

ORD. N°:

826✓

ANT.: Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases de la propuesta pública para la licitación denominada "Concesión servicio recolección de residuos sólidos domiciliarios". Rol N° 1503-09 FNE.

MAT.: Informa.

Santiago, 10 JUL. 2009

DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO

A : SR. RICARDO FUENTES PALMA  
ALCALDE  
I. MUNICIPALIDAD DE HUALQUI  
FREIRE 351  
HUALQUI

Con fecha 19 de junio de 2009, se han recibido en esta Fiscalía las nuevas Bases Administrativas, del llamado a licitación para la concesión del servicio de "Recolección de residuos sólidos domiciliarios en la comuna de Hualqui", 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, que señala 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. El artículo 16 de las Bases Administrativas señala que *“la Municipalidad designará una comisión para la evaluación de ofertas a través de Decreto Alcaldicio quién evaluará las ofertas y emitirá un informe técnico (...)”*.
7. No obstante, las Bases Administrativas no señalan la conformación de la Comisión Evaluadora de las ofertas presentadas.
8. 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

9. El artículo 16 de las Bases Administrativas, en su inciso 2°, señala lo siguiente: *“La Municipalidad se reserva en todo caso, el derecho para rechazar todas las ofertas o cualquiera de ellas, determinación que deberá ser debidamente fundamentada, acorde con lo dispuesto en el Artículo 2° de la Ley N° 18.575 y dictamen N° 12095/96 de la Contraloría General de la República, no dando lugar por estos motivos a reclamos, ni derecho a indemnización de ninguna clase o especie, por parte de los oferentes, sin perjuicio (...)”.*
  
10. Por su parte el referido artículo 16, en su acápite denominado “Criterio de evaluación”, señala: *“La adjudicación se otorgará al Oferente seleccionado que presente la oferta más viable y conveniente al interés de la Municipalidad, lo cual significa que no necesariamente se adjudicará la oferta con menor monto (...)”.*
  
11. 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...”.*
  
12. 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”.*

13. 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.”**

#### IV. CRITERIOS DE EVALUACION

14. Las Bases Administrativas presentan los Criterios de Evaluación utilizados por la Comisión para examinar las ofertas:

Parámetro	Ponderación	Criterio
a.- Monto Oferta	0,4	Mayor puntaje al menor monto ofertado
b.- Calidad Propuesta Técnica	0,3	Mayor puntaje a la mejor propuesta medida en camiones, cantidad contenedores a ofertar
c.- Cantidad de mano de obra a contratar	0,2	Mayor puntaje a mayor cantidad de mano de obra a contratar
d.- Experiencia del oferente	0,1	Mayor puntaje a mayor experiencia acreditable

15. Pues bien, el Resuelvo 4° de las Instrucciones Generales 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”.*

16. Para ajustarse a las Instrucciones, las Bases remitidas a esta Fiscalía deben establecer los requerimientos técnicos mínimos, calificando positivamente a todo aquel oferente que los cumpla, y luego decidir entre estos por el que realice la mejor oferta económica.
17. 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.
18. Por otro lado, respecto del criterio de evaluación “Experiencia,” se ha observado que en el capítulo I (Introducción) se señala que podrán participar los oferentes que “cumplan con las habilidades”, mientras que en Artículo 11, literal D señala que los oferentes deberán presentar “nómina de contratos de servicios similares vigentes.”
19. 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.”*
20. Hago presente a usted, además, que precaviendo que dicho requisito se constituya en una barrera a la entrada al mercado para nuevas empresas, es recomendable tener por suficiente la experiencia acreditada por los socios o profesionales de las participantes en la licitación, de manera de evitar que aquellas cuyo personal disponga de experiencia relevante, queden excluidas de disputar este mercado.

## V INMUTABILIDAD DE LAS BASES

21. El artículo 18 señala que no se contemplan ampliaciones o disminuciones del valor del contrato, *“salvo en el caso que se produzca un cambio significativo e inesperado en alguno de los parámetros considerados para efectos de la presente propuesta.”* Esta renegociación puede ser solicitada por cualquiera de las partes, a través de comunicación escrita.
22. 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 mismas, 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 se lesionen los principios de debida transparencia y garantía de libre acceso, garantidos por el Resolvo N° 1 de las Instrucciones de Carácter General.
23. Además, una cláusula como la señalada altera el principio de inmutabilidad de las Bases, incrementando los niveles de incertidumbre que enfrenta un potencial oferente.
24. En consecuencia, resulta necesario que los ajustes al contrato respondan a la aplicación de parámetros previamente establecidos en las Bases, tales como incremento en el número de habitantes, en el número de viviendas, etc.
25. Se hace presente a ese municipio que es necesario la remisión de todos los documentos que conforman las bases, tales como bases técnicas, anexos u otros.

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