

ORD. N°: 1533✓

**ANT.:** Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases de la propuesta pública para la concesión del servicio de "Recolección, Barrido de Calles y Disposición Final de los Residuos Domiciliarios" en la Comuna de Pichidegua Rol N° 1765-10 FNE.

Su Ord. N° 505/10, de 21 de septiembre de 2010, recibido el día 27 de septiembre de 2010.

**MAT.:** Informa.

20 OCT. 2010

**DE :** FISCAL NACIONAL ECONÓMICO  
**A :** SR. RUBÉN CERÓN GONZÁLEZ  
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE PICHIDEGUA  
INDEPENDENCIA N° 525  
PICHIDEGUA

Con fecha 27 de septiembre de 2010, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas Generales y Bases Técnicas para la para la "Licitación para la Concesión de Servicios de Recolección, Barrido de Calles y Disposición Final de los Residuos Domiciliarios de la Comuna de Pichidegua", 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 (en adelante, las "Instrucciones").

A continuación, informo las disconformidades que, a juicio de esta Fiscalía, presentan las referidas Bases:

#### **I. CRONOGRAMA DEL PROCESO**

1. Las Bases Administrativas señalan algunos de los hitos del proceso licitatorio, sin informar la fecha de cada uno de ellos, ni tampoco la fecha de inicio de los

servicios, incrementando, de esta manera, la incertidumbre que enfrenta un potencial oferente de servicios.

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 tener presente 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>

## II. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

4. El artículo 18° de las Bases Administrativas Generales presenta los criterios utilizados por la comisión evaluadora para examinar las ofertas:

Criterios	Ponderación
Experiencia	20%
Programa de Trabajo	10%
Oferta Económica	50%
Capacidad Económica	10%
Vehículo	10%
<b>Total</b>	<b>100%</b>

5. Sobre el particular, cabe tener presente lo señalado por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en la Sentencia N° 92/2009, que dispone: *“lo*

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

*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>.*

6. Así, deberá asignarse al criterio precio una ponderación superior al 50%, y en el evento de que las bases contemplen otros criterios, aquéllas deberán establecer un procedimiento objetivo de evaluación de los mismos.

### **III. EXIGENCIAS DESMEDIDAS**

7. El artículo 2° de las Bases Administrativas Generales establece que *“podrán participar en la propuesta, personas naturales o jurídicas...que acrediten experiencia y calidad en la prestación de este tipo de servicios”*.
8. Además, la experiencia del potencial oferente será considerada dentro la evaluación de las ofertas, a través de los certificados que deben ser incorporados en formato N°3 de los documentos anexos, tal como señala el numeral 17.2 literal (m) de las Bases Técnicas.
9. Cláusulas como las señaladas se contraponen con el Resuelvo 6° de las Instrucciones de Carácter General N° 1/2006 emitido por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el 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”*.
10. Además, sobre el criterio de experiencia, es concluyente lo señalado por el H. Tribunal en su Sentencia 77/2008 recaída en el Requerimiento realizada por la Fiscalía Nacional Económica en contra de la I. Municipalidad de Curicó, al señalar en su Considerando Quincuagésimo quinto, lo siguiente:

---

<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.

*“Que sin embargo, atendido que la recolección, transporte y disposición de residuos no es un rubro particularmente sofisticado desde el punto de vista tecnológico, este Tribunal considera que la exigencia que debiera hacerse en un proceso de licitación como el que motiva esta causa, debiera referirse más bien a “experiencia relevante” y no necesariamente en el rubro de los servicios que se licitan propiamente tales”. Acto seguido, el H. Tribunal en lo resolutivo del fallo, previene a la I. Municipalidad que, en lo sucesivo, deberá referirse a “experiencia relevante” en general, y no necesariamente en el rubro de recolección, transporte y disposición de residuos.*

11. Adicionalmente, 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**

12. El ya señalado artículo 18° de las Bases Administrativas Generales establece que *“la Municipalidad de Pichidegua se reserva el derecho de declarar nula la licitación, adjudicar aquella oferta que mejore represente los intereses municipales o no adjudicar ninguna de las ofertas, sin que por ello los oferentes puedan reclamar o exigir indemnización bajo ningún concepto. Esto sin perjuicio del derecho que le asiste al Municipio de rechazar todas las ofertas que hubiere recibido, sin expresión de causa alguna.”* (el subrayado es nuestro).
13. 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...”.
14. Por su parte, la Resolución N° 13/2006 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 a participar en la licitación y, por lo tanto, disminuya la competencia *ex ante*”.

15. Así, la selección del proponente que se adjudicará la licitación, la desestimación de las ofertas y las causales de resolución del contrato deberán fundarse de manera objetiva en base a criterios previamente establecidos en las bases.
16. 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 resuelto 7° de las Instrucciones de Carácter General.
17. A mayor abundamiento, en relación a la discrecionalidad, la Sentencia N° 77/2008 del mismo H. Tribunal, 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

18. El aludido artículo 18° de las Bases Administrativas Generales establece que *“la Municipalidad de Pichidegua se reserva el derecho de declarar nula la licitación, adjudicar aquella oferta que mejor represente los intereses municipales o no adjudicar ninguna de las ofertas, sin que por ello los oferentes puedan reclamar o exigir indemnización bajo ningún concepto”* (el destacado es nuestro)”.
19. Por su parte, el artículo 54 de las Bases administrativas Generales dispone que *“Toda divergencia que surja entre las partes acerca de la interpretación o aplicación de cualquiera de las cláusulas del contrato, será resuelta entre el contratista y la unidad técnica, resolviendo en última instancia el Alcalde...”* (el subrayado es nuestro).
20. Respecto de la renuncia anticipada de acciones legales, jurisdiccionales y/o administrativas, en especial las que son irrenunciables, se vulnera el Resuelvo octavo de las Instrucciones, que 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...”. 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 cuarto.

## VI. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

21. El artículo 24° de las Bases Administrativas Generales puntualiza que *“la Unidad Técnica, previa autorización del Municipio y cuando por la naturaleza de la obra proceda, podrá aumentar o disminuir las obras contratadas hasta un 15% del contrato original...”*
22. Por otra parte, el artículo 6 literal (c) señala que dentro de las obligaciones de la concesionaria está *“aceptar las modificaciones que en razón del interés*

*público haga la Municipalidad en la prestación del servicio y que no signifique mayor costo para la Empresa, sino mayor eficiencia”.*

23. 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, en caso, por ejemplo, de un incremento en el número de viviendas o aumento en el número de calles sujetas a barrido, 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.
24. En consecuencia, resulta necesario que los ajustes al contrato respondan a la aplicación de parámetros previamente establecidos en las Bases, tales como un incremento en el número de viviendas, o extensión de calles sujetas a barrido.

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 a la señor Alcalde que las Bases consultadas sean modificadas conforme a lo observado.

Saluda atentamente a usted,



*F. Irarrázabal Philippi*  
**FELIPE IRARRÁZABAL PHILIPPI**  
**FISCAL NACIONAL ECONÓMICO**

Abogado FNE  
Camila Ringeling  
Fono: 7535604