

ORD. N°: 0194 ✓

**ANT.:** Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases de la propuesta pública para la concesión del servicio de "Recolección y Transporte de los residuos sólidos domiciliarios de la comuna de San Ramón" Rol N° 1807-11 FNE.

Su Ord. N° 03, del 6 de enero de 2011, recibido en la misma fecha.

**MAT.:** Informa.

03 FEB. 2011

**DE :** FISCAL NACIONAL ECONÓMICO  
**A :** SR. PEDRO ISLA FARIÁS  
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE SAN RAMÓN  
AV. OSSA N° 1771  
SAN RAMÓN

Con fecha 6 de enero de 2011, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas, Especificaciones Técnicas y Anexos para la Licitación Pública del "Servicio de Recolección y Transporte de los Residuos Sólidos Domiciliarios de la Comuna de San Ramón", 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").

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

#### **I. CRONOGRAMA DEL PROCESO**

1. Los artículos N° 16 y 21 de las Bases Administrativas señalan algunos de los hitos del proceso licitatorio, sin informar con claridad la fecha de cada uno de ellos, ni tampoco se presenta la fecha correcta para el inicio de los servicios,

incrementando, de esta manera, la incertidumbre que enfrenta un potencial oferente.

2. Resulta necesario incorporar a las Bases un Calendario o 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.
3. 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.
4. 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>

## II. DURACION DEL CONTRATO.

5. El artículo 7°. de las Bases Administrativas dispone que el plazo de duración de la concesión será de cinco años, el cual podrá ser prorrogado hasta por seis meses, según lo determine la Municipalidad.

---

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

6. Al respecto, cabe representar a esa Municipalidad que para ajustarse a las Instrucciones, la posibilidad de ser prorrogado por un plazo breve –no superior a seis meses- debe establecerse sólo en caso de circunstancias especiales de buen servicio, apreciables objetivamente.

### III. COMISION EVALUADORA

7. Aun cuando el numeral 11.2 de las Bases Administrativas Especiales define la conformación de la Comisión de Evaluación, el mismo numeral señala que “*el Sr. Alcalde podrá incorporar a otro(s) funcionarios(s) que estime pertinente*”.
8. Una cláusula como la señalada contraviene las “Instrucciones” que en su Resuelvo 5° dispone: “*Las bases de todo proceso de licitación deberán precisar cómo se integrará la comisión evaluadora.*”

### IV. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

9. Al momento de aplicar la pauta de evaluación señalada en el numeral 17.6, la comisión evaluadora utilizará como criterio para rankear las ofertas, entre otros, la experiencia de la empresa y del supervisor.
10. El numeral 17.7.2 de la misma, referido al Criterio Oferta Técnica establece en el literal a) “*En el criterio Experiencia de la empresa (30 puntos) se asignará un puntaje de 30 puntos a la empresa que presente la mayor cantidad de contratos en el sector municipal en el periodo de 5 años, luego se establecerán los puntajes correspondientes de las otras empresas a través de una comparación relativa al mayor número de contratos*”.
11. Por su parte, el literal d) del numeral 10.3 establece que el oferente debe presentar una declaración jurada sobre “servicios de Extracción de Residuos Sólidos en ejecución”, mientras que el literal l) indica que la persona a cargo del servicio deberá presentar certificado que “*acredite haber estado a cargo*”

del servicio de recolección de residuos domiciliarios u otros como de ferias libres, industriales”.

12. 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, 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.”
13. Sumado a ello, 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.
14. 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.*”

## V. DISCRECIONALIDAD

15. El literal a) del numeral 6.1 de las Bases Administrativas, establece que el concesionario se obliga, entre otros, a “*la ejecución del Proyecto definitivo y planos de recorrido de todos los servicios involucrados, así como también la realización de los estudios complementarios, que a juicio de la Municipalidad, sean necesarios para la ejecución del proyecto*”(el énfasis es nuestro).
16. El artículo 15, por su parte autoriza a la Municipalidad a modificar el calendario de la propuesta a través del portal de mercado público e informando dicha modificación además, mediante una “Aclaratoria”.

17. Asimismo, el artículo 17, en su numeral 17.5, señala “...*Se declarará desierta una licitación cuando no se presenten ofertas o bien, cuando éstas no resulten convenientes a los intereses municipales*” (el énfasis es nuestro).
  
18. Por otra parte, el artículo 9° de las referidas bases, señala que “*la Municipalidad se reserva la facultad de rechazar todas las propuestas o declarar desierta la respectiva licitación, si las mismas no se ajustaren a las Bases de Licitación, o si a su criterio exclusivo ninguna de ellas satisfaga adecuadamente el interés municipal...*” (el énfasis es nuestro).
  
19. Las disposiciones señaladas en los numerales anteriores 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>2</sup>.
  
20. Adicionalmente los artículos 9 y 17 de las Bases 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 Resuelvo N° 7 de las Instrucciones de Carácter General, que dictamina que “*Las bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación.*”
  
21. A mayor abundamiento, en relación a la discrecionalidad, la Sentencia N° 77/2008 del mismo H. Tribunal, confirmada por Sentencia de la Excmá. 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,*

---

<sup>2</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.

*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. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

22. El inciso segundo del artículo 9° de las Bases Administrativas establece que *"el sólo hecho de la presentación de la oferta significa la aceptación por parte del proponente de las presentes Bases y de los antecedentes que la acompañan, como asimismo la renuncia a efectuar cualquier reclamo, sea judicial y/o administrativo sobre ellas. Además renuncian expresa y formalmente a cualquier tipo de indemnización con motivo de la adjudicación de la Concesión del servicio o su no adjudicación así como a las acciones y recursos y pretensiones que tiendan a ello".* Una cláusula similar se establece en el numeral 17.3 de las Bases.
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. A su vez, el considerando cuarto de las mismas instrucciones agrega que: *"la incorporación en las bases de licitación de cláusulas o disposiciones de renuncia anticipada de acciones legales, jurisdiccionales y/o administrativas (...) además de desincentivar la participación de oferentes en estos procesos*

*al introducir un elemento de incertidumbre, podría vulnerar normas de orden público...".*

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

25. El numeral 20.1 de las Bases señala que *"la Municipalidad podrá ordenar un aumento o disminución del monto del contrato hasta un 20% del monto original de acuerdo a lo señalado en estas bases administrativas"*.
26. Al respecto, esta Fiscalía considera que la posibilidad de convenir modificaciones al contrato no amparadas en circunstancias objetivas y verificables, debidamente establecidas en las Bases, se contraponen derechamente con el principio de inmutabilidad de las mismas. En virtud de éste, 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 Resolvo N° 1 de las Instrucciones.
27. En consecuencia, resulta necesario que los ajustes al contrato respondan a la aplicación de parámetros previamente establecidos en las Bases, tales como un incremento en el número de viviendas, o extensión de áreas verdes sujetas a mantención.

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

Saluda atentamente a usted,

Encargado FNE  
Ximena Castillo  
Fono: 7535604 7535662



**FELIPE IRARRÁZABAL PHILIPPI**  
FISCAL NACIONAL ECONÓMICO