

ORD. N°: 1161 /

**ANT.:** Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases de la propuesta pública para la licitación del "Servicio de Recolección de Residuos Domiciliarios, Comerciales, Industriales y Voluminosos en la comuna de Concón y su transporte a vertedero." Rol N° 1560-09 FNE.

**MAT.:** Informa.

Santiago, **25 SET. 2009**

**DE :** FISCAL NACIONAL ECONOMICO  
**A :** SR. JORGE VALDOVINOS GOMEZ  
ALCALDE  
I.MUNICIPALIDAD DE CONCON  
SANTA LAURA N° 567  
CONCON

Con fecha 31 de agosto de 2009, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas y Especificaciones Técnicas, del llamado a licitación para la concesión del "Servicio de Recolección de Residuos Domiciliarios, Comerciales, Industriales y voluminosos en la comuna de Concón," 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. En las Bases Administrativas se incorpora un cronograma de las fechas contempladas para las etapas del proceso licitatorio. Sin embargo, no se considera la fecha de recepción de ofertas.
2. Por otro lado, se evidencia falta de concordancia y claridad en los plazos estipulados, tanto en el cronograma como en diversos artículos de las Bases administrativas y Especificaciones técnicas, situación que incrementa los niveles de incertidumbre que enfrentan los potenciales oferentes.
3. Esta Fiscalía recomienda a esa I. Municipalidad incorporar a las Bases un cronograma detallado de la convocatoria a licitación, que contemple la recepción de ofertas como hito relevante dentro del proceso, con plazos concordantes, haciendo las adecuaciones pertinentes en las especificaciones técnicas, de manera de disminuir los niveles de incertidumbre.
4. Cabe hacer presente, además, que 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, lo anterior según lo previsto en el Resuelvo 3° de las Instrucciones de Carácter General.
5. Por otro lado, el Resuelvo 6° de las referidas Instrucciones 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”*. 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.

6. Confirma lo anterior la Sentencia N° 77, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 4 de noviembre de 2008, 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 EVALUACION

7. El artículo 38 de las Bases Administrativas presentan los Criterios de Evaluación utilizados por la Comisión Evaluadora para examinar las ofertas:

Factores	Ponderación
a) Precio del Servicio	85%
b) Remuneraciones	15%

8. 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*”.
9. Para ajustarse a las Instrucciones, las Bases remitidas a esta Fiscalía deben establecer los requerimientos técnicos mínimos, calificando positivamente a

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

todo aquel oferente que los cumpla, y luego decidir entre estos por el que realice la mejor oferta económica.

10. 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.
11. Por otro lado, respecto del criterio de evaluación "Experiencia", el punto 7 del artículo 17 de las Bases Administrativas, determina la información que el oferente debe presentar respecto de proyectos relevantes que haya concretado durante los últimos años. En el tercer párrafo indica: *"Una descripción de los servicios efectuados a través de decretos, órdenes de compra, contratos o certificados, cualquier dato apropiado para la evaluación de la experiencia del Oferente, señalando el tiempo de duración de los contratos ejecutados, su monto mensual y el volumen estimado de **residuos retirados** para cada uno de los contratos."*
12. Al respecto cabe tener presente lo resuelto por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que en su Sentencia N° 77, 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."*
13. 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.

### III. DISCRECIONALIDAD

14. El artículo 12, al referirse a la prórroga del contrato, establece que éste *“podrá ser prorrogado por una sola vez en un período de hasta seis meses...si ello es conveniente a los intereses municipales.”*
15. Al respecto, cabe hacer presente a ese Municipio que el eventual período de prórroga debe ser breve y sólo en caso de circunstancias especiales de buen servicio, apreciables objetivamente.
16. Por su parte, con relación a las boletas de seriedad de la oferta y de fiel y cabal cumplimiento de contrato, el numeral 3 del artículo 18 señala la sola aceptación de las bases por parte del oferente autoriza al Municipio a *“hacer efectivas las garantías, sin necesidad de requerimiento administrativo o judicial.”*
17. Esta disposición incorpora un elemento de incertidumbre, al ser posible que el Municipio ejecute las garantías sin existir razones objetivas, incorporadas previamente en las bases.
18. El artículo 28, que contempla las causales de término anticipado del contrato, dispone en su letra j) que *“la Municipalidad podrá poner término a éste en cualquier momento, cuando sobrevenga un menoscabo o detrimento grave al uso común, o cuando concurren otras razones de interés público, sin derecho a indemnización alguna para el Concesionario, previo informe favorable del Director de Asesoría Jurídica”.*
19. Una disposición como la anterior, en la que no se determinan claramente las razones que permiten a la Municipalidad poner término al contrato, sino que se emplea la expresión “razones de interés público”, podría dar lugar a una aplicación discrecional por parte de la autoridad.

20. El artículo 39 de las Bases, por otro lado, que se refiere a las causales de extinción del contrato, contempla en su letra c) la *“quiebra o insolvencia grave del Contratista”*, agregando que *“... la insolvencia grave será determinada por el municipio”*.
21. El artículo 42, que se refiere a los casos de resolución del contrato, reitera la disposición anterior al disponer en su parte final que *“La insolvencia grave a que se refiere este artículo será determinada de forma unilateral y exclusiva por el Alcalde.”*
22. Nuevamente, cabe señalar que disposiciones como las anteriores podrían implicar una aplicación discrecional por parte del Municipio y tienden a aumentar la incertidumbre de los posibles participantes.
23. El artículo 42 referido, también, dispone que el fallecimiento del contratista, entre otras causales, *determinará la resolución del contrato, haciéndose efectiva la garantía correspondiente*. Dicha disposición resulta contradictoria con lo establecido en el artículo 28 letra g) de las Bases, el cual que contempla la posibilidad de la Municipalidad, en caso de muerte del concesionario, *de convenir con su sucesión la continuación del servicio, mediante la suscripción del contrato correspondiente, respetándose las condiciones y los valores del contrato primitivo y reemplazándose las garantías correspondientes*, debiendo modificarse el artículo 42.
24. Por su parte, en el numeral 6.4 de las especificaciones técnicas se establece que *“en caso de contarse con mayores recursos presupuestarios, el Municipio podría contratar esta alternativa de camión adicional (Camión Hook Lift con tres tolvas móviles.”* Y en el numeral 6.5 siguiente, se establece que: *“El Municipio, de acuerdo a su situación presupuestaria podrá exigir a la empresa Adjudicataria un cuarto camión recolector de residuos con caja compactadora de 19 m<sup>3</sup> a objeto de reforzar el servicio durante la época estival comprendida entre el 01 de enero y el último día del mes de febrero de cada año.”*

25. El numeral 3.15 de las especificaciones técnicas, agrega que en una situación de cierre del Vertedero El Molle el Adjudicatario deberá proponer un Vertedero alternativo donde depositar los residuos, *reservándose el Municipio de Concón la decisión de aceptar o de rechazar dicha propuesta de acuerdo a los intereses municipales, sin que esto signifique un mayor costo para el Municipio.*
26. Nuevamente, este tipo de disposiciones puede traducirse en un elemento de discrecionalidad en el actuar de la autoridad municipal, lo cual incrementa los niveles de incertidumbre enfrentados por los oferentes.
27. 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, disminuya la competencia ex ante”.*
28. Por otra parte, el numeral 4 del artículo 20 de las Bases Administrativas, establece que *“a la Comisión de Evaluación le corresponde elaborar un informe comparativo y fundado de las propuestas presentadas, proponiendo al Señor Alcalde, la que, a su juicio sea la más conveniente al interés municipal.”* A pesar que, posteriormente, se señala que *“el orden de precedencia de dichas ofertas de acuerdo a los resultados de la aplicación de un sistema de evaluación técnica y/o económica,”* la primera disposición citada podría constituir una fuente de discrecionalidad.
29. En efecto, a juicio de esta Fiscalía, tal cláusula 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 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.”*

30. A mayor abundamiento, en relación a la discrecionalidad, la Sentencia N° 77/2008 del mismo H. Tribunal, confirmada por Sentencia de la Excm. 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.”*

#### IV. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

31. El artículo 33 dispone que *“El Contratista deberá ejecutar el servicio de acuerdo con el plan detallado presentado y conforme a lo estipulado en las Especificaciones Técnicas, con las modificaciones que se acuerden entre las partes”.*
32. 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 contrapone 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 lesionen los principios de debida transparencia y garantía de libre acceso, garantidos por el Resuelvo N° 1 de las Instrucciones de Carácter General.

33. Una cláusula como la señalada incrementa, además, los niveles de incertidumbre que enfrenta un potencial oferente.
34. Es necesario, en consecuencia, que los ajustes al contrato respondan a la aplicación de parámetros previamente establecidos en las Bases, tales como, incremento del número de habitantes, número de viviendas, etc.

#### **V. OTRAS OBSERVACIONES**

35. En el artículo 20 existe un error de referencia al artículo 39 de las Bases administrativas, como contenedor del sistema de evaluación técnica y/o económica. Dicho sistema está en realidad contemplado en el artículo 38.
36. A fin de evitar incertidumbre y dificultad de comprensión de los posibles participantes, resulta recomendable corregir toda referencia errónea al artículo 39 que exista en las Bases y Especificaciones técnicas.

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:  
Andrea Avendaño B.  
7535662