

**ORD. N°** 0933  
**ANT.:** Consulta sobre Bases de la propuesta pública para la concesión del "Servicio de Recolección de Residuos Sólidos Domiciliarios, por Contenedores, Sector Sur de la Comuna de Copiapó", Rol N° 1885-11 FNE.  
  
Su Ord. N° 282, de 26 de abril de 2011.  
  
**MAT.:** Informa

**Santiago, 13 de julio de 2011**

**DE :** SUBFISCAL NACIONAL  
  
**A :** SR. MAGLIO CICARDINI NEYRA  
ALCALDE  
I. MUNICIPALIDAD DE COPIAPÓ  
CHACABUCO N° 857  
COPIAPÓ  
ATACAMA

Con fecha 2 de mayo de 2011, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas Generales, Bases Administrativas Especiales, Especificaciones Técnicas y Anexos para la licitación pública del "Servicio de Recolección de Residuos Sólidos Domiciliarios por Contenedores, en el Sector Sur Centro de la Comuna de Copiapó", 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 45 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. En consideración a que el servicio de carga lateral exige camiones, equipos y contenedores de determinada especificidad, resulta necesario que la fecha de inicio de los servicios sea a lo menos de 90 días desde la firma del contrato.

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. Así, por lo demás, se pronunció el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en su Sentencia N° 92/2008, considerando cuadragésimo cuarto, en relación a los mismos equipos requeridos para la ejecución del servicio.

## II. DURACION DEL CONTRATO.

3. Las Bases Administrativas Especiales, en su artículo 16, se refieren a la “Duración del contrato”, señalando: “El contrato a suscribir tendrá un plazo de vigencia de cinco (05) años, comenzando a regir a partir de la fecha de su suscripción. Dicho plazo final podrá ser prorrogado por períodos anuales sucesivos, con un máximo de dos de ellos, previa manifestación por escrito de dicha intención, comunicada a la otra parte con a lo menos, 120 días de antelación al término de su vigencia original. Dicha manifestación de voluntad se formalizará a través del correspondiente Decreto Alcaldicio, que disponga la renovación del contrato”.

4. Al respecto, cabe representar a esa Municipalidad que para ajustarse a las Instrucciones, los contratos sólo podrán ser prorrogados por un plazo breve –no superior a seis meses-, únicamente en caso de circunstancias especiales de buen servicio, apreciables objetivamente, como en casos de caso fortuito o fuerza mayor y que se encuentren establecidos en las bases.

## III. COMISION EVALUADORA

5. Según lo establece el artículo 13 de las Bases Administrativas Generales, la Municipalidad se hará responsable de la apertura, análisis y adjudicación de la propuesta, para tal efecto conformará en cada proceso a lo menos las comisiones de Apertura y Análisis, que se designarán mediante Decreto Alcaldicio y podrán estar integradas por los mismos integrantes.

6. Se hace presente, que el artículo 8°, de las Bases Administrativas Especiales, sólo establece los integrantes de la Comisión de Análisis, sin referirse a los integrantes de la Comisión de Adjudicación.

7. Lo señalado contraviene las “Instrucciones”, toda vez que el Resuelvo 5° de las mismas dispone: “Las bases de todo proceso de licitación deberán precisar cómo se integrará la comisión evaluadora.”

## IV. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

8. Las Bases Administrativas Especiales, en su artículo 4° exigen para poder participar en la licitación: “Podrán participar en esta propuesta personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que demuestren capacidad económica, experiencia y suficiente disponibilidad de recursos para afrontar el servicio, considerando las exigencias efectuadas por la Municipalidad a través de las presentes bases y especificaciones técnicas, cuyo giro formal sea la recolección de residuos sólidos, directamente o a través

de sus representantes con domicilio en Chile".

9. Por su parte, el artículo 6°, N° 1, literal h), referido a los documentos que deberá contener el sobre "Documentos Anexos", señala: "Currículum de la empresa, en que se da cuenta de la experiencia en la administración y operación de servicios relacionados con la recolección de residuos sólidos domiciliarios y otros similares, debiendo acompañar certificados de municipalidades o entidades privadas y/o públicas que acrediten dicha experiencia".

10. Finalmente el numeral en análisis en su párrafo final establece: "La ausencia de cualquiera de los antecedentes indicados en el presente N° 3 (sic), significará que el oferente quedará fuera de bases y por lo tanto, terminará su derecho a continuar participando del presente proceso licitatorio".

11. Sobre el particular, 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."

12. Sumado a ello, bastaría 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.

13. Lo anterior, 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."

14. Otra de las exigencias que se estima desmedida se refiere a la obligación contemplada en el numeral 4.6, literal b) de las Especificaciones Técnicas, la que establece: "Disponer de un recinto o sede en la Comuna de Copiapó, destinado al funcionamiento del área administrativa y operativa, el que deberá contar con oficinas, lugar destinado a parqueadero de vehículos, contenedores, de acuerdo a las disposiciones sanitarias vigentes, y con la patente municipal al día".

15. Sobre el particular, y teniendo en especial consideración la dificultad para encontrar un terreno que permita tales instalaciones, -en consideración a las restricciones del Plan Regulador de la ciudad de Copiapó, el tiempo necesario para la obtención de los permisos de la autoridad sanitaria y ambiental y que el plazo que media entre la adjudicación y el inicio de los servicios es insuficiente para dichos trámites-, se estima necesario admitir la existencia de una base de operaciones ubicada dentro de la IV Región, de modo que no se constituya en una barrera de entrada para eventuales oferentes.

16. Las cláusulas descritas contrarían lo dispuesto en 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".

17. Más aun, el Resuelvo 1° señala la importancia que las Instrucciones le otorgan a no limitar ni crear barreras artificiales de entradas, al establecer, como se dijo, que "las bases de licitaciones de servicios de recolección, transporte, y disposición de residuos sólidos domiciliarios deberán cautelar la debida transparencia y garantía de libre acceso, estableciendo condiciones generales, uniformes y objetivas".

#### V. DISCRECIONALIDAD

18. El artículo 20 de las Bases Administrativas Generales, establece que: "La Comisión de Análisis y Adjudicación podrá desechar todas las propuestas o aceptar cualquiera de ellas, aunque no sea la más baja en el precio, considerando en su decisión los criterios de evaluación predefinidos y los superiores intereses del Municipio, sin tener por ello que dar cuenta de los motivos de su determinación a menos que los proponentes lo soliciten por escrito y sin que por la decisión adoptada puedan requerir indemnización alguna".

19. De cualquier modo, el Señor Alcalde se reserva el derecho de adjudicar la licitación, contratar parte de la propuesta, o desechar todas ellas, según estime más conveniente para el Municipio en base a sus fines y la disponibilidad de fondos".

20. Por su parte el artículo 22 de las Bases Administrativas Generales, señala: "Hasta el momento de la firma del contrato y sin que ello implique el derecho del adjudicatario a percibir indemnización alguna, la Municipalidad podrá dejar sin efecto la aprobación de la oferta y la adjudicación, en el caso que se produjeran hechos o situaciones que imposibiliten la materialización de la prestación del servicio".

21. El artículo 33 de las Bases Administrativas Generales, se refiere al incumplimiento por parte del adjudicatario en la entrega de una Boleta de Garantía para garantizar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones establecidas en el contrato respectivo. Su párrafo tercero, señala: "El incumplimiento de esta exigencia dentro del plazo señalado para la firma del contrato, facultará a la Municipalidad para dar al adjudicatario por desistido de su oferta. Además de ello, se hará efectivo el cobro del valor de la Boleta de Garantía de Seriedad de la Oferta a favor de la Ilustre Municipalidad de Copiapó y, consecuentemente, se adjudicará la propuesta al oferente que mejor responda a los intereses del Municipio".

22. Asimismo, el artículo 9°, de las Bases Administrativas Especiales, señala en su párrafo segundo "La Comisión de Análisis de las propuestas elevará a conocimiento y superior resolución del Alcalde un informe de evaluación de las ofertas presentadas, que incorpore tanto los resultados de la evaluación técnica y económica de las mismas, como aquellas consideraciones de carácter objetivo y subjetivo que resulten de la revisión de todos los antecedentes aportados por los oferentes. La Municipalidad se reserva el

derecho de adjudicar la presente licitación al oferente cuya propuesta estime más conveniente a sus intereses y a los de la comunidad, sin expresión de causa”.

23. Las disposiciones señaladas en los numerales anteriores contravienen la Resolución N° 13/2006 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que 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”[1].

24. 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”.

25. 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.”

26. Por último respecto a la imposibilidad de exigir indemnizaciones a que se refiere el artículo 20 precitado es necesario tener presente que las cláusulas que establecen 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. A su vez, el considerando cuarto de las mismas instrucciones agrega que: “la incorporación en las bases de licitación de cláusulas o disposiciones de renuncia anticipada de acciones legales, jurisdiccionales y/o administrativas (...) además de desincentivar la participación de oferentes en estos procesos al introducir un elemento de incertidumbre, podría vulnerar normas de orden público...”.

## VI. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

28. Las Bases Administrativas Generales, en su artículo 29, se refieren a las modificaciones al plazo, señalando: "En casos especiales, debidamente fundados, que signifiquen una conveniencia al interés comunal, podrá autorizarse la modificación del plazo estipulado para la vigencia del servicio contratado. La modificación de dicho plazo se llevará a efecto con la debida antelación a la fecha de término original del servicio establecido en el contrato respectivo".

29. Asimismo, el artículo 30 de las mismas establece: "Durante la vigencia del contrato queda prohibido al contratista hacer, por iniciativa propia, modificación o cambio alguno a las especificaciones del servicio, aprobados por el Municipio". Sus párrafos siguientes agregan: "En caso de ser necesarias estas modificaciones, se establecerán de mutuo acuerdo entre el contratista y la Unidad Técnica y siempre que signifiquen una mejoría en la calidad de los servicios y no se aumenten los precios unitarios de las partidas consideradas en éste". "Sólo en casos calificados por la Municipalidad, se podrán introducir modificaciones que aumenten, disminuyan o reemplacen parte del servicio prestado". "Las nuevas condiciones que se acuerden se establecerán en una modificación del contrato original, la cual deberá cumplir con las formalidades de rigor para su aplicación".

30. 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, 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 Resolvo N° 1 de las Instrucciones.

31. En consecuencia, resulta necesario que los ajustes al contrato respondan a la aplicación de parámetros previamente establecidos en las Bases, tales como, por ejemplo, un incremento en el número de viviendas.

## VII. PAUTA DE EVALUACIÓN

32. La pauta de evaluación contemplada en el artículo 8° de las Bases Administrativas Especiales, contempla criterios de puntuación que incorporan juicios de valor, como es el caso del Plan General de Prestación del Servicio cuya ponderación alcanza un 40% asignándosele 100 puntos al oferente que presente la mejor propuesta. Lo mismo ocurre con la Oferta Complementaria que es valorada con un 10%, señalando que se analizarán comparativamente entre las distintas ofertas, según lo que mejor responda a los intereses de Municipio.

33. Al respecto es necesario concretar los elementos que se tendrán en cuenta para esta evaluación cualitativa, describiéndolos en subcriterios y señalando la puntuación que

se asignará a cada uno de ellos.

34. 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".

Finalmente, hago presente a ese Municipio que, para futuras licitaciones, 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.

  
**JAIME BARAHONA URZÚA**  
**SUBFISCAL NACIONAL**

REPUBLICA DE CHILE  
SUBFISCAL NACIONAL  
FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

Abogada FNE  
Ximena Castillo  
Fono: 7535602 - 604