

ORD. N°: 0817 /

**ANT.:** Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases Administrativas de Licitación Pública para la propuesta denominada "Servicio de Acopio, Levante, Carguío, Transporte y Disposición Final de Escombros Mixtos"; Rol N°1883 -11 FNE.

Su Ord. N° 1200/054/2043, de 25 de abril de 2011, recibido el día 27 de abril de 2011.

**MAT.:** Informa.

Santiago, 16 JUN. 2011

**DE :** SUBFISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)

**A :** SR. JAIME PAVEZ MORENO  
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE LA PINTANA  
AVDA. SANTA ROSA N° 12.975  
LA PINTANA

Con fecha 27 de abril de 2011, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas Generales, Bases Administrativas Especiales, Especificaciones Técnicas y Anexos, de la propuesta pública denominada "Servicio de Acopio, Levante, Carguío, Transporte y Disposición Final de Escombros Mixtos", 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, no establece la fecha de 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 maquinaria para el levante y carguío 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 lo prevé el Considerando 3° de las citadas Instrucciones.

---

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

## II. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

5. Las Bases Administrativas Generales, en su numeral 10.3, establecen: *“La Municipalidad podrá incluir modificaciones a la propuesta **en proceso de adjudicación**, en el sentido de agregar, disminuir o eliminar algunas partidas por un monto no superior al 10% (diez por ciento) de la oferta económica presentada, **a menos que las Bases Administrativas Especiales, señalen un monto superior”**.*
6. Por su parte, el numeral 13.1, agrega: *“La Municipalidad podrá ordenar un aumento del monto del contrato hasta un 20% del monto original, con el fin de llevar a mejor término el contrato, modificar el servicio, ejecutar servicios extraordinarios y/o emplear materiales o equipos no considerados en la propuesta. En estos casos deberá convenirse con el contratista los precios y plazos que sean procedentes, respetando los precios unitarios máximos establecidos en las partidas respectivas, si se trata de aumento de partidas contratadas”*.
7. En el mismo sentido, el numeral 13.2, señala: *“Excepcionalmente se podrá pactar un aumento del monto del contrato de hasta un 40% del monto original. Cuando el aumento supere el 20% (veinte por ciento) deberá ser justificado por escrito a la Unidad Técnica, estando en conocimiento del Comité de Gestión Estratégica y aprobado por el Alcalde”*.
8. Agrega, el numeral 13.5: *“La Municipalidad podrá disminuir las cantidades de servicios contemplados en el contrato, dentro de los límites permitidos en las **Bases Administrativas Especiales”**.*
9. 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.

10. 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 los eventos de caso fortuito o fuerza, como son los hechos de la naturaleza.

### III EXIGENCIAS DESMEDIDAS

11. Las Bases Administrativas Especiales, en su numeral 8.2, establece la documentación que el oferente deberá subir al portal de Chilecompra para el efecto de presentar las ofertas. El referido numeral, denominado Apartado "Anexos Técnicos", señala: *"Los oferentes que tengan experiencia en servicios de Acopio, levante, carguío, transporte y disposición final de escombros mixtos, deberán enumerar los servicios que demuestren su capacidad para prestarlos de acuerdo al Formato N° 5 adjunto indicando para cada servicio ejecutado lo siguiente: Nombre y ubicación del Servicio o empresa a la que prestaron los servicios. La cantidad de residuos o escombros levantados, y el importe por el total del contrato en pesos (\$)".* Dicha información deberá presentarse mediante el Formulario N° 5.
12. Sobre el particular, el artículo 12 de las Bases Administrativas Especiales, referido a los "Criterios de Evaluación" en su párrafo 8°, establece: *"Las ofertas que no cumplan con experiencia en actividades similares a las solicitadas en el Formato N° 5 no continuaran en el proceso de evaluación".*
13. 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.”*

14. 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.
  
15. 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

16. El numeral 10.2, de las Bases Administrativas Generales, establece: *La Municipalidad de La Pintana se reserva el derecho a adjudicar la oferta que sea más conveniente a sus intereses, lo que no implica necesariamente que sea la oferta más baja”.*
  
17. Por su parte el numeral 10.5 agrega: *“Se declarará desierta una licitación cuando no se presenten ofertas o bien, cuando éstas no resulten convenientes a los intereses municipales”.*

18. Asimismo el numeral 14.2, señala: *“El contratista no tendrá derecho a demandar aumentos o reajustes del precio de su contrato fundado en la dictación de leyes generales o especiales que dispongan reajustes o aumentos de las remuneraciones, bonificaciones, cotizaciones previsionales o impuestos”.*
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 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*

---

<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.

*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 COMISION EVALUADORA

22. El artículo 12, de las Bases Administrativas Especiales, establecen en su artículo 12: *“Se designará por Decreto Alcaldicio, una Comisión Evaluadora que evaluará todas aquellas ofertas que cumplan con las bases de licitación..”.*
23. Una cláusula como la señalada contraviene las “Instrucciones” que en su Resuelvo 5° disponen: *“Las bases de todo proceso de licitación deberán precisar cómo se integrará la comisión evaluadora”.* Así, deberán indicarse, al menos, los cargos o áreas de desempeño de las personas que integrarán la Comisión Evaluadora.
24. 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,



**CRISTIÁN REYES CID**  
**SUBFISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)**

Abogado FNE  
Ximena Castillo C.  
Fono: 7535602