

ORD. N°: 0079 /

**ANT.:** Consulta de esa I. Municipalidad sobre bases administrativas generales, bases administrativas especiales y términos técnicos de referencia del proceso de licitación "Servicio de Aseo, Recolección y Disposición final de Residuos Sólidos Domiciliarios y Asimilables de la Comuna de Ancud". Rol N° 1806-10 FNE.

Su Ord. IMA – N° 2252, de fecha 27 de diciembre de 2010, recibido por esta Fiscalía el día 29 de diciembre de 2010.

**MAT.:** Informa.

Santiago, 18 ENE. 2011

**DE :** FISCAL NACIONAL ECONÓMICO  
**A :** SR. FEDERICO KRUGER FINSTERBUSCH  
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE ANCUD  
BLANCO ENCALADA N° 660  
ANCUD. CHILOE

Con fecha 29 de diciembre de 2010, se han recibido en esta Fiscalía las bases administrativas generales, bases administrativas especiales y términos técnicos de referencia del proceso de licitación "Servicio de Aseo, Recolección y Disposición final de Residuos Sólidos Domiciliarios y Asimilables de la Comuna de Ancud", 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. Aún cuando las Bases están caratuladas como “Servicio de Aseo, Recolección y Disposición Final de Residuos Sólidos Domiciliarios y Asimilables de la Comuna de Ancud”, según el tenor de lo expresado en diversas disposiciones de las mismas, la licitación incluiría el servicio de traslado o transporte de residuos.
2. Sumado a ello, el numeral 3.1 de las Especificaciones Técnicas titulado *Servicios que forman parte de esta licitación*, omite señalar en forma expresa dentro de los servicios comprendidos el de traslado o transporte de residuos.
3. A fin de proporcionar una información adecuada a potenciales oferentes resulta necesario definir claramente los servicios licitados, tanto el cuerpo de las Bases como en su título.
4. Sin perjuicio de lo anterior, por otro lado cabe tener presente que para el caso que se haga un solo llamado a licitación para todos los servicios, deberán indicarse en forma expresa en las Bases los fundamentos para ello.

## **II. CRONOGRAMA DEL PROCESO**

5. El numeral 1.4 de las Bases Administrativas Generales incorpora un cronograma del proceso licitatorio, sin embargo, éste no contempla la totalidad de las etapas relevantes del mismo. Concretamente se omite la fecha o época de suscripción del contrato.
6. Resulta necesario incorporar a las Bases un Cronograma detallado, que contemple todas las etapas relevantes del proceso, tales como: fecha de publicación del llamado a licitación, de presentación de las ofertas, de adjudicación, de suscripción del contrato, de inicio de los servicios, etc.

7. Por otro lado, entre la *Fecha de posible adjudicación e Inicio del servicio* contemplada en el Cronograma, hay menos de 30 días.
8. Cabe tener presente que el Resuelvo 6° de las referidas Instrucciones 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”*. En consecuencia, se deben establecer en las Bases plazos prudentes entre cada etapa del proceso, en particular entre la suscripción del contrato e inicio de las operaciones, cautelando que los mismos no se constituyan en barreras a la entrada para potenciales participantes.
9. Confirma lo anterior la Sentencia N° 77, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 4 de noviembre de 2008, la cual 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>

### III. CRITERIOS DE EVALUACION

10. El numeral 1.4.6 de las Bases Administrativas Generales presenta los criterios utilizados para examinar las ofertas y su ponderación:

Ponderación	Criterio
30%	Monto oferta propuesta
40%	Oferta técnica
30%	Experiencia Proponente

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

11. Sobre el particular, resulta necesario considerar lo establecido por 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”*.
12. Así, 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.

#### **IV. EXIGENCIAS DESMEDIDAS**

13. En literal C del numeral 1.4.6. de las Bases Administrativas Generales, relativo al criterio de evaluación *Experiencia Proponente* lo define de la siguiente forma:
- “Experiencia de la empresa en trabajos del rubro materia de la presente licitación.
- Conocimiento en modelos de origen en base a trabajos realizados con anterioridad.
- Para evaluar este aspecto, el oferente deberá presentar certificados extendidos por los mandantes a los cuales haya prestado o se encuentre prestando actualmente el servicio.”
14. 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<sup>2</sup>, 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.”

---

<sup>2</sup> Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de la I. Municipalidad de Curicó.

15. Todavía más, 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.
16. Por otro lado, en el numeral 2.4 inciso segundo de las Especificaciones Técnicas inserto en el título *Descripción Genérica de las prestaciones del servicio de aseo*, estable que *“Una vez llenadas estas bolsas deberán ser selladas y depositadas en el vehículo de recolección de propiedad del contratista, y transportadas durante el día al vertedero municipal u otro autorizado.”*
17. Sobre el particular, cabe señalar que las Bases no deben exigir a los participantes la propiedad de los vehículos o maquinarias necesarias para prestar el servicio, bastando con que los proponentes garanticen la existencia de un compromiso de arriendo u otro suficiente.

## **V. DISCRECIONALIDAD**

18. El numeral 1.3 inciso 2° de las Bases Administrativas Generales dispone que *“El mandante se reserva el derecho de aceptar o rechazar las ofertas o a los oferentes, con expresión de causa, previo informe de la Comisión Evaluadora de las ofertas y del Sr. Alcalde”*
19. Por otro lado, el numeral 1.4 de las Bases Administrativas Especiales estatuye en su parte final que *“En la eventualidad de no ser suscrito el contrato, se dejará sin efecto la adjudicación, debiendo licitarse nuevamente el servicio o adjudicarse a otro oferente en el respectivo llamado a licitación, previa evaluación de la comisión respectiva”*.

20. 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, disminuye la competencia ex ante”.<sup>3</sup>
21. Todavía más, la disposición señalada en los numerales anteriores, 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 Resuelvo N° 7 de las Instrucciones de Carácter General.
22. Adicionalmente, hacemos presente a usted que la desestimación de las ofertas deberá fundarse de manera objetiva, en base a criterios previamente establecidos en las bases.

## **VI. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES**

23. El numeral 1.4.5. en su inciso penúltimo de las Bases Administrativas Generales dispone que “En caso de verificarse la falta de alguno de los requisitos exigidos para cada uno de los documentos, el oferente quedará fuera de las bases. Esta decisión no será susceptible de recursos o reclamación alguna.”
24. Por otro lado, el numeral 3.3. de las Bases Administrativas Especiales establece la facultad para el contratista de apelar ante el Alcalde por las multas aplicadas por el Municipio, señalando que dicha autoridad *fallará en*

---

<sup>3</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.

*única instancia, siendo su fallo no susceptible de reclamo alguno. Más adelante agrega que el no acatamiento de dicho fallo originará el término del contrato, sin ulterior recurso.*

25. 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...”*. Del mismo modo, vulneran lo dispuesto en el Considerando Cuarto de las Instrucciones, por cuanto *“la incorporación en las bases de licitación de cláusulas o disposiciones de renuncia anticipada de acciones legales, jurisdiccionales y/o administrativas, en especial las que son indisponibles, además de desincentivar la participación de oferentes en esos procesos al introducir un elemento de incertidumbre, puede constituir una vulneración de normas de orden público que conllevaría la nulidad de dichas cláusulas.”*

## **VII. INMUTABILIDAD DE LAS BASES**

26. El numeral 6.1 de las Bases Administrativas Especiales dispone que *“En caso que se requiera una mayor frecuencia de atención del Servicio, o mejorar la calidad del servicio prestado, el contratista deberá atenerse a las instrucciones que imparta para tales efectos la Inspección Técnica.”*
27. Por otro lado, la letra b) del numeral 3.4.3 de las Especificaciones Técnicas dispone que *“b) La frecuencia y horario de recolección podrán ser modificados si el interés general de la comunidad así lo aconseja, modificación que debe ser acordada expresamente entre las partes.”*

28. En este sentido, la posibilidad de convenir modificaciones al contrato no amparadas en circunstancias objetivas y verificables (como por ejemplo, aumento del número de viviendas que deben ser atendidas, como consecuencia de la construcción de nuevos conjuntos habitacionales) 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 Resuelvo N° 1 de las Instrucciones de carácter general.

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**

Abogado FNE  
Andrea Avendaño B.  
Fono: 7535604