evaluación Operativa	20%
Evaluación Ambiental	15%
3. Económica	**35%**

5. Sobre el particular, se reitera a ese Municipio que, de acuerdo a lo señalado en el Resuelvo 4° de las Instrucciones Generales, "*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*

www.fne.gob.cl
Agustinas N° 853, Piso 2, Santiago - Fono: 7535600

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,*" lo cual no es el caso de las bases analizadas.

III. DISCRECIONALIDAD

6. El artículo 9° de las Bases Administrativas Especiales establece en su inciso 1° "L*a 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 <u>más conveniente</u> para la Ilustre Municipalidad de Iquique, pudiendo declararla desierta en el caso de que no se presenten ofertas, o bien, cuando éstas no resulten <u>convenientes a sus intereses</u>, lo cual se hará por resolución fundada…*".

7. Al respecto, la incorporación de cláusulas que hacen referencia a intereses municipales, locales, comunales o regionales; sin presentar una definición de los mismos, incorporan elementos discrecionales al actuar de la Municipalidad, contraviniendo, de este modo, 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".*

8. 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"*.

9. A mayor abundamiento, en relación a la discrecionalidad, la Sentencia N° 77/2008 del mismo H. Tribunal, confirmada por 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

10. El artículo 9° de la nueva versión de las bases aún contempla, en su inciso cuarto, que "*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*".

11. Por otra parte, el Anexo N° 1, en su numeral 4, aún 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*".

www.fne.gob.cl
Agustinas N° 853, Piso 2, Santiago - Fono: 7535600

12. 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 Resuelvo 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...".*

13. 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,

REPUBLICA DE CHILE
FISCAL NACIONAL
FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

ENRIQUE VERGARA VIAL
FISCAL NACIONAL ECONOMICO

Abogado FNE
Ximena Castillo C.
Fono: 7535662