

023

ORD. N°:

0298 ✓

**ANT.:** Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases Administrativas y Técnicas para la Concesión del "Servicio de Recolección, Transporte y Descarga Intermedia o Final de los Residuos Sólidos Domiciliarios", de la comuna de Puente Alto, Rol N° 1822-11 FNE.

**MAT.:** Informa.

16 FEB. 2011

**DE :** FISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)  
**A :** SR. MANUEL JOSÉ OSANDÓN IRARRÁZABAL  
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE PUENTE ALTO  
AV. CONCHA Y TORO N° 1820  
PUENTE ALTO

Con fecha 27 de enero de 2011, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas y Técnicas para la Concesión del "Servicio de Recolección, Transporte y Descarga Intermedia o Final de los Residuos Sólidos Domiciliarios", de la comuna de Puente Alto, 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 6, 7, 8, 10 y 11 de las Bases Administrativas esbozan en términos generales algunos de los hitos del proceso licitatorio, sin informar con claridad la fecha de cada uno de ellos, como tampoco la fecha concreta en la cual se debe dar inicio a los servicios licitados.
2. Se recomienda a esa I. Municipalidad incorporar a las Bases un cronograma detallado que contemple todos los hitos relevantes del proceso, como son, por ejemplo, la fecha de publicación del llamado a licitación, de presentación de

las ofertas, de adjudicación, de suscripción del contrato y de inicio de los servicios<sup>1</sup>, entre otras, señalando específicamente y con claridad los plazos de cada uno de estos hitos.

3. Confirma lo anterior la Sentencia N° 77, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 4 de noviembre de 2008, 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>2</sup>.

## II. PUBLICACIÓN DEL LLAMADO A LICITACIÓN

4. Se hace presente a esa I. Municipalidad que el Resuelvo 3° de las Instrucciones de Carácter General dispone que *“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 ofertas, en al menos dos diarios de circulación nacional, o alternativamente, en un 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.”*

## III. EXPERIENCIA

5. El artículo 8 de las Bases Administrativas señala, como aspectos a considerar en la evaluación de las ofertas, la *“Oferta Técnica: Experiencia, calidad y/o categoría de servicio ofrecido, plazos, etc.”*

---

<sup>1</sup> Debe tenerse presente que resulta imperioso que exista un plazo razonable entre la adjudicación y la puesta en marcha del servicio, puesto que el establecimiento de un exiguo plazo resulta en una disminución innecesaria de la competencia, erigiendo una barrera a la entrada a potenciales competidores que, aún cumpliendo con los restantes estándares mínimos requeridos, no logren realizar las gestiones necesarias (por ej. compra de equipo, instalación de oficinas, contratación de personal, entre otros) en el corto período de tiempo establecido para ello. Lo anterior en consonancia al Resuelvo 1° de las instrucciones.

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

6. Hago 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, esta Fiscalía sugiere tener por suficiente la experiencia acreditada por los socios o profesionales de las empresas participantes en la licitación.

#### **IV. DISCRECIONALIDAD**

7. El Artículo 5.2 de las Bases Administrativas dispone que: *“El mandante se reserva el derecho de formular las aclaraciones que estime convenientes, publicándolas en el portal, las que se entenderán como incorporadas a las presentes bases”*.
8. El artículo 10 expresa que: *“El mandante se reserva el derecho a rechazar todas las ofertas si estas por razones fundadas no resultan convenientes a los intereses municipales”,* declarando posteriormente que se seleccionará *“al oferentes que presente la oferta más viable y conveniente al interés de la Municipalidad”*.
9. El artículo 16.1 consigna que: *“La Municipalidad se reserva el derecho de disminuir en cualquier época de vigencia del contrato el servicio contratado hasta en un 50%, con la consiguiente rebaja proporcional de la prestación”,* el 16.8: *“Asimismo los contratos podrán modificarse, a petición unilateral de la municipalidad, de acuerdo a nuevos requerimientos tecnológicos y necesidades de la comuna”,* y el 16.9: *“La Municipalidad podrá encargar un servicio extraordinario que no estuviese comprendido dentro de las especificaciones técnicas”*.
10. El artículo 20.2 letra a) expresa que: *“El contrato se entenderá resuelto administrativamente ipso-facto, sin forma de juicio y sin derecho a indemnización, por cualquier incumplimiento grave de parte del Concesionario respecto de las obligaciones contraídas en virtud del contrato”*.
11. Al respecto, esta Fiscalía puede señalar que, 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 (...)*”.

12. Por su parte, 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”*.
13. En consecuencia, conforme lo señalado en las Instrucciones y la citada Resolución, resulta necesario asegurar la debida transparencia de la actuación municipal, eliminando la discrecionalidad en su proceder. En particular:
- (i) **INMUTABILIDAD DE LAS BASES:** La posibilidad de convenir modificaciones al contrato, como las expuestas y que no se encuentran 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 Resolvo N° 1 de las Instrucciones de carácter general. Por lo anterior, debe eliminarse toda atribución de esa Municipalidad de alterar las bases, ya sea enmendando o agregando aclaraciones a las mismas o modificando la prestación del servicio contratado arbitrariamente, sin fundarse en causal objetiva y transparente, que deberá constar en las mismas bases. En este sentido, esta Fiscalía considera que en la medida que las aclaraciones no modifiquen las Bases Administrativas o Técnicas, esa Municipalidad podrá efectuarlas.

- (ii) **DISCRECIONALIDAD PARA ELEGIR PROPUESTA GANADORA:** A juicio de esta Fiscalía, el artículo 10 de las bases analizadas 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, vulnerando el ya mencionado resuelvo 7° de las Instrucciones de Carácter General.

En este sentido, 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.”*

Por lo anterior, se debe erradicar toda alusión a los “*intereses municipales*” como criterio rector en la elección de la propuesta que se adjudicará la licitación, bastando para cautelar dichos intereses una correcta aplicación de los criterios objetivos de evaluación que las mismas bases establezcan.

## V. EXIGENCIA DE PROPIEDAD DE LOS VEHÍCULOS

14. La cláusula 7.8 de las Bases Técnicas expresa que *“Todos los vehículos y equipos que se utilizarán en la ejecución de este contrato, deberán ser de propiedad del concesionario al momento del término de la fase de implementación del plan operativo (quince días antes del inicio del servicio), o en su defecto deberán presentarse los respectivos contratos de compraventa (ya sea compraventa al contado o por leasing), cumpliendo con lo estipulado en la Oferta Técnica. No se aceptará la utilización de vehículos y equipos arrendados”*.
15. En opinión de esta Fiscalía, la cláusula transcrita incumple el Resuelvo sexto de las Instrucciones, que dispone que: *“Las Municipalidades no podrán imponer a los interesados exigencias que otorguen ventajas artificiales que reduzcan injustificadamente el número de potenciales participantes en la licitación respectiva”*.
16. En efecto, la referida cláusula discrimina en favor de aquellos operadores que se encuentran actualmente ofreciendo el servicio licitado, reduciendo el número de potenciales participantes en la licitación, y entorpeciendo la selección de los operadores más eficientes. Por lo demás, no resulta necesario ostentar la propiedad de los vehículos y maquinarias para prestar el servicio licitado, bastando con garantizar la existencia de un compromiso de arriendo u otro suficiente.

## VI. FALTA DE LA DEBIDA CLARIDAD Y TRANSPARENCIA EN ALGUNAS DISPOSICIONES DE LAS BASES

17. El artículo 8 de las Bases, signado como *“De la evaluación”*, presenta una serie de falencias que es necesario enmendar, en consonancia con las instrucciones generales. Dicho artículo expresa los aspectos a evaluar al momento de adjudicar la licitación<sup>3</sup>, omitiéndose expresar el modo o escala numérica al cual se sujetará cada uno de los aspectos. Si bien en el señalado artículo se establecen dos criterios de evaluación, el cuantitativo –oportunidad,

<sup>3</sup> Entrega de Antecedentes, Capacidad Económica, Oferta Técnica y Oferta Económica.

proporcionalidad directa y proporcionalidad inversa- y el cualitativo, no se detalla claramente cuál será la escala utilizada (1 a 10, o 1 a 100, por ejemplo).

18. Por otra parte, cada uno de los aspectos a evaluar no establece subaspectos transparentes, claros y específicos, al signar, dos de los cuatro, la palabra “etc.” al final de su enumeración. En este sentido, debiese establecerse con claridad cada uno de los subaspectos que la Comisión evaluará y su correspondiente ponderación, considerando para estos efectos lo señalado en el párrafo 6 de este informe.
19. Por otro lado, el aspecto “Oferta Económica” establece que *“consistirá en traducir a través de un algoritmo el valor de la oferta neta recibido a un puntaje relativo a escala”*, sin especificar concretamente qué ha de entenderse como oferta económica y cuál será específicamente su escala de evaluación, tal como se expresó en el párrafo 14 de este informe.
20. Finalmente, el artículo 30 establece que las apelaciones a las observaciones, sanciones y plazos entregados por la Municipalidad deberá resolverlas el Alcalde en el *“más breve plazo posible”*, señalando posteriormente el artículo 31 que la resolución que resuelve una apelación deberá dictarse dentro de dos semanas. Para reducir cualquier tipo de incertidumbre, lo recomendable es enmendar esta contradicción y cualquier otra que contenga las Bases.
21. En suma, debe imperar la transparencia y claridad en cada una de las disposiciones de las Bases, erradicando completamente cualquier incertidumbre a los oferentes en la presente licitación. Al efecto, las instrucciones, en su considerando segundo, expresan que éstas tienen por objeto establecer los criterios básicos a los que deben sujetarse las bases de licitación, *“con el objeto de asegurar la debida publicidad, transparencia y libre acceso al mercado, así como la existencia de condiciones objetivas, generales, uniformes y no discriminatorias”*.

Por último, hago presente a ese Municipio que, de acuerdo al considerando sexagésimo séptimo de la sentencia N° 77, el H. Tribunal de Defensa 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,



**CRISTIÁN R. REYES CID**  
**FISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)**

Contacto FNE |  
Eduardo Aguilera Valdivia  
eaguilera@fne.gob.cl  
Fono: 7535604-7535602