

041

ORD. N°:

0434 ✓

ANT.:

Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases Administrativas de Licitación Pública para la propuesta denominada "Concesión de Servicios de Recolección de Residuos Domiciliarios y Recolección Diferenciada de la Comuna de La Florida 2011-2017"; Rol N°1846 -11 FNE.

Su Ord. N° 149, de 21 de febrero de 2011, recibido el día 22 de febrero de 2011.

MAT.:

Informa.

Santiago,

17 MAR. 2011

DE : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

A : SRA. DINA CASTILLO GONZÁLEZ  
ALCALDESA (S) I. MUNICIPALIDAD DE LA FLORIDA  
AVDA. VICUÑA MACKENNA N° 7210  
LA FLORIDA

Con fecha 22 de febrero de 2011, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas Generales, Bases Administrativas Especiales, Especificaciones Técnicas y Anexos, de la propuesta pública denominada "Concesión de Servicios de Recolección de Residuos Domiciliarios y Recolección Diferenciada de la Comuna de La Florida", 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. Si bien el cronograma del proceso, contempla los hitos relevantes del mismo, establece un plazo de tan solo 54 días entre la publicación de la licitación y el cierre de las ofertas lo que vulnera lo establecido en el Resuelvo 3° de las "Instrucciones", que indica: *"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..."*.
2. Asimismo, establece un plazo de tan solo 7 días corridos entre la adjudicación de la licitación y el inicio de los servicios lo podría significar que potenciales oferentes se inhiban de participar en virtud de la imposibilidad de disponer de los camiones y equipos requeridos para iniciar el servicio.
3. Sobre el particular, el Resuelvo N° 6 de las "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 participantes, lo que refuerza la necesidad de consignar plazos prudentes, de manera que no se constituyan en barreras a la entrada para ellos.
4. Confirma lo anterior la Sentencia N° 77, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 4 de noviembre de 2008, que 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>

5. Por lo tanto, se recomienda a ese municipio establecer plazos prudentes entre la suscripción del contrato y el inicio de los servicios, cautelando que éstos no se constituyan en barreras a la entrada para potenciales participantes, según lo prevé el Considerando 3° de las citadas Instrucciones. Considerando el volumen de residuos y de habitantes de la comuna, debiera establecerse como fecha de inicio a lo menos 90 días desde la fecha de suscripción del contrato.

## **II. INMUTABILIDAD DE LAS BASES**

6. El Cronograma en su numeral 9 faculta al Municipio para modificar el calendario de la licitación al señalar: *“La Unidad Técnica podrá modificar el calendario de la propuesta a la fecha fijada para la apertura...”*.
7. Por su parte el numeral 3.2, párrafo tercero de las Bases Administrativas Generales, establece *“La Municipalidad podrá, de oficio (resolución y/o decreto) aclarar o modificar puntos de las bases e inclusive en los casos que corresponda respecto de lo anterior, y para dar al oferente un plazo prudencial para la preparación de la oferta, modificar el calendario respecto de las fechas, hora y lugar para las aperturas de las propuesta...”*.
8. Asimismo, el numeral 4.4 de las bases en cuestión, señala *“La Municipalidad podrá disminuir o aumentar los servicios, antes del término del contrato...”*. El numeral 4, de las Bases Administrativas Especiales, se remite al numeral anterior señalando *“Si durante la vigencia del contrato, la Municipalidad requiera del aumento o disminución del servicio, éste podrá ampliarse o disminuirse en los mismos parámetros de la oferta económica y de acuerdo a lo estipulado en el punto 4.4 de las bases Administrativas Generales”*.

---

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

9. En el mismo sentido el numeral 6.2, establece en su párrafo final la obligación del Inspector Técnico para *"solicitar Antes del término del vencimiento del contrato toda modificación que diga relación con el aumento, disminución del servicio, aumento del plazo, renovación de contrato, etc."*.
10. Sobre el particular, hacemos presente que la posibilidad de efectuar modificaciones a las Bases, 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.
11. En consecuencia, resulta necesario que los ajustes al contrato respondan a la aplicación de parámetros previamente establecidos en las Bases, tales como incremento en el número de viviendas o en el número y extensión de calles sujetas a barrido.

### III. PAUTA DE EVALUACIÓN

12. El numeral 7 de las Bases Administrativas Especiales presenta los criterios de Evaluación conforme a las cuales se realizará la adjudicación del servicio. Establece en el numeral 7.2 una Tabla de Detalle de Asignación de Puntaje Oferta Técnica, la que asigna puntaje a la experiencia de la empresa estableciendo una escala decreciente en relación a la cantidad de años.
13. Asimismo, el numeral 3.3.2, denominado Anexos Técnicos, se refiere a los documentos que deberá acompañar el oferente al Portal de ChileCompra, exigiendo en su letra d) ***"Certificados que acrediten la experiencia del oferente, emitidos por quienes hayan contratado sus servicios o por clientes actuales"***(el énfasis es nuestro).

14. Al respecto, hacemos presente el Resuelvo 6° de las referidas Instrucciones, que dispone 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”*.
15. En ese sentido, la pauta y la citada cláusula, constituyen inequívocamente una imposición que reduce injustificadamente el número de potenciales participantes en la licitación.
16. De acuerdo con lo expuesto, la experiencia debe considerarse de manera tal que dicho requisito no se constituya en una barrera a la entrada al mercado para nuevas empresas. En consecuencia, sugerimos tener por suficiente la experiencia acreditada por los socios o profesionales de las empresas participantes en la licitación.
17. Adicionalmente, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en su Sentencia N° 77, de 4 de noviembre de 2008, estableció 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>

#### IV. DISCRECIONALIDAD

18. El numeral 3.4.3, párrafo 7, de las Bases Administrativas Generales establece que la *“La Municipalidad de la Florida, se reserva el derecho a rechazar alguna o todas las ofertas si no las estimare convenientes a sus intereses (se entenderá que una oferta no se ajusta al interés municipal cuando se encuentra fuera de los precios de mercado o la disponibilidad presupuestaria,*

---

<sup>2</sup> Sentencia N° 77 del TDLC.

*cuando los oferentes no den garantía de cumplimiento de las exigencias técnicas poniendo en riesgo la calidad del servicio o bien cuando los antecedentes presentados al municipio hagan presumible la insolvencia de la empresa), fundando debidamente su decisión en el acta de evaluación; adjudicar a cualquiera de los proponentes, aunque no sea la oferta más económica; adjudicar parte de la propuesta, sólo hasta los límites definidos en las presentes bases, sin que los proponentes puedan pretender indemnización alguna por este hecho"(el énfasis es nuestro).*

19. 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>.
20. Más aún, a juicio de esta Fiscalía, el artículo señalado 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 válido, vulnerando así el mencionado resuelvo 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."
21. A mayor abundamiento, en relación a la discrecionalidad, la citada 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

<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.

*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”.*

22. Además en relación a la imposibilidad de los oferentes a exigir indemnización alguna, cabe señalar que, la incorporación de cláusulas que establezcan 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...”*.
23. La citada renuncia además de desincentivar la participación de oferentes en estos procesos, podría vulnerar normas de orden público, tal como lo señalan las Instrucciones en su Considerando 4°.

## V. DEFINICIÓN DE LOS SERVICIOS LICITADOS


24. Las Bases Administrativas Generales del llamado a propuesta denominada “Concesión de servicios de recolección de residuos domiciliarios y recolección diferenciada de la Comuna de La Florida 2011 – 2017”, definen en las

Disposiciones Generales, numeral primero, 1.1 *"que las presentes bases reglamentan la propuesta pública señalada precedentemente"*, sin embargo del anexo "Antecedentes Generales", se infiere que la licitación sólo comprende la recolección de la zona norte de la Comuna.

25. Lo anterior contraviene el Resuelvo Segundo de "las Instrucciones", que establece que en *"los procesos de licitación, deberán definirse en forma explícita los distintos servicios que se liciten."*
26. Por último, 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"*.

En atención a lo expuesto, y conforme lo dispuesto en el artículo 39, letra d) del Decreto Ley N° 211, solicito al señora Alcaldesa (S) que las Bases consultadas sean modificadas conforme a lo observado.

Saluda atentamente a usted,



FELIPE IRARRÁZABAL PHILIPPI  
FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

Abogado FNE ✓  
Ximena Castillo C.  
Fono: 7535604