

ORD. N°: **1675**

- ANT.:
- Consulta de la I. Municipalidad de Valdivia sobre Bases de licitación para la concesión del "Servicio de Operación y Manejo de los Residuos Sólidos Domiciliarios y Asimilables de la Comuna de Valdivia y de otras comunas de la Región de los Ríos en el Vertedero de Morrompulli". Rol FNE 1596-09.
  - Su Ord. N° 2242, de 26 de octubre de 2009.

MAT.: Informa.

Santiago, **13 NOV. 2009**

DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO

A : SR. BERNARDO BERGER FETT  
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE VALDIVIA  
INDEPENDENCIA N° 455  
VALDIVIA

Con fecha 28 de octubre de 2009, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas Generales, Especiales y Técnicas del llamado a licitación para la concesión del "Servicio de Operación y Manejo de los Residuos Sólidos Domiciliarios y Asimilables de la Comuna de Valdivia y de otras comunas de la Región de los Ríos en el Vertedero de Morrompulli", 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 a usted las disconformidades que, a juicio de esta Fiscalía, presentan las referidas Bases:

#### I. DEFINICION DE LOS SERVICIOS LICITADOS

1. El numeral 1.4 de las Bases Administrativas Generales establece que la concesión consiste en el "**Servicio de operación y manejo de los residuos sólidos domiciliarios provenientes de la comuna de Valdivia y de otras comunas de la Región de Los Ríos en el Vertedero Morrompulli.** Cabe considerar dentro de aquellos, los residuos asimilables a domiciliarios por la Municipalidad, excluyéndose los industriales". Por otro lado el numeral 4.2 de las Bases Administrativas Especiales establece que la propuesta consiste en "la ejecución de la concesión conforme a las Especificaciones Técnicas y antecedentes entregados, esto es, Resolución Exenta N° 614 de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la X Región de Los Lagos y Proyecto Piscina de Retención e Reinyección de Líquidos Percolados, Vertedero Morrompulli, con sus respectivas modificaciones y ampliaciones que forman parte del presente proceso".
2. La definición de los servicios licitados señalada en ambas Bases, Administrativas y Especiales, es vaga, y 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.

## II. CRONOGRAMA DEL PROCESO

3. Las Bases Administrativas Generales Especiales hacen referencia a las fechas de diversos hitos del proceso licitatorio, las cuales serían informadas en el portal Mercado Público. La falta de claridad en las fechas de este proceso incrementa los niveles de incertidumbre que enfrentan los potenciales oferentes.
4. 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, etc.
5. A este respecto cabe hacer presente que, según prevé el Considerando 3° de las citadas Instrucciones de Carácter General, 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.
6. 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>

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

### III. CRITERIOS DE EVALUACION

7. El numeral 5 de las Bases Administrativas Especiales presenta los factores a evaluar y su ponderación:

Criterios de Evaluación	% Ponderación
Oferta Económica	70%
Propuesta Técnica	30%

8. 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 éstos por el que realice la mejor oferta económica.
9. Lo anterior en conformidad con el Resuelvo 4° de las Instrucciones Generales, que 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"*.
10. En el evento que la Municipalidad decida ponderar elementos distintos del precio (Ej. Experiencia, Sistema Operativo Propuesto y Condiciones de Empleo y Medidas de Gestión de Calidad y Manejo Ambiental), 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 *"debidamente transparencia y garantía de libre"*

acceso, estableciendo condiciones generales, uniformes y objetivas", tal como agrega el Resuelvo 1° de las Instrucciones Generales.

#### IV. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

11. El numeral 3.3 de las Bases Administrativas Generales establece que *"podrán participar en esta Propuesta personas naturales o jurídicas, que se dediquen al rubro..."*
12. Por otra parte, el numeral 4.2.11 señala que los oferentes deben acreditar *"experiencia de la empresa en la prestación de este tipo de servicio de a lo menos 5 años."*<sup>2</sup>
13. Al respecto, se hace presente a su Municipio que se debe 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,"* en consecuencia, se sugiere se especifique el criterio señalado anteriormente en los citados numerales de las Bases Administrativas.
14. Asimismo, hacemos presente a usted que la aplicación práctica de esta exigencia debe realizarse de manera tal que dicho requisito no se constituya en una barrera a la entrada al mercado para nuevas empresas. En consecuencia, sugerimos tener por suficiente la experiencia acreditada por los socios o profesionales de las empresas participantes en la licitación.

<sup>2</sup> Los destacados son nuestros.

## V. DISCRECIONALIDAD

15. El numeral 4.4.2 de las Bases Administrativas Especiales señala que *"la Ilustre Municipalidad de Valdivia podrá rechazar todas las ofertas o aceptar cualquiera de ellas, o declarar desierta la presente propuesta por motivos presupuestarios, o contratar menos servicios de los ofertados, o también contratarlos a la empresa que demande una tarifa menor por el servicio."*
16. 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".*
17. 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."*
18. A mayor abundamiento, en relación a la discrecionalidad, la Sentencia N° 77/2008 del mismo H. Tribunal, confirmada por Sentencia de la Excm. 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."

## VI. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

19. El numeral 11 de las Bases Administrativas Generales señala que "todo aumento o disminución de la obra o concesión deberá ser autorizado por el Mandante....El aumento o disminución no podrá superar el 30% del valor del contrato."
20. Esta Fiscalía considera que la posibilidad de efectuar variaciones al servicio no amparadas en circunstancias objetivas y verificables, debidamente establecidas en las bases de licitación, se contraponen con la inmutabilidad de las mismas.
21. Es necesario, en consecuencia, que los ajustes al contrato respondan a la aplicación de parámetros previamente establecidos en las Bases, tales como, incremento del número de habitantes, número de viviendas, etc, disminuyéndose así los niveles de incertidumbre a que se expone a potenciales oferentes mediante la referida cláusula.

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  
Francisco Arriagada  
Fono: 7535662