

ORD. N°: 782 /

ANT.: Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases de las propuestas públicas para la concesión de los "Servicios de extracción de residuos sólidos domiciliarios, aseo y extracción de basura en calles y pasajes y sectores de carretera, y disposición final en vertedero municipal incluyendo vigilancia, aterrado de RSD en vertedero y mantención de recintos, contenedores y equipos de las localidades de Sierra Gorda y Baquedano". Rol FNE 1492-09.

MAT.: Informa.

Santiago, **02 JUL. 2009**

DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO  
A : SRA. BARBARA SILVA LERIS  
ALCALDESA  
I. MUNICIPALIDAD DE SIERRA GORDA  
AV. SALVADOR ALLENDE N° 452  
SIERRA GORDA

Con fecha 1 de junio de 2009, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas, Especificaciones Técnicas y Términos de Referencia de las Propuestas Públicas denominadas "Servicio de extracción de residuos sólidos domiciliarios, aseo y extracción de basura en calles, pasajes y sectores de carretera, y disposición final en Vertedero Municipal incluyendo vigilancia, aterrado de residuos sólidos domiciliarios en vertedero, y mantención de recintos, contenedores, localidad de Baquedano" y "Servicio de extracción de residuos sólidos domiciliarios, aseo y extracción de basura en calles y pasajes y sectores de carretera, y disposición final en Vertedero Municipal incluyendo vigilancia, aterrado de residuos sólidos domiciliarios, en vertedero y mantención de contenedores y equipos, localidad de Sierra Gorda", 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:

Si bien ambos procesos licitatorios son independientes, dado que son de naturaleza similar, las disconformidades serán presentadas conjuntamente.

## **I. DEFINICION DE LOS SERVICIOS LICITADOS**

1. Aún cuando las bases están caratuladas como *“Servicio de Extracción de Residuos Sólidos Domiciliarios, Aseo y extracción de Basura en Calles y Pasajes y Sectores de Carretera, y Disposición Final en Vertedero Municipal Incluyendo Vigilancia, Aterrado de Residuos Sólidos Domiciliarios, en Vertedero y Mantenición de Contenedores y Equipos, Localidad de Sierra Gorda,”* las Bases Administrativas presentan una definición de los servicios ligeramente diferente, al establecer que el proceso licitatorio se refiere a los servicios de *“Aseo de Dependencias Municipales, Aseo y Extracción de Basura en Calles, Pasajes y Sectores de Carretera, Cuidado y Aseo de Recinto Vertedero Municipal, Extracción de Residuos Sólidos Domiciliarios y su Disposición Final en el Vertedero Municipal, Incluyendo Aterrado de Residuos Sólidos Domiciliarios en Vertedero y Mantenición de Contenedores y Equipos, Localidad de Sierra Gorda.”*
2. En aras de presentar una información adecuada a los potenciales oferentes, se sugiere que se especifiquen claramente los servicios licitados.

## **II. CRONOGRAMA DEL PROCESO**

3. En las Bases Administrativas se incorpora un cronograma de las fechas contempladas para algunos de los hitos del proceso licitatorio. No obstante, no se considera la fecha estimada de la suscripción del contrato, ni la fecha de inicio de los servicios.
4. La falta de claridad respecto a los plazos considerados en estas licitaciones incrementa los niveles de incertidumbre que enfrentan los potenciales oferentes.

5. Esta Fiscalía recomienda a esa Municipalidad incorporar a las Bases un cronograma detallado de la convocatoria a licitación, que contemple todos los hitos relevantes del proceso, como son: la fecha de adjudicación, la fecha de inicio de los servicios, etc., y sus respectivos plazos, de manera de reducir los niveles de incertidumbre.
6. Cabe hacer presente que, según prevé el Resuelvo 3° de las Instrucciones de Carácter General, las municipalidades deben publicar el llamado a licitación que realicen, con una anticipación mínima de 60 días corridos a la fecha prevista para la recepción de ofertas.
7. Además, en virtud del Resuelvo 6° de las Instrucciones, el que 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”*, se deben establecer en las Bases plazos prudentes entre cada etapa del proceso, en particular entre la suscripción del contrato y el inicio de operaciones, cautelando que éstos no se constituyan en barreras a la entrada para potenciales participantes.
8. Cabe hacer presente a ese Municipio, además, 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 presentar sus propuestas e iniciar adecuadamente las prestaciones a las que se obliguen, respectivamente.”*

### III. CRITERIOS DE EVALUACION

9. Las Bases Administrativas presentan los siguientes Criterios de Evaluación, utilizados por la Comisión Evaluadora para examinar las ofertas:

---

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

---

Factores	Ponderación
a.- Oferta Económica	90%
b.- Experiencia	10%

---

10. Pues bien, 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. Por otro lado, respecto del criterio de evaluación “Experiencia,” se ha observado que en el Artículo Quinto de las Bases Administrativas se establece que *“podrán participar en esta licitación todas las personas naturales o jurídicas que se dediquen al rubro...”*, mientras que en Artículo Noveno, al listar los documentos que debe presentar el potencial oferente, se deben adjuntar fotocopias de los contratos que acrediten la experiencia en el rubro.
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, 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. Se hace presente a usted, además, que precaviendo que dicho requisito se constituya en una barrera a la entrada al mercado para nuevas empresas, es recomendable tener por suficiente la experiencia acreditada por los socios o profesionales encargados de la gestión del proyecto, de manera de evitar que aquellas empresas cuyo personal disponga de experiencia relevante, queden excluidas de disputar este mercado.

#### IV. DISCRECIONALIDAD

16. Las Bases Administrativas en el acápite referido a la "Adjudicación de la Propuesta" establecen que *"El o la Alcalde de la comuna, una vez recepcionada la sugerencia de adjudicación por parte de la comisión de la propuesta elegirá seleccionando al proponente que presente la oferta más conveniente al interés de la Municipalidad, según la pauta de evaluación antes indicada"*.
17. Agregan, "La Municipalidad se reserva el derecho de rechazar, previo informe fundado una o todas las propuestas si así le pareciera más conveniente a sus intereses".
18. 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"*.
19. 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"*.
20. A mayor abundamiento, la Sentencia N° 77/2008, en su parte considerativa, estableció: **"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;”*

21. 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.

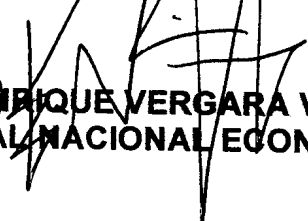

## **V. INMUTABILIDAD DE LAS BASES**

22. El numeral 11.2 de las Bases Administrativas establece que “en caso que se celebre por las partes de una modificación de contrato, y esta amerite la ejecución de nuevos servicios...”
23. Esta Fiscalía considera que la posibilidad de convenir modificaciones al contrato no amparadas en circunstancias objetivas y verificables, 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.

24. Además, una cláusula como la señalada altera el principio de inmutabilidad de las Bases, incrementando los niveles de incertidumbre que enfrenta un potencial oferente.
25. 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 calles sujetas a barrido.
26. Finalmente, hago presente a su 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 a la señora Alcaldesa 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