

ORD. N°:

0524 ✓

ANT.: Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases Administrativas de Licitación Pública para la propuesta denominada "Concesión de los Servicios de Recolección y Disposición de Residuos Domiciliarios, Voluminosos, De Ferias Libres, Aseo en Avenidas Principales y Desmanchado en la Comuna de Conchalí"; Rol N°1854 -11 FNE.

Su Ord. N° 1700/45, de 9 de marzo de 2011, recibido el día 11 de marzo de 2011.

MAT.: Informa.

Santiago, 08 ABR. 2011

DE : SUBFISCAL NACIONAL ECONÓMICO  
A : SR. RUBÉN MALVOA HERNÁNDEZ  
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE CONCHALÍ  
INDEPENDENCIA N° 3499  
CONCHALÍ

Con fecha 11 de marzo de 2011, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas Generales, Bases Administrativas Especiales, Especificaciones Técnicas y Anexos, de la propuesta pública denominada "Concesión de los Servicios de Recolección y Disposición de Residuos Domiciliarios, Voluminosos, De Ferias Libres, Aseo en Avenidas Principales y Desmanchado en la Comuna de Conchalí", 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 (en adelante, las "Instrucciones").

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

## I. CRONOGRAMA DEL PROCESO

1. Si bien el cronograma del proceso, contempla los hitos relevantes del mismo, establece un plazo de tan solo 15 días entre la adjudicación de la licitación y el inicio de los servicios, lo que podría significar que potenciales oferentes se inhiban de participar en virtud de la imposibilidad de disponer de los camiones y equipos requeridos para iniciar el servicio.
2. Sobre el particular, el Resuelvo N° 6 de las “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 participantes, lo que refuerza la necesidad de consignar plazos prudentes, de manera que no se constituyan en barreras a la entrada para ellos.
3. Confirma lo anterior 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>
4. Por lo tanto, se recomienda a ese municipio establecer plazos prudentes entre la suscripción del contrato y el inicio de los servicios, cautelando que éstos no se constituyan en barreras a la entrada para potenciales participantes, según

---

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

lo prevé el Considerando 3° de las citadas Instrucciones. Considerando el volumen de residuos y de habitantes de la comuna, dicho plazo no debiera ser inferior a 90 días contados desde la fecha de suscripción del contrato.

## II. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

5. Las Bases Administrativas Generales, en su numeral 5.2, párrafo segundo, se refiere al reajuste de la Boleta de Garantía de fiel cumplimiento del contrato: *“Si el valor del contrato sufre modificaciones por aumento de servicio, la Boleta de Garantía deberá ser reajustada a los nuevos valores”*.
6. Por su parte el numeral 11, de las mismas, establece: “El mandante podrá solicitar aumento o disminución del servicio por un monto máximo del 30% respecto del monto total contratado”.
7. En el mismo sentido, las Bases Administrativas Especiales, en su numeral 13.7, referido a las “Modificaciones al contrato de Concesión”, establecen: “El servicio contratado podrá modificarse, sólo a solicitud de la Unidad Técnica, con el fin de ampliarlos o disminuirlos hasta por un 30% de lo contratado inicialmente. Los precios y las garantías respectivas deberán variar en el mismo porcentaje”.
8. Sobre el particular, hacemos presente que la posibilidad de efectuar modificaciones a las Bases, se contrapone con la inmutabilidad de las mismas, cuyo contenido esencial que una vez iniciado el proceso de licitación no puede alterarse por la vía de las aclaraciones, enmendaduras, adiciones o supresiones 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.
9. En consecuencia, resulta necesario que los ajustes al contrato respondan a la aplicación de parámetros objetivos previamente establecidos en las Bases, tales como incremento en el número de viviendas o en el número y extensión de calles sujetas a barrido.

### III. PAUTA DE EVALUACIÓN

10. El numeral 10, de las Bases Administrativas Especiales, establece un sistema de evaluación en tres fases. En la primera fase considera los antecedentes presentados por la proponente en el sobre N°1; en la segunda fase se revisarán las ofertas técnicas que hayan sido aprobadas en la primera fase y sólo serán evaluadas en la etapa siguiente aquellas que obtengan un mínimo de 75 puntos en esta etapa.

*Finalmente en la tercera fase se señala que "(...) Los oferentes aprobados en la Segunda Fase pasarán al análisis de su Oferta económica, aquel proponente que a criterio de la Comisión Evaluadora presente la mejor relación precio/calidad técnica, teniendo en consideración los criterios de evaluación anteriormente mencionados, será objeto de proposición de adjudicación.*

*Terminado este proceso, la Comisión de Evaluación presentará la propuesta de adjudicación al Alcalde, quien resolverá a favor o en contra de la sugerencia de la Comisión".*

11. La disposición señalada deja finalmente a la discrecionalidad del Alcalde el resolver a favor o en contra de la sugerencia de la Comisión, lo que permitiría a esa Corporación 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 Resuelvo 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. Asimismo, cabe considerar que al no contemplarse el precio ofrecido como principal criterio de adjudicación, se vulnera lo establecido en el Resuelvo 4° de las "Instrucciones", el cual 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”.*

13. En cuanto a los criterios técnicos mediante el cual será evaluada la oferta técnica se establece que sólo será evaluada la experiencia en el rubro. Además, las Bases Administrativas Especiales, en su numeral 6, Sobre N° 2 “Oferta Técnica”, se refieren a los documentos que los proponentes **deberán** incluir en el sobre para presentar las ofertas. El literal b), exige: “Cartera de clientes, con el listado de entidades públicas y Municipalidades donde el oferente haya suscrito contrato **en el rubro**, en los últimos tres (3) años, según Formato N° 4” (el énfasis es nuestro).
14. 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.”*
15. Además, basta tener por suficiente la experiencia acreditada por los socios o profesionales de las empresas participantes en la licitación, puesto que de esta manera se evita que empresas cuyo personal disponga de experiencia relevante, queden excluidas de disputar este mercado.
16. Por lo indicado, se recomienda a esa I. Municipalidad establecer un mínimo de experiencia relevante, a fin de evitar reducir injustificadamente el número de potenciales participantes en la licitación respectiva, de acuerdo al resuelvo 6° de las Instrucciones de Carácter General, que dictamina 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.”*

#### **IV. DISCRECIONALIDAD**

17. El numeral 2.5, de las Bases Administrativas Generales establece, que: *“la Municipalidad de Conchalí, se reserva el derecho a rechazar algunas o todas las propuestas sin expresión de causa, si no las estimará convenientes al interés municipal y a otorgar el contrato a cualquiera de los proponentes, aunque no sea la oferta más baja”.*
  
18. Asimismo, las Bases Administrativas Especiales en su numeral 3, párrafo 10°, establecen: *“La Municipalidad de Conchalí se reserva el derecho de adjudicar la(s) oferta(s) que más convenga(n) a sus intereses, según mecanismo de evaluación señalado en el 10.2., como de rechazarlas todas sin expresión de causa, sin que ello dé derecho a los oferentes a reclamar indemnización de ninguna naturaleza”.*
  
19. 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>2</sup>.
  
20. Más aún, a juicio de esta Fiscalía, los numerales señalados podrían facultar a esa Corporación para desentenderse de los criterios de evaluación establecidos en las Bases para la adjudicación de la propuesta, adjudicando la

---

<sup>2</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.

licitación a cualquier oferente válido, vulnerando así el mencionado resuelvo 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”.

21. A mayor abundamiento, en relación a la discrecionalidad, la citada 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”*.*

## V. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

22. El numeral 2.6 de las Bases Administrativas Generales, señala: *“Los proponentes cuyas ofertas fueran rechazadas, no tendrán derecho a reclamo ni indemnizaciones de ningún tipo”*.



23. Por su parte, el numeral 4.2, párrafo segundo, establece: *“El resultado de la propuesta es inapelable; los proponentes cuya oferta no fuese aceptada, no tendrán derecho apelación alguna”*.
24. Agrega, el numeral 9.6: *“Las dudas en cuanto a la aplicación, interpretación de estas Bases será de cargo de la Unidad Técnica responsable cuyas resoluciones serán inapelables”*.
25. Asimismo, las Bases Administrativas Especiales en su numeral 3, párrafo 10°, se refiere a las facultades del Municipio para adjudicar o rechazar las ofertas señalando: *“... como de rechazarlas todas sin expresión de causa, sin que ello dé derecho a los oferentes a reclamar indemnización de ninguna naturaleza”*.
26. En relación a la imposibilidad de los oferentes para reclamar, apelar y exigir indemnizaciones, cabe señalar que, la incorporación de cláusulas que establezcan 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 (...)”*.
27. 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 4°.
28. Se hace presente que si bien en el proyecto de Aclaración que se acompaña y en el Formato N° 2, se hace referencia a que en el proceso de licitación el Mandante siempre garantizará el derecho a reclamo o impugnación ante las instancias que correspondan, dicha circunstancia debe constar en el texto de las Bases para evitar la incertidumbre por parte de los proponentes



## VII. MODALIDAD DE LOS SERVICIOS LICITADOS

29. Las Bases Administrativas Especiales, las Especificaciones Técnicas y demás documentos de la propuesta, se refieren al llamado a licitación pública para la *“Concesión de los servicios de recolección y disposición de residuos domiciliarios, voluminosos, de ferias libres, aseo en Avenidas principales y desmanchado en la Comuna de Conchalí”*, permitiendo como modalidad de la propuesta la adjudicación de oferta global por todos los servicios concesionados, como la adjudicación por servicio separado.
30. Sobre el particular las “Instrucciones” establecen en su Considerando Sexto que: *“Asimismo, para efectos de aumentar la competencia y participación en este mercado, resulta apropiado que en las bases de licitación se exija a los participantes que formulen ofertas por separado respecto de cada uno de los servicios que se licitan”*, el Considerando siguiente agrega: *“Que, por otra parte, es conveniente que, siempre que sea posible y no existan fundamentos que lo desaconsejen, las municipalidades efectúen licitaciones separadas para los servicios de recolección, transporte y disposición final de residuos; de aseo y limpieza de calles y de ferias libres; y el servicio de retiro y transporte de escombros y ramas, salvo que existan fundamentos en contrario;”*.
31. Conforme con lo expuesto, esta Fiscalía estima necesario que se elimine la modalidad de oferta global de los servicios licitados.

## VIII. ACLARACION

32. Conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 66 de la ley N°18.695 (Orgánica Constitucional de Municipalidades), incorporado por el artículo único, N° 1, de la ley N° 20.355, publicada en el Diario Oficial de fecha 25 de junio de 2009, el procedimiento administrativo de otorgamiento de concesiones para la prestación de servicios por las municipalidades, se ajustará a la ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de

Suministro y Prestación de Servicios, y sus reglamentos, salvo lo establecido en los incisos cuarto, quinto y sexto del artículo 8° de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, disposiciones que serán aplicables en todo caso.

33. Por último, 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,

Por Orden del Sr. Fiscal Nacional Económico,



**JAIMÉ BARAHONA URZÚA**  
**SUBFISCAL NACIONAL ECONÓMICO**



REPUBLICA DE CHILE  
\* SUBFISCAL NACIONAL ECONÓMICO  
FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA

Abogado FNE  
Ximena Castillo C.  
Fono: 7535602