

ORD. N°: 798 /

ANT.: Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases de la propuesta pública para la licitación del "Servicio de recepción y disposición final de residuos sólidos domiciliarios". Rol N° 1497-09 FNE.

MAT.: Informa.

Santiago, 06 JUL. 2009

DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO  
A : SR. FELIPE AYLWIN LAGOS  
ALCALDE  
I. MUNICIPALIDAD DE CHILLAN VIEJO  
SERRANO N° 300  
CHILLAN VIEJO

Con fecha 8 de junio de 2009, se han recibido en esta Fiscalía las nuevas Bases Administrativas, Especificaciones Técnicas y anexos, del llamado a licitación para la concesión del servicio de "Recepción y disposición final de residuos sólidos domiciliarios", 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. En las Bases Administrativas Generales se incorpora un cronograma con los principales hitos del proceso licitatorio. No obstante, no se considera la fecha estimada de suscripción del contrato, ni la fecha de inicio de los servicios.
2. La falta de claridad respecto a los plazos considerados en licitaciones como la consultada, incrementa los niveles de incertidumbre que enfrentan los potenciales oferentes.

3. Por lo anterior, esta Fiscalía recomienda a esa I. Municipalidad incorporar a las Bases un cronograma detallado, que contemple todos los hitos relevantes del proceso, como son: la fecha de adjudicación, la fecha de suscripción del contrato, la fecha de inicio de los servicios, etc., y sus respectivos plazos, de manera de reducir los niveles de incertidumbre.
4. 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.
5. Además, en virtud del Resuelvo 6° de las Instrucciones, el que 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”*, 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. COMISION EVALUADORA**

6. Las Bases Administrativas Generales no señalan la existencia ni la conformación de la Comisión Evaluadora de las ofertas presentadas.
7. Se hace presente a ese Municipio que las Instrucciones de Carácter General, en su Resuelvo 5°, señalan que: *“Las Bases de todo proceso de licitación deberán precisar cómo se integrará la comisión evaluadora”*, por lo que se solicita a esa Corporación proceder en tal sentido.

## **III. DISCRECIONALIDAD**

8. El artículo 10 de las Bases Administrativas Generales, referido a la *“Presentación de la Propuesta”*, señala lo siguiente:

B *“Al someter a consideración las ofertas, la Municipalidad se reserva el derecho para rechazar todas las ofertas o aceptar cualquiera de ellas, aunque no sea la más baja de acuerdo a los intereses municipales. En todo caso, la evaluación se realizará sobre la base de los siguientes criterios y factores:...”*

9. Por su parte el artículo 17, referido a la “Adjudicación”, señala que: *“La adjudicación se otorgará al oferente seleccionado que presente la oferta más viable y conveniente al interés de la “Municipalidad”... y agrega “La “Municipalidad se reserva el derecho a rechazar una o todas las ofertas e incluso declarar desierta o no conveniente la licitación si así le pareciera conveniente para sus intereses, debidamente fundada”.*
10. 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, 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...”.*
11. 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”.*
12. A mayor abundamiento, en relación a la discrecionalidad, la Sentencia N° 77/2008 y que fuera confirmada por Sentencia de la Excma. Corte Suprema, de 27 de mayo de 2009, dictada en autos Rol 7796-2009, 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 su 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  
Ximena Castillo C.  
Fono: 7535662