

ORD. N°: 1411

ANT.: Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases Administrativas y Técnicas para la Licitación Pública de la "Contratación de servicios de Disposición de Residuos Sólidos Urbanos en rellenos sanitarios" de la Comuna de Zapallar. Rol N° 1758-10 FNE.

Su Ord. N° 261, de 16 de agosto de 2010, recibido el día 8 de septiembre de 2010.

MAT.: Informa.

Santiago, 01 OCT. 2010

DE : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO  
A : SR. ELIECER FUENZALIDA CORNEJO  
ALCALDE (S) I. MUNICIPALIDAD DE ZAPALLAR  
AV. GERMÁN RIESCO 399, ZAPALLAR.

Con fecha 8 de septiembre de 2010, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas y Técnicas para la Licitación Pública del Servicio de Disposición de Residuos Sólidos Domiciliarios de la comuna de Zapallar, 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 itinerario presentado por la Municipalidad presenta un detalle de los principales hitos del proceso licitatorio. No obstante, no se contempla la fecha de inicio de los servicios, incrementado, de esta manera, la incertidumbre que enfrenta un potencial oferente.
2. A este respecto cabe hacer presente que, según prevé el Resuelvo N° 6° de las referidas Instrucciones: *“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”*. En consecuencia, se deben establecer en las Bases plazos prudentes entre cada etapa del proceso, en particular entre la suscripción del contrato e inicio de las operaciones, cautelando que estos no se constituyan en barreras a la entrada para potenciales participantes.
3. Confirma lo anterior la Sentencia N° 77, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 4 de noviembre de 2008, la 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>
4. Conforme a lo expuesto, 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.

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

5. En particular, la I. Municipalidad debiese ser más específica señalando la fecha del inicio de la ejecución del contrato, o al menos agregando a la redacción actual, un plazo mínimo a contar del cual se iniciará la ejecución, sujeto por cierto a la condición que el acta haya sido elaborado por Unidad Técnica.
6. Es menester recalcar que el plazo que se conceda para el inicio de la ejecución de las obras debe ser el suficiente para que en el caso que sea adjudicado como Contratista una empresa que no cuente con todos los permisos y/o recursos, pueda hacerse de éstos.
7. Asimismo, hacemos presente que la fecha de publicación de las respuestas a las consultas coincide con la fecha de cierre de las ofertas, lo cual podría perjudicar el proceso de evaluación y presentación de las ofertas por parte de un potencial entrante.

## II. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

8. El artículo 10.1 de las Bases Administrativas señala los criterios de Evaluación conforme a las cuales se realizará la adjudicación del servicio. Dicha pauta señala que el oferente seleccionado será el que obtenga el mayor puntaje relativo, según la ponderación:

Criterios	Ponderación
Oferta Económica	30%
Experiencia	20%
Mínima Distancia	20%
Cumplimiento Oferta Técnica	30%
Total	100%

9. Sobre el particular, cabe tener presente lo señalado por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el Considerando Trigésimo segundo de la Sentencia N° 92/2009, que dispone: *"lo relevante es que el principal criterio de asignación de la licitación –no necesariamente el único– sea el precio ofrecido y que en caso que se estimase necesario utilizar otros parámetros distintos del precio, éstos se encuentren debidamente justificados."*<sup>2</sup>
10. En consecuencia, se recomienda a la I. Municipalidad que justifique la utilización de parámetros distintos del precio, y que establezca criterios objetivos de evaluación de los mismos.

### III. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

11. El artículo 5 de las Bases Administrativas señala que *"podrán presentarse a esta Propuesta Pública, las personas naturales o jurídicas que acrediten experiencia de a lo menos 3 años en servicios de disposición final de residuos en rellenos sanitarios y que cumplan con lo establecido en las Bases Administrativas y Técnicas de la Licitación" (el subrayado es nuestro).*
12. Hacemos 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, sugerimos tener por suficiente la experiencia acreditada por los socios o profesionales de las empresas participantes en la licitación.

### IV. DISCRECIONALIDAD

<sup>2</sup> Sentencia N° 92 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de fecha 29 de diciembre de 2009. Considerando trigésimo segundo, página 14.

13. El artículo 11 de las Bases Administrativas señala que para aquellos casos excepcionales en que existiera un empate en los puntajes asignados a dos o más proponentes, se considerará como primer criterio de desempate, "la Mínima Distancia desde el límite Comunal al Relleno Sanitario"; como *segundo criterio*, el "Mínimo Costo por tonelada depositada"; y como *tercer criterio*, aquel que la Unidad Técnica o la Comisión Evaluadora estime conveniente".

14. Por otro lado, el mismo numeral señala que "la Ilustre Municipalidad de Zapallar se reserva el derecho a rechazar algunas y/o todas las ofertas que no cumplan con las condiciones establecidos en las Bases de Licitación, a proponentes que se encuentren inhabilitados para contratar con ella o que no fueren convenientes para los intereses municipales; o bien, el Municipio podrá aceptar cualquiera de las ofertas, aunque no fuere la de menor monto.

15. 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>

16. Las partes destacadas de las cláusulas referidas vulneran, además, el Resuelvo N° 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".

<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.

17. Al respecto, hacemos presente a usted que tanto los criterios de desempate, como las causales de desestimación de las ofertas, deberán conformarse a criterios objetivos previamente establecidos en las Bases.
18. Adicionalmente, el artículo 12.5 de las Bases, sobre la Interpretación del Contrato, dispone que “el contrato se interpretará siempre en el sentido de que el Contratista se obliga a efectuar el contrato, conforme a las normas establecidas en las bases de licitación. Asimismo, se interpretará en el sentido que mejor resguarde los intereses municipales” (el subrayado es nuestro).
19. A juicio de esta Fiscalía, dicha cláusula abre nuevamente una puerta a la discrecionalidad, permitiéndole a ésta interpretar el contrato de forma arbitraria.
20. Lo anterior máxime, cuando el Código Civil dispone en sus artículos 1560 y siguientes normas imperativas sobre la forma como se deben interpretar los contratos, y que son aplicables no sólo a los Tribunales de Justicia, sino que a cualquier órgano que en el ejercicio de sus atribuciones tenga competencia para ello.

## V. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

21. La inmutabilidad de las Bases es un principio rector en materia de licitaciones. Conforme a este principio entonces, se busca evitar la presencia de cláusulas que pudiesen permitir al municipio renegociar o alterar las condiciones del contrato.
22. El artículo 12.4 incisos 3 y 4 de las Bases, señalan: *“el contrato podrá ser aumentado en relación a su valor actualizado, previo informe técnico detallado y justificado de la situación, emitido por las instancias municipales que correspondan. Esta modificación deberá ser aceptada por el*

adjudicatario, lo que significará un aumento proporcional en el pago mensual".

23. En este sentido, la posibilidad de convenir modificaciones al contrato no 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.

## VI. SUBCONTRATACIÓN

24. El artículo 16.2 de las Bases señala que no se contemplan subcontrataciones. A juicio de esta Fiscalía no existe razón alguna para imponer dicha restricción.

25. Por el contrario, su inclusión únicamente dificulta el ingreso de empresas a la licitación, reduciendo de esta forma –artificialmente– el número de potenciales competidores, e infringiendo el ya citado Resolvo 6° de las Instrucciones.

26. Así también lo señala la Sentencia N° 77-2008, la cual en su Considerando Trigésimo cuarto señala que *"la subcontratación analizada contribuyó a generar un efecto disuasivo de la participación de empresas distintas de las relacionadas con el relleno sanitario, toda vez que dicha cláusula*

*incrementó artificialmente el riesgo del negocio para empresas sin integración vertical con el relleno más conveniente".*

27. En efecto, si en la presente licitación de Servicio de Disposición se exige por un lado que éste sea efectuado en un Relleno Sanitario (punto II de las Bases Técnicas) y se prohíbe por otro, la subcontratación, sólo queda concluir que, únicamente las propietarias del Relleno Sanitario podrían participar en esta licitación.

28. Poniéndose en el mismo supuesto la Sentencia N° 77-2008 señala en su Considerando Vigésimo noveno que *"aun suponiendo que la prohibición de subcontratar hubiese afectado a todos los participantes de la licitación por igual..., la disposición cuestionada habría sido aún más exclusiva y anticompetitiva, ya que habría tenido por efecto inhibir la participación de todos los potenciales interesados, a excepción únicamente de la empresa controladora del relleno sanitario"*.

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

Saluda atentamente a usted,



  
**FELIPE IRARRÁZABAL PHILIPPI**  
**FISCAL NACIONAL ECONÓMICO**