

ORD. N°: 0960 /

ANT.: - Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases Administrativas Generales y Especiales, y Especificaciones Técnicas para la "Licitación Pública de los Servicios de Recolección de Residuos Domiciliarios, Barrido y Aseo de Calles y Ferias Libres, y Disposición Final en Vertederos y/o Relleno Sanitario", de la comuna de La Ligua, Rol N° 1911-11 FNE.

- Su Ord. N° 230, de 8 de junio de 2011.

MAT.: Informa.

15 JUL. 2011

DE : SUBFISCAL NACIONAL ECONÓMICO  
A : SR. RODRIGO SÁNCHEZ VILLALOBOS  
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE LA LIGUA  
PAPUDO N° 588  
LA LIGUA

Con fecha 9 de junio de 2011, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas Generales y Especiales, y Especificaciones Técnicas para la "Licitación Pública de los Servicios de Recolección de Residuos Domiciliarios, Barrido y Aseo de Calles y Ferias Libres, y Disposición Final en Vertederos y/o Relleno Sanitario", de la comuna de La Ligua, 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. El artículo 9 de la Bases Administrativas Especiales, denominado "*Calendario de la Licitación*", entre otros, esboza en términos generales algunos de los hitos del proceso licitatorio, sin informar con claridad la fecha exacta de cada

uno de ellos, como tampoco la fecha concreta en la cual se debe dar inicio a los servicios licitados.

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, la fecha de publicación del llamado a licitación, de presentación de las ofertas, de adjudicación, de suscripción del contrato y de inicio de los servicios<sup>1</sup>, entre otras, señalando específicamente y con claridad las plazos de cada uno de estos hitos.
3. 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>2</sup>.
4. Se hace presente a esa I. Municipalidad que el Resuelvo 3° de las Instrucciones de Carácter General dispone que: *"las Municipalidades deberán publicar el llamado a licitación que realicen, con una anticipación mínima de 60 días corridos previos a la fecha prevista para la recepción de ofertas, en al menos dos diarios de circulación nacional, o alternativamente, en un circulación nacional y en otro de circulación en la región que corresponda. A la fecha de las publicaciones, las respectivas bases de licitación deberán estar disponibles para los interesados."*

---

<sup>1</sup> Debe tenerse presente que resulta imperioso que exista un plazo razonable entre la adjudicación y la puesta en marcha del servicio, puesto que el establecimiento de un exiguo plazo resulta en una disminución innecesaria de la competencia, erigiendo una barrera a la entrada a potenciales competidores que, aún cumpliendo con los restantes estándares mínimos requeridos, no logren realizar las gestiones necesarias.

<sup>2</sup> Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de la I. Municipalidad de Curicó.

## II. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

5. El artículo 5 de las Bases Administrativas Generales se titula "*Aplicación de Normas de Derecho y Renuncia a Formular Impugnaciones*", mientras que la letra i) del artículo 12 de las Bases Administrativas Especiales señala que el adjudicatario "*[e]n virtud de las circunstancias antes expresadas, reconoce que la decisión de la Municipalidad [adjudicación de alguna propuesta] es inapelable y definitiva, y no susceptible de recurso administrativo o judicial alguno*".
6. Esta Fiscalía cumple en señalar que la renuncia anticipada de acciones legales, jurisdiccionales y/o administrativas, en especial las que son irrenunciables, 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.

## III. DEFINICIÓN DE SERVICIOS LICITADOS

7. El artículo 14.2.3 de las Bases Administrativas Especiales señala, en su último párrafo, que: "*Para el ítem f), el contratista deberá dotar al Municipio de 60 contenedores, los cuales deberán cumplir todas las condiciones sanitarias e higiene, los cuales se ubicaran en aquellos lugares que destine la ITS, o aquellos sectores en donde no pueda acceder el Camión recolector*".
8. El artículo 3.3 de las Especificaciones Técnicas para el Servicio de Recolección de Residuos Domiciliarios, denominado "*Recipientes*", señala que: "*a).- Solo en aquellos casos en que no sea posible acceder al sector del camión, el oferente deberá utilizar un sistema de recipientes públicos o contenedores, los cuales deberán considerar lo sgte. (...)*", para mencionar, posteriormente, que: "*Sin perjuicio de lo estipulado en la letra a del punto 3.3, el oferente deberá disponer la colocación de 60 contenedores en la Comuna de la Ligua (...)*"

9. El artículo 9 de las señaladas Especificaciones, en su letra c), denominada *"Zona de Recolección Mixta"*, señala que: *"El servicio requerido en las zonas señaladas se define como preferentemente domiciliario, con inclusión de contenedores en algunos puntos (...)".*
  
10. El Resuelvo 2° de las Instrucciones Generales dispone que: *"En los procesos de licitación, deberán definirse en forma explícita los distintos servicios que se licitan"*. Esta disposición tiene por objeto minimizar los niveles de incertidumbre permitiendo una mayor participación de oferentes al existir claridad respecto del tipo de servicio que requiere el licitante. En este sentido, la prestación de los servicios señalados anteriormente debiesen estar especificados en el objeto de la licitación y definidos detalladamente.

#### IV. EXPERIENCIA

11. El artículo 12 de las Bases Administrativas Generales y el artículo 2 de las Bases Administrativas Especiales señalan que pueden participar en la licitación las sociedades que acrediten *"experiencia en contratos de servicios de recolección, transporte y disposición final, mediante la presentación de proyectos realizados y/o demuestren su capacidad para ejecutar los servicios requeridos (...)".*
  
12. Por otra parte el artículo 12.2 de las Bases Administrativas Especiales, denominado *"Oferta Técnica"*, señala que: *"Los oferentes que presenten informes sobre proyectos ejecutados o en ejecución deberán enumerarlos en el rubro Recolección de Residuos Domiciliarios, de tal manera de demostrar la capacidad de prestar los servicios y su experiencia. En estos informes deberán señalar a lo menos, el tiempo del contrato, monto mensual y volumen estimado de residuos a retirar"*.
  
13. Finalmente, el artículo 14.2.1 de las señaladas Bases, titulado *"Experiencia de la Empresa y Programa de Trabajo"*, señala que: *"La empresa que demuestre tener mayor experiencia en la concesión de servicio de recolección, barrido, obtendrá el mayor puntaje; se evaluará en forma decreciente a quienes acrediten menor experiencia"*.

14. Al respecto, cabe destacar que el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en su Sentencia N° 77, ha señalado 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. En este sentido, hago 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, esta Fiscalía sugiere tener por suficiente la experiencia acreditada por los socios o profesionales de las empresas participantes en la licitación.

## V. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

16. El artículo 14 de las Bases Administrativas Especiales señala que la ponderación de la Oferta Económica será de un 40% y la de la Oferta Técnica de un 60%.
17. Sobre el particular, cabe tener presente lo señalado por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el Considerando Trigésimo segundo de la Sentencia N° 92/2009, que dispone: *"lo 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."*
18. Así, deberá asignarse al criterio precio una ponderación superior al 50%, y en el evento de que se establezcan otros criterios éstos deberán estar debidamente justificados y ser susceptibles de evaluación objetiva.

## VI. DISCRECIONALIDAD

19. El artículo 11, letra a) de las Bases Administrativas Generales dispone que: *"Los proyectos para la ejecución de los servicios requeridos deberán ajustarse a: 11.1.- Las prescripciones de las presentes Bases y a todos los oficios e instructivos posteriores emitidos por la Municipalidad"*.

20. El artículo 19 de las señaladas Bases señala que: *“Toda aclaración, cambio, agregado o supresión de los documentos de la Licitación, se efectuará por medio de oficios de observaciones s instructivos debidamente emitidos por la Municipalidad, los cuales deberán ser retirados obligatoriamente y firmado en el acta de entrega de estos a cada uno de los eventuales oferentes”.*
21. El artículo 21.1 expresa que: *“La adjudicación se hará en un plazo estimado no superior de treinta (30) días corridos después de abierta la propuesta, seleccionando al oferente que presente la oferta más viable y conveniente al interés de la Municipalidad, aún cuando no sea la de menor valor”.*
22. El artículo 21.3 señala que: *“La Municipalidad se reserva el derecho a rechazar una o todas de las ofertas e incluso, declarar desierta la licitación con expresión fundada de causa, si así le pareciera más conveniente a sus intereses, no dando lugar a reclamos ni derechos a indemnización alguna a los oferentes”.*
23. El artículo 38.2 manifiesta que: *“Si se determina que los trabajos desarrollados por la empresa no son cumplidos en forma eficiente, la Municipalidad podrá poner término a todos o parte de ellos, previa comunicación con sesenta (60) días de anticipación, por carta certificada o bajo firma”.*
24. El artículo 3.2 de las Bases Administrativas Especiales señala que *“La Municipalidad podrá decidir a futuro la incorporación parcial de nuevos sectores a este Contrato y/o la contratación directa de trabajos”.*
25. El artículo 9.6 de las señaladas Bases expresa que: *“Si analizados los antecedentes de las ofertas entregadas en los sobres de Propuesta Técnica, la oferta económica es la más conveniente se adjudicará al mismo oferente seleccionado”.*
26. El artículo 14.2.1 señala, en relación al Programa de Trabajo, que: *“En este Item, sé ponderará el plan de trabajo mas completo y más conveniente para la comuna, por cada una de las funciones que debe realizar para completar el servicio de concesión [sic]”.*
27. Al respecto, esta Fiscalía puede señalar que, 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 (...)*".

28. Por su parte, 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"*.
29. En consecuencia, conforme lo señalado en las Instrucciones y la citada Resolución, resulta necesario asegurar la debida transparencia de la actuación municipal, eliminando la discrecionalidad en su proceder. Específicamente:
- **INMUTABILIDAD DE LAS BASES:** La posibilidad de convenir modificaciones al contrato no amparadas en circunstancias objetivas y verificables (como por ejemplo, aumento del número de viviendas que deben ser atendidas, como consecuencia de la construcción de nuevos conjuntos habitacionales) 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 se lesionen los principios de debida transparencia y garantía de libre acceso, garantidos por el Resuelvo N° 1 de las Instrucciones de carácter general.
  - **DESESTIMACIÓN OFERTAS U OTROS:** 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.
  - **DISCRECIONALIDAD PARA ELEGIR PROPUESTA GANADORA:** A juicio de esta Fiscalía, algunos de los artículos citados 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.

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.”***
31. En consecuencia, conforme lo señalado en las Instrucciones y la citada Resolución, resulta necesario asegurar la debida transparencia de la actuación municipal, eliminando la discrecionalidad en su proceder.

## VII. FALTA DE LA DEBIDA CLARIDAD EN ALGUNAS DISPOSICIONES

32. El artículo 1 de las Bases Administrativas Generales señala que: *“Los proponentes deberán formular su oferta por cada uno de los servicios descritos, toda vez que la presente licitación será de adjudicación indivisible (...);”* mientras que el artículo 1.1 de las Bases Administrativas Especiales expresa que: *“La presente licitación comprende contratación conjunta o separada de los servicios de recolección de residuos domiciliarios, limpieza y disposición final”*.

33. Como se observa, no queda del todo claro si los servicios licitados podrán ser adjudicados a diversas personas o empresas por separados o si, finalmente, los servicios deben de adjudicarse a un único oferente.
34. En este sentido, cabe destacar que en este tipo de Bases debe imperar la transparencia y claridad en cada una de sus disposiciones, erradicando completamente cualquier incertidumbre a los oferentes en la presente licitación. Al efecto, las instrucciones, en su considerando segundo, expresan que éstas tienen por objeto establecer los criterios básicos a los que deben sujetarse las bases de licitación, "con el objeto de asegurar la debida publicidad, transparencia y libre acceso al mercado, así como la existencia de condiciones objetivas, generales, uniformes y no discriminatorias".

Cabe destacar que no se han hecho llegar las Especificaciones Técnicas para el Servicio de Disposición Final de Residuos Domiciliarios.

Por último, hago presente a ese Municipio que, de acuerdo al considerando sexagésimo séptimo de la sentencia N° 77, el H. Tribunal de Defensa 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 Fiscal Nacional Económico,



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

Contacto FNE  
Eduardo Aguilera Valdivia  
eaguilera@fne.gob.cl  
Fono: 7535604-7535602