

ORD. N°: 1202 /

- ANT.:**
- Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases de la propuesta pública para la licitación pública "Concesión servicios de Recolección de Residuos Domiciliarios y Otros; Barrido y Limpieza de Calles; y Aseo de Ferias Libres de la Comuna de Buin." Rol N° 1547-09 FNE.
  - Ord. FNE N° 1112, de 7 de septiembre de 2009.
  - Su Ord. N° 585, de 10 de septiembre de 2009.

**MAT.:** Informa.

Santiago, 06 OCT. 2009

**DE :** FISCAL NACIONAL ECONOMICO

**A :** SR. RODRIGO ETCHEVERRY DUHALDE  
ALCALDE  
I.MUNICIPALIDAD DE BUIN  
CARLOS CONDELL N° 415, BUIN

Con fecha 19 de agosto y 11 de septiembre de 2009, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas, Generales, Especiales, Técnicas y anexos, del llamado a licitación para la concesión del servicio de "Concesión Servicios de Recolección de Residuos Domiciliarios y Otros; Barrido y Limpieza de Calles; y Aseo de Ferias Libres de la Comuna de Buin", 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. CRONOGRAMA DEL PROCESO Y DURACION DEL CONTRATO

1. En el articulado de las Bases Administrativas Especiales, se presenta la fecha de inicio de los servicios, los cuales deben comenzar a ser prestados por el contratista el día 26 de enero de 2010; sin embargo, no se establece con claridad la fecha de los restantes hitos del proceso licitatorio, tales como la fecha de presentación de las ofertas y la fecha de adjudicación.
2. A objeto de disminuir la incertidumbre que enfrenten los potenciales oferentes, esta Fiscalía recomienda a esa I. Municipalidad incorporar a las Bases un cronograma detallado, que contemple todos los hitos relevantes del proceso, como son: fecha de llamado a propuesta, fecha de adjudicación, la fecha de suscripción del contrato, la fecha de inicio de los servicios, etc.
3. 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.
4. Además, en virtud del Resuelvo 6° de las Instrucciones, que señala 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.

## II. CRITERIOS DE EVALUACION

5. En el artículo 16 de las Bases Administrativas Especiales se presentan los Criterios de Evaluación utilizados por la Comisión Evaluadora para examinar las ofertas:

Factor	Ponderación
Oferta Económica	60%
Experiencia	10%
Plan de Operación	20%
Plan de Difusión de Reciclaje	10%
Beneficios Adicionales	10%

6. Sobre el particular, 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”*.
7. 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.
8. 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.
9. Por otro lado, en relación al criterio “Experiencia”, el artículo 4° de las señaladas Bases Administrativas Especiales establecen que *“podrán participar en la presente licitación aquellas Personas Naturales o Jurídicas, del rubro, y que cumplan con los requisitos establecidos en las Bases Administrativas...”*.
10. 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.”*
11. Se hace presente a usted, además, que precaviendo que dicho requisito se pueda consituir 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.

12. Por último, reitero a usted lo indicado en el Resuelvo 4° de las Instrucciones Generales, en el sentido que es el precio el factor preponderante al momento de adjudicar, salvo pronunciamiento debidamente fundado de ese Municipio, por lo que procede sea evaluada la oferta económica de todos aquellos oferentes que cumplan con los requisitos mínimos que indiquen las Bases, como son los de experiencia, no debiendo –por tanto- ser este factor objeto de ponderaciones diferenciadas.

### III. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

13. El numeral 4.1.2 de las Bases Administrativas Especiales señalan que el capital de la sociedad o de la persona natural que se presente a la licitación no podrá ser inferior a \$ 600 millones, lo cual, de acuerdo a lo señalado por el Municipio, representaría aproximadamente un 25% del valor del contrato.
14. La exigencia de capital establecida en las Bases es equivalente, de acuerdo a los antecedentes recabados por esta Fiscalía, a exigir más de diez camiones de carga trasera nuevos.
15. Más aún, de acuerdo a las estadísticas de generación de residuos domiciliarios incluidas en las bases técnicas, el peak mensual de residuos alcanza a aproximadamente 2000 toneladas, para lo cual, en procesos licitatorios similares, se ha exigido una flota de seis camiones de carga trasera.
16. Por estas razones, las exigencias de capital serían excesivas, lo cual podría reducir artificialmente el número de oferentes, lo cual es contrario al resuelvo 6° de las Instrucciones de Carácter General, que señala que deben evitarse cláusulas *“que otorguen ventajas artificiales que reduzcan injustificadamente el número de potenciales oferentes.”*

#### IV. DISCRECIONALIDAD

17. El artículo 13 de las Bases Administrativas Especiales señala que *“en cualquier estado del trámite de la licitación y previo a la adjudicación, la Municipalidad se reserva el derecho de declarar desierta fundadamente la licitación, por no ser las ofertas presentadas convenientes a los intereses municipales.”*
18. Del mismo modo, el artículo 21 de las Bases Administrativas Generales dispone que: *“La Municipalidad se reserva el derecho de declarar desierta la licitación por estimar que las ofertas no resultan convenientes sus intereses”*.
19. El artículo 22 de las Bases Administrativas Generales dispone que: *“La adjudicación de la licitación se efectuará mediante Decreto Alcaldicio, el que dispondrá la contratación que corresponda, ya sea en forma parcial, por partidas o total, según se indique en las Bases Especiales, reservándose la Municipalidad el derecho de adjudicarla, al que estime más conveniente a los intereses municipales, aun cuando no sea la oferta económica más baja o no figure en el primer lugar de evaluación”*.
20. A juicio de esta Fiscalía, las cláusulas anteriores constituyen fuentes de discrecionalidad, puesto que faculta a esa Corporación para desentenderse de los criterios de evaluación establecidos en las Bases para la adjudicación de la propuesta, vulnerando así el Resuelvo 7° de las Instrucciones de Carácter General, el cual dispone que: *“Las Bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación. (...) En caso de declarar desierta una licitación, las municipalidades estarán obligadas a iniciar una nueva, ajustando las Bases de la misma a las necesidades identificadas en el proceso declarado desierto...”*.
21. Un nuevo elemento de discrecionalidad se aprecia en el inciso segundo del artículo 27 de las bases Administrativas Generales, el cual dispone que: *“Los contratistas deberán tener competencia técnica y capacidad financiera en relación con el objeto de la Licitación, circunstancia que deberán acreditar mediante documentación fidedigna, siendo facultad exclusiva y discrecional de la Municipalidad de Buin su solicitud y calificación”*.

22. Además, en relación a este aspecto, el artículo 28 de las Bases Administrativas Generales, relativo a la redacción del contrato por parte de la Dirección de Asesoría Jurídica de esa Municipalidad, contempla la facultad de incorporar aquellas cláusulas que sin alterar el sentido esencial de las bases y demás antecedentes, permitan una mejor comprensión del contrato y de aquellas cláusulas que permitan resguardar adecuadamente los intereses municipales”.
23. En esa misma línea, 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”*.
24. A mayor abundamiento, en relación a la discrecionalidad, la Sentencia N° 77, confirmada por Sentencia de la Excma. 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.”**

## V. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

25. El artículo 14 de las Bases Administrativas Generales, en su inciso cuarto, dispone que el oferente que omita cualquier documento de los exigidos en las Bases Generales y Especiales o demás documentos de la licitación quedará fuera de bases en ese mismo acto y, sin derecho a seguir participando en la propuesta, o de interponer reclamo alguno en contra de la Municipalidad.
26. Por su parte, el artículo 21 de las citadas Bases dispone que *“La Municipalidad se reserva el derecho declara desierta la licitación por estimar que las ofertas no resultan conveniente a sus intereses. Esta declaración no dará derecho a reclamo de ninguna clase ni naturaleza de los oferentes contra la Municipalidad de Buin”*.
27. Asimismo, el artículo 24 de las Bases Administrativas Generales dispone que *“Los oferentes cuyas propuestas no fueren aceptadas, no tendrán derecho a indemnización alguna, renunciando expresamente a toda acción que administrativa o judicialmente pudiere corresponderle, por el solo hecho de presentarse a la propuesta”*.
28. Cláusulas como las señaladas contravienen el ya referido Resuelvo 7° de las Instrucciones Generales, al incorporar en forma expresa una disposición arbitraria, y, además, contraviene el Resuelvo 8° de las mismas, que señala: *“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”*.

## VI. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

29. El artículo 25 de las Bases Administrativas Especiales señala que *“el servicio contratado podrá ampliarse o disminuirse según lo estipulado en las Bases Administrativas Generales, sobre el listado de precios unitarios”*.
30. 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.

31. Además, una cláusula como la señalada altera el principio de inmutabilidad de las Bases, incrementando los niveles de incertidumbre que enfrenta un potencial oferente.

32. 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 habitantes, en el número de viviendas, en metros lineales de calles, etc.

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.”*

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,



  
**ENRIQUE VERGARA VIAL**  
**FISCAL NACIONAL ECONOMICO**

Abogado FNE  
Ximena Castillo C.  
Fono: 7535662