

ORD. N°: 51 /

**ANT.:** Consulta de la I. Municipalidad de Mostazal sobre Bases de la propuesta pública para la contratación de los "Servicios de recolección, transporte, disposición de residuos en vertedero, limpieza de aceras y barrido de calles". Rol FNE 1380-09.

**MAT.:** Informa.

Santiago, **23 ENE. 2009**

**DE :** FISCAL NACIONAL ECONOMICO

**A :** SR. SERGIO MEDEL ACOSTA  
ALCALDE  
I. MUNICIPALIDAD DE MOSTAZAL  
PLAZA DE ARMAS S/N  
MOSTAZAL

Con fecha 12 de enero de 2009, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas, Bases Técnicas y anexos, del llamado a licitación para la contratación de los servicios de "Recolección, transporte, disposición de residuos en vertedero, limpieza de aceras y barrido de calles", 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. Las Bases están caratuladas como servicios de "Recolección, Transporte, Disposición de Residuos en Vertedero, Limpieza de Aceras y Barrido de Calles," y, de acuerdo al artículo 3° de las Especificaciones Técnicas, consisten en "barrido de calles y limpieza de aceras, recolección de

residuos domiciliarios y transporte hasta el lugar de disposición autorizado de los residuos sólidos producidos en el sector considerado.”

No obstante, el numeral 3.8 de las mismas, señala que el contratista deberá considerar un servicio especial para, entre otros, la limpieza de ferias libres.

2. De esta manera, la definición de los servicios licitados es ambigua, y debe ser reformulada, en concordancia con el Considerando 6° de las Instrucciones Generales, que señala que debe definirse con claridad los servicios a licitar y en qué consiste cada uno de ellos.
3. Esta Fiscalía hace presente a esa I. Municipalidad, además, como una manera de generar una mayor competencia en el servicio de barrido de calles y de limpieza y aseo de ferias libres, que debe permitir ofertas separadas para cada servicio licitado, sin perjuicio que la adjudicataria de ambos procesos resulte ser la misma empresa Sin embargo, en caso que el Municipio considere adecuado aceptar una oferta global por todos los servicios, deberá justificar su decisión.

## II. CRONOGRAMA DEL PROCESO

4. El artículo 4° de las Bases Administrativas señala que éstas estarán disponibles en el portal ChileCompra entre el 22 de enero y el 23 de marzo de 2009, período en el cual los interesados podrán efectuar consultas. La fecha de apertura de las propuestas está contemplada para el día 23 de marzo de 2009.
5. Al respecto, cabe hacer presente a ese Municipio que la Sentencia N° 77, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 4 de noviembre de 2008<sup>1</sup>, señala que la Bases deben ser hechas llegar a esta Fiscalía con la debida antelación, de manera tal que *“...la revisión de Bases de licitación, así como el intercambio de información... 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*

---

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

---

*presentar sus propuestas e iniciar adecuadamente las prestaciones a las que se obliguen, respectivamente.”*

6. Por lo demás, el Resuelvo N° 9 de las Instrucciones de Carácter General, indica que: *“Las Bases de las licitaciones públicas a que se refieren estas instrucciones, deberán ser remitidas a la Fiscalía Nacional Económica, a lo menos con 15 días corridos de anticipación a la fecha en que se publique el respectivo llamado.”*
7. Las Bases Administrativas, por otro lado, no señalan la fecha de inicio de los servicios, lo cual incrementa el grado de incertidumbre que enfrentan los potenciales oferentes. Para cumplir con las Instrucciones Generales, las Bases deben presentar un cronograma completo del proceso licitatorio, incluyendo la fecha de inicio de las operaciones; todo esto, de conformidad con lo dispuesto en el Resuelvo 1° de las Instrucciones, que señala que las Bases de licitación deben cautelar la debida transparencia y garantía de libre acceso.
8. El Resuelvo 6° de las Instrucciones de carácter general establece que las Municipalidades no pueden imponer, a los interesados en participar en una licitación, exigencias que otorguen ventajas artificiales que reduzcan injustificadamente el número de potenciales oferentes. Por lo mismo, según establece el Considerando 3°, se requiere consignar plazos prudentes en las Bases, de manera que ellos no se constituyan en barreras a la entrada para los potenciales participantes.

### III. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

9. El artículo 5° de las Bases Administrativas señala los criterios utilizados por la Comisión Evaluadora para examinar las ofertas:

Concepto	Porcentaje
Experiencia	25%
Dotación de Personal	30%
Programa de Trabajo	15%
Oferta Económica	30%

10. 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”*.
11. 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.
12. 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.
13. En el caso del criterio de evaluación “Experiencia,” el artículo 2° de las Bases Administrativas señala que *“podrán participar en la propuesta: Personas Naturales o Jurídicas que acrediten idoneidad y experiencia en la prestación de este tipo de servicios, y deben estar inscritos en el Portal de ChileCompra.”*
14. Al respecto, cabe tener presente lo resuelto por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que en su Sentencia N° 77, antes citada, 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”*.
15. Además, basta 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.

#### IV. COMISION EVALUADORA

16. El artículo 5° de las Bases Administrativas indica que: *“Se conformará una comisión presidida por el Director de Obras, que se abocará al análisis de las Ofertas y proposición de Oferentes...”*

17. Al respecto esta Fiscalía considera que esta cláusula indica en forma vaga e imprecisa la integración de esta Comisión, contraviniendo las Instrucciones de Carácter General que en su Resuelvo 5° señala: *“Las Bases de todo proceso de licitación deberán precisar cómo se integrará la comisión evaluadora.”*

#### V. DISCRECIONALIDAD

18. En el artículo 5° de las Bases Administrativas se señala que *“la Municipalidad de Mostazal se reserva el derecho de adjudicar la Oferta que resulte más idónea a las necesidades de la Comuna conforme a los criterios de evaluación, a través de un decreto Alcaldicio, como asimismo, rechazar todas las Ofertas o Declarar la Propuesta Desierta, otorgando 5 días para que los Oferentes rechazados puedan presentar reclamos o pedir explicaciones.”*

19. Por otro lado, el numeral 7.1 señala que *“si por causa imputable al proponente adjudicado el Contrato no se perfecciona en el plazo estipulado, se hará efectiva la Garantía de Seriedad de la Oferta, quedando la Municipalidad en libertad para adjudicar la Propuesta a la Segunda o Tercera Oferta calificada, o bien llamar a una nueva Propuesta.”*

20. De conformidad a lo dispuesto en el Resuelvo 7° de las Instrucciones de carácter general, *“las Bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación”.*

21. Por su parte, la Resolución N° 13/2006, también del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, señaló: *“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 De conformidad a lo dispuesto en el Resuelvo 7° de las Instrucciones de carácter general, “las Bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación”.a participar en la licitación y, por lo tanto, disminuya la competencia ex ante”.*
22. A mayor abundamiento, la Sentencia N° 77/2008, 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;”*
23. En consecuencia, conforme lo señalado, resulta necesario asegurar la debida transparencia de la actuación municipal, eliminando la discrecionalidad en su proceder. Así, la selección del proponente al que se adjudicará la licitación y la desestimación de las ofertas, deberán fundarse de manera objetiva, en base a criterios previamente establecidos en las Bases.

24. El numeral 7.3 señala que *“la duración del contrato es de 2 años, desde la suscripción legal del mismo, pudiendo ser renovado en caso fortuito o de fuerza mayor y previo acuerdo de las partes en el período sucesivo de ampliación.”*
25. En base a los antecedentes recopilados, esta Fiscalía estima que la duración de estos contratos debiese estar en torno a los cuatro a cinco años, incluido un eventual período de prórroga, el cual debe ser breve y sólo en caso de circunstancias especiales de buen servicio, apreciables objetivamente y expresamente descritas en las Bases de licitación. Lo anterior, porque un mayor período de duración restringe la competencia a la firma adjudicataria, al prolongar la falta de disputa para ese proveedor de servicios; mientras que un menor plazo podría eventualmente desalentar la entrada de nuevos competidores, debido a que la duración del contrato no sería suficiente para recuperar la inversión realizada.
26. Finalmente, hago presente a ese Municipio que, de acuerdo al considerando sexagésimo séptimo de la señalada Sentencia N°77/2008, el Tribunal de la Libre Competencia ha considerado *“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