

ORD. N°: 903 /

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° 1688-10 FNE.

Su Ord. N° 000312/2010, de 26 de abril de 2010, recibido el día 29 de abril de 2010.

MAT.: Informa.

Santiago, **14 MAYO 2010**

DE : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
A : SR. RAMÓN GALLEGUILLOS CASTILLO
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE ALTO HOSPICIO
LOS ÁLAMOS N° 3101
ALTO HOSPICIO - I REGIÓN

Con fecha 29 de abril de 2010, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas, 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 numeral 4 de las Bases Administrativas, referido a los Aspectos Principales de la Concesión, señala, en su letra a., 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. En consecuencia, y a objeto de cumplir con el criterio señalado, se sugiere incorporar a las Bases copia de la RCA 085/99 y sus posteriores aclaraciones.
4. Por otra parte, el numeral 15, establece que *“El plazo de duración de la Concesión será, a partir de la total tramitación del Decreto Alcaldicio que aprueba el contrato, hasta la fecha que se estipule en el plan de trabajo el cual no podrá ser menor de 6 años ...”*.
5. De la misma manera, en el numeral 11 se reitera la idea que el plazo deberá ser definido por el proponente.

6. 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

7. Aún cuando los numerales 7, 8 y 9 de las Bases Administrativas hacen referencia a diversos hitos del proceso licitatorio, no se incluye la totalidad de ellos, ni las fechas estimadas de los mismos, lo cual incrementa los niveles de incertidumbre que enfrentan los potenciales oferentes.
8. 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, por ejemplo: fecha de publicación del llamado a licitación, de presentación de las ofertas, de adjudicación, de suscripción del contrato, de inicio de los servicios, etc.
9. 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.
10. 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.

11. 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

III. CRITERIOS DE EVALUACION

12. El numeral 12 de las Bases Administrativas presenta los factores a evaluar y su ponderación:

Criterios de Evaluación	% Ponderación
1. Experiencia	35%
2. Técnica	25%
3. Evaluación Ambiental	10%
4. Oferta Económica	30%

13. Sobre el particular, cabe tener presente lo señalado por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el Considerando Trigésimo segundo de la Sentencia N° 92/2009, que dispone: *“lo relevante es que el principal criterio de asignación de la licitación –no necesariamente el único– sea el precio ofrecido*

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

y que en caso que se estimase necesario utilizar otros parámetros distintos del precio, éstos se encuentren debidamente justificados.”

14. En el evento que ese I. Municipio 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 *“debidamente 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

15. El numeral 12 inciso 1° de las Bases Administrativas establece que *“El Mandante, se reserva el derecho de adjudicar la propuesta, de acuerdo a lo que más convenga a sus intereses, en función a los criterios de evaluación establecidos en las presentes bases y/o acciones fundadas que entreguen condiciones inmejorables para el Mandante.”*
16. Por su parte, el inciso 2° del citado numeral 12 dispone que *“Sin perjuicio de lo anterior, el Mandante podrá declarar no adjudicada la presente propuesta, sin expresión de causa en función a los intereses fundados de ambas comunas.”*
17. 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”*.

18. Todavía más, la cláusula señalada en el numeral 14 anterior 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”.
19. Adicionalmente, hacemos presente a usted que la desestimación de las ofertas deberán fundarse de manera objetiva en base a criterios previamente establecidos en las bases.

V. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

20. El numeral 12 de las Bases Administrativas en su inciso 4° señala que *“La presente propuesta se adjudicará a un único oferente, el cual se elegirá de entre los proponentes que, habiendo cumplido todos los requisitos señalados, presente la oferta más conveniente para el Mandante, reservándose ésta el derecho de aceptar cualquier propuesta, o de rechazarlas todas, sin que los proponentes puedan pretender indemnización alguna”*.
21. A continuación en el inciso 6° del referido numeral, se establece que *“Los oferentes por el solo hecho de participar en la propuesta, reconocen y acatan en toda resolución que adopte el Mandante al resolver la propuesta, aceptando la facultad privativa de ellas para decidir, además reconocen que su decisión relativa a la adjudicación de la presente licitación es inapelable y definitiva.”*

22. Por otra parte, el Anexo "C" en su letra f) establece que el proponente declara *"Reconocer que la decisión de la Municipalidad, en la adjudicación de la presente propuesta es inapelable y definitiva"*.
23. 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..."*.
24. 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°.

VI. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

25. El numeral 7 de las Bases Administrativas dispone en la letra b. que *"...el Mandante se reserva el derecho de emitir para todos los participantes, las Aclaraciones a las Bases y modificaciones en las fechas que estimare necesarias, o las que hubieren surgido con motivo de las consultas efectuadas por los interesados durante el proceso de Licitación ..."*
26. Del mismo modo, la letra c. del numeral 7 referido puntualiza que *"... el Mandante podrá modificar, suplementar o complementar los requerimientos técnicos y plazos de la licitación ..."*
27. A su vez, el numeral 11 de las Bases Administrativas en el punto vi. indica que *"... se podrán adicionar y modificar partidas al formulario de Oferta"*

Económica, a fin de considerar ítems no contemplados en las presentes bases y que puedan ser valorizados.”

28. Al respecto, esta Fiscalía considera que la posibilidad de efectuar modificaciones a las bases se contrapone 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 ellas, sin que lesionen los principios de debida transparencia y garantía de libre acceso, garantizados por el Resuelvo N° 1 de las Instrucciones de Carácter General.

VII. OTRAS OBSERVACIONES

29. El numeral 12 en su inciso 5° relativo al proceso de evaluación, hace una referencia indeterminada a unos de los puntos de las bases.

30. Por otro lado, en diversas disposiciones de las bases existen referencias erróneas al numeral 11.4 de las mismas.

31. Estas disposiciones resultan confusas lo cual podría incrementar los niveles de incertidumbre que enfrentan los potenciales oferentes.

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 al señor Alcalde que las Bases consultadas sean modificadas conforme a lo observado.

Saluda atentamente a usted,


 **FELIPE IRARRÁZABAL PHILIPPI**
FISCAL NACIONAL ECONÓMICO