

ORD. N°: 1302 ✓

ANT.: Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases Administrativas y Técnicas para la Licitación Pública del Servicio de Barrido y Lavado de Ferias Libres de la Comuna de Renca. Rol N° 1748-10 FNE.

Su Ord. N° 003594, de 24 de agosto de 2010, recibido el día 25 de agosto de 2010.

MAT.: Informa.

Santiago, 08 SET. 2010

DE : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)  
A : SR. VICKY BARAHONA KUNSTMANN  
ALCALDESA I. MUNICIPALIDAD DE RENCA  
AV. BLANCO ENCALADA N° 1335, PLAZA DE RENCA  
RENCA

Con fecha 25 de agosto de 2010, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas y Técnicas para la Licitación Pública del Servicio de Barrido y Lavado de Ferias Libres de la Comuna de Renca, 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

1. El artículo 13 de las Bases Administrativas y Especiales señala que la apertura de las ofertas se realizará de acuerdo a las fechas señaladas en el Portal

Mercado Público, mientras que el artículo 15 señala que la adjudicación se realizará en un plazo de hasta 30 días contados desde la apertura de las ofertas.

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: 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. A este respecto cabe hacer presente que, según prevé el Resuelvo N° 3 de las citadas Instrucciones, *“las Municipalidades deben 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 uno de 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.”*

## II. CRITERIOS DE EVALUACION

4. El artículo 14° de las Bases Administrativas y Especiales presenta los criterios utilizados por la comisión evaluadora para examinar las ofertas y su ponderación:

Criterios	Ponderación
Precio	50%
Propuesta Técnica	30%
Experiencia	10%
Trabajadores de Renca	5%
Remuneración de los trabajadores	5%
Total	100%

5. En relación al requisito “experiencia”, hacemos presente que a objeto de que el mismo no se erija en una barrera a la entrada al mercado, resulta recomendable tener por suficiente la experiencia acreditada por los socios o profesionales encargados de las empresas participantes en la licitación, de manera de evitar que aquellas empresas cuyo personal disponga de experiencia relevante, queden excluidas de disputar este mercado.
6. Por otra parte, en relación a los elementos “propuesta técnica”, “experiencia”, “trabajadores de Renca” y “remuneración”, solicitamos 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 señala el Resuelvo N° 1 de las Instrucciones de Carácter General.

### III. DISCRECIONALIDAD

7. El artículo 1° de las Bases establece en su inciso 3° que *“La Municipalidad se reserva el derecho de adjudicar la totalidad de esta licitación o parte de ella, ya sea a uno o más contratistas el servicio para las distintas ferias a las que se refiere la presente licitación, e incluso dejar desierta esta adjudicación de acuerdo con los intereses municipales.”*
8. Por su parte, numeral 8.3 dispone que *“La Municipalidad se reserva el derecho de adjudicar o no la presente Licitación, en base a los intereses municipales”*.
9. A su vez, el artículo 15° de las Bases dispone que *“La adjudicación se hará dentro de un plazo estimado de 30 días, contados desde la apertura de las ofertas, seleccionando al proponente que presente la oferta más viable y conveniente al interés de la Municipalidad, aún cuando no sea la de menor valor”*. Y agrega, en el párrafo segundo, que *“La Municipalidad se reserva el derecho a rechazar una o todas las ofertas e, incluso, desechar la licitación*

*con explicación de causa de acuerdo con los intereses municipales, no dando lugar esta resolución a reclamo ni derecho a indemnización alguna.*

10. 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>1</sup>
11. Todavía más, las cláusulas señaladas en los numerales anteriores 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 mencionado Resolvo N° 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”.
12. Adicionalmente, hacemos presente a usted que la desestimación de las ofertas deberán fundarse de manera objetiva, en base a criterios previamente establecidos en las bases.

#### **IV. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES**

13. El numeral 3.2 párrafo segundo de las Bases Administrativas y Técnicas dispone que “Los oferentes por el solo hecho de su presentación a esta Licitación renuncian expresa y formalmente a realizar impugnaciones de cualquier naturaleza al proceso de licitación y a sus resultados.”

---

<sup>1</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.

14. Por otro lado, el artículo 15° dispone en su párrafo tercero que *“La Municipalidad se reserva el derecho a rechazar una o todas las ofertas e, incluso, desechar la licitación con explicación de causa de acuerdo con los intereses municipales, no dando lugar esta resolución a reclamo ni derecho a indemnización alguna a los oferentes.”*
15. A su vez, en el artículo 21, numeral 21.3.- inciso segundo, se establece que *“En el caso que el contratista considere que una orden este fuera del alcance de los términos y condiciones del contrato, podrá notificar por escrito al Director de Aseo y Ornato, quien deberá responder dentro de las 24 horas siguientes. Dicha respuesta será apelable ante la Sra. Alcaldesa como última instancia.”*
16. 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...”*. Del mismo modo, vulneran lo dispuesto en el Considerando Cuarto de las Instrucciones, por cuanto *“la incorporación en las bases de licitación de cláusulas o disposiciones de renuncia anticipada de acciones legales, jurisdiccionales y/o administrativas, en especial las que son indispensables, además de desincentivar la participación de oferentes en esos procesos al introducir un elemento de incertidumbre, puede constituir una vulneración de normas de orden público que conllevaría la nulidad de dichas cláusulas.”*

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

17. El artículo 7° de las Bases Administrativas y Especiales puntualiza que *“Los residuos deberán ser transportados hasta la Estación de Transferencia ubicada en la comuna de Quilicura, o la que la reemplace en el futuro.”*

18. El artículo 12° de las Bases dispone en su inciso primero que *“Toda aclaración, cambio, agregado o supresión que la Municipalidad realice a las bases de la presente Licitación se efectuará por medio de publicación en el Portal Mercado Público.”*
19. Por otro lado, el artículo 31 establece que *“La Municipalidad disminuir los servicios contratados, sin que el contratista pueda pretender indemnización alguna por este hecho. Asimismo la I. Municipalidad podrá aumentar los servicios contratados y/o incluir prestación de nuevos servicios no contemplados (servicios extraordinarios) hasta por un monto superior al 30% del valor del contrato original, siempre en relación con la prestación del servicio licitado”. Agrega en el inciso 2° que “Sin perjuicio de lo anterior, habiendo o no modificación en el plazo, cualquier aumento o disminución del servicio, deberá formalizarse mediante notificación del contrato respectivo.”*
20. 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 y sin una compensación al adjudicatario, en caso, por ejemplo, que la nueva destinación de los residuos se encuentre a una mayor distancia de la comuna, 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 Resuelvo N° 1 de las Instrucciones.

## **VI. OTRAS OBSERVACIONES**

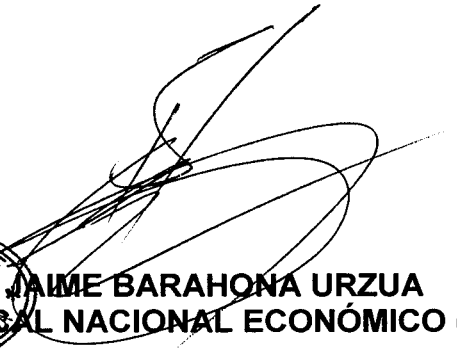

21. En diversas disposiciones existen referencias erróneas o a artículos inexistentes, lo que podrían resultar confuso y eventualmente incrementar los

niveles de incertidumbre que enfrentan potenciales oferentes, por lo que se recomienda enmendarlas.

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.”* Por lo tanto, solicito a usted remitir todos los documentos que se refieran al proceso licitatorio incluidos los anexos.

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,

  
 **JAIME BARAHONA URZUA**  
**FISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)**

Abogado FNE  
Andrea Avendaño B.  
Fono: 7535662