

ORD. N°: 1065 /

ANT.: Consulta sobre Bases de la propuesta pública para la concesión del "Servicio de Disposición Final de Residuos Sólidos Domiciliarios Y Asimilables", Rol N° 1901-11 FNE.

Su Ord. N° 579, de 23 de mayo de 2011.

MAT.: Informa.

04 AGO. 2011

DE : SUBFISCAL NACIONAL ECONÓMICO

A : SR. HUGO REY MARTÍNEZ  
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE CURICÓ  
ESTADO N° 279  
CURICÓ

Con fecha 27 de mayo de 2011, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas, Bases Técnicas y Anexos para la licitación pública de la concesión del "Servicio de Disposición Final de Residuos Sólidos Domiciliarios y Asimilables, Comuna de Curicó", 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, (en adelante las "Instrucciones Generales").

A continuación, informo las disconformidades que, a juicio de esta Fiscalía, presentan las referidas Bases de Licitación:

#### I. CRONOGRAMA DEL PROCESO

1. Las Bases Administrativas Generales contemplan un calendario de la licitación, sin señalar fechas de las etapas del proceso, incrementando, de esta manera, la incertidumbre que enfrenta un potencial oferente de servicios.

2. Sobre el particular, se solicita tener en especial consideración lo dispuesto en el Resuelvo 3° de la Instrucciones Generales, el que dispone: *“Las Municipalidades deberán publicar el llamado a licitación que realicen, con una anticipación mínima de 60 días corridos previos a la fecha prevista para la recepción de las ofertas, en al menos dos diarios de circulación nacional o alternativamente, en uno de circulación nacional y en otro de circulación en la región que corresponda. A la fecha de las publicaciones, las respectivas bases de licitación deberán estar disponibles para los interesados”*.
3. A objeto de disminuir los niveles de incertidumbre, esta Fiscalía recomienda a esa I. Municipalidad incorporar a las Bases de Licitación 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.
4. A este respecto debe tenerse presente que las Bases de Licitación deben establecer 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.
5. Confirma lo anterior la Sentencia N° 77, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la cual en su considerando quincuagésimo señala que las Bases de Licitación deben 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”*.

## II. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

6. Las Bases Administrativas exigen, para poder participar en la licitación en el numeral 6.1, literal m): “Listado de los contratos vigentes celebrados por el

proponente...; toneladas y metros cúbicos recepcionados al mes...”.

7. Sobre el particular, cabe tener presente lo resuelto por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en su Sentencia N° 77, 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”*.
8. Adicionalmente, 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, por lo que bastaría tener por suficiente la experiencia acreditada por los socios o profesionales de las empresas participantes en la licitación, puesto que de esta manera se evita que empresas cuyo personal disponga de experiencia relevante, queden excluidas de disputar este mercado.
9. Lo anterior, de acuerdo al Resuelvo 6° de las Instrucciones de Carácter General, que dictamina que *“las municipalidades no podrán imponer a los interesados en participar en una licitación exigencias que otorguen ventajas artificiales que reduzcan injustificadamente el número de potenciales participantes en la licitación respectiva”*.

### III. DISCRECIONALIDAD

10. Las Bases Administrativas, en el artículo 6°, se refieren a la forma de presentación de las ofertas Económica y Técnica, al respecto el literal d), denominado “De las Garantías Ambientales por Obras Faltantes e inconclusas”, señala: *“En el caso que el adjudicatario tenga obras faltantes y/o inconclusas referentes a los siguientes aspectos se deberán acompañar las cauciones que más adelante se indican: **A** Obras Faltantes y/o inconclusas a Funcionamiento definitivo y efectividad en cuanto a calidad de las aguas resultantes de la planta de tratamiento de lixiviados; **B** Obras Faltantes o Inconclusas a Implementación de vías de acceso definitivas al relleno sanitario. En caso de que el oferente circule por vías provisorias, la utilización*

*de éstas deberá estar disponible dentro de los plazos de uso autorizado por la autoridad ambiental”.*

11. El párrafo siguiente, señala que el proponente deberá presentar además una garantía por cada una de la(s) obra(s) faltante (s) y/o inconclusas. El párrafo final establece: *“Cada una de las garantías que corresponda presentar, deberá ser por un monto equivalente en U.F. al 10% del valor total de la obra(s) faltante(s) o inconclusa(s) la Secretaría Comunal de Planificación de la Municipalidad será la encargada de la tasación que permitirá determinar el valor total de las obras, según el itinerario establecido”.*
  
12. En el mismo sentido el numeral 6.1, en su literal h) exige la presentación de una declaración jurada ante Notario Público que exponga el estado de cumplimiento de las exigencias establecidas en su respectiva Resolución de Calificación Ambiental y todas sus modificaciones, señalando si cumple o no cumple, en relación a la calidad de las aguas resultantes del proceso, de la planta de tratamiento de lixiviados y de implementación de vías de acceso definitivas al relleno sanitario.
  
13. Más aun, el párrafo final del numeral en análisis establece: *“La Municipalidad tasará las obras faltantes de las que tiene conocimiento sin necesidad de declaración de las empresas, como todas aquellas que sean informadas. No obstante, es responsabilidad exclusiva de las empresas hacer ver a la municipalidad alguna obra faltante en este listado para hacer tasación. Asimismo publicará el resultado de estas tasaciones”.*
  
14. Agrega la letra i), del mismo numeral: *“Si de la declaración jurada o de la información que obra en poder de la Municipalidad y en caso que el proponente no cuente o no opere en condiciones óptimas las “instalaciones del relleno sanitario”, de acuerdo a las exigencias hechas por la autoridad competente y por la Municipalidad, deberá presentar una boleta de garantía por cada obra inconclusa o faltante, equivalente a 10% del valor de las obras inconclusas o faltantes, a nombre de la Municipalidad de Curicó, con el fin de garantizar que éstas sean materializadas en un plazo no superior a tres*

**meses**". Asimismo, el párrafo siguiente considera como instalación mayor la Planta de Tratamiento de Lixiviados, cuyo funcionamiento definitivo y efectividad, en cuanto a la calidad de las aguas resultantes deberá ser garantizado en los mismos términos.

15. Al respecto, debe señalarse que de las cláusulas citadas no se observa la posibilidad de determinar con algún grado de precisión el monto de las garantías que debían presentar los oferentes que presentaran obras inconclusas. Lo anterior puede convertirse en un obstáculo para que potenciales oferentes que presentan obras inconclusas realicen ofertas en el marco de la licitación. Sobre el respecto, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, señaló en su Resolución N° 13/2006: *"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"*.
16. Por su parte, el numeral 9°, de las Bases Administrativas, referido a la "Evaluación de las Ofertas", establece: *"La Comisión Evaluadora de la licitación dentro del plazo de 10 días hábiles, revisará y evaluará las ofertas presentadas, emitiendo un informe al señor Alcalde a fin de que proceda a la adjudicación o rechazo de las ofertas presentadas. Dicho informe consistirá en una evaluación tanto de los documentos que conforman su Oferta Técnica como de su Oferta Económica"*.
17. Asimismo el literal B, del mismo numeral, referido a la "Oferta Económica", en su párrafo tercero, señala: *"La decisión de dejar en estado de adjudicar determinada oferta, queda condicionada al procedimiento antedicho, siendo adjudicada la que resulte más conveniente a los intereses municipales, entre todas las propuestas que cumplen los estándares técnicos exigidos en estas bases administrativas y en sus especificaciones técnicas"*.
18. Las disposiciones señaladas contravienen la Resolución N° 13/2006 del H.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que 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, disminuye la competencia ex ante”<sup>1</sup>.

19. Más aún, a juicio de esta Fiscalía, los numerales señalados podrían 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 resuelto 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”.

20. 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”.

---

<sup>1</sup> Resolución N° 13 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de fecha 27 de junio de 2006. Consulta de la DGAC sobre Bases de Licitación de Redes Hidrantes, Rol NC 103-05. Considerando Décimo quinto, página 10.

21. En definitiva, la adjudicación de la licitación debe hacerse a aquel oferente que obtenga el mayor puntaje de acuerdo a los criterios de evaluación y ponderaciones previamente establecidos en las bases administrativas, tal como lo establece el artículo 10 de la ley 19.886, ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, en concordancia con los artículos 37 y 41 de su reglamento.

#### IV. PAUTA DE EVALUACIÓN

22. Las Bases en análisis no contemplan una pauta de evaluación, lo que vulnera lo establecido en el Resuelvo 4° de las Instrucciones Generales, el cual 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"*.
23. *En consecuencia, las bases remitidas a esta Fiscalía deben incorporar las pautas para la calificación de los oferentes y sus propuestas, estableciendo como criterio principal de adjudicación el precio ofrecido por los oferentes.*
24. 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 y que en caso que se estimase necesario utilizar otros parámetros distintos del precio, éstos se encuentren debidamente justificados."*

Finalmente, hago presente a ese Municipio que, para futuras licitaciones, 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,

Por orden del Fiscal Nacional Económico,



REPUBLICA DE CHILE  
\* SUBFISCAL NACIONAL  
FISCALIA NACIONAL ECONOMICA  
**JAIME BARAHONA URZÚA**  
**SUBFISCAL NACIONAL ECONÓMICO**

Encargado FNE  
Ximena Castillo  
Fono: 7535604 7535662