

ORD. N°: 1217 /

ANT.: Consulta sobre Bases de la propuesta pública para la concesión del "Servicio de Recolección de Residuos de Ferias Libres y Persas en la Comuna de Peñalolén". Rol N° 1940-11 FNE.

Su Ord. N° 1500/293 de 25 de julio de 2011.

MAT.: Informa.

Santiago, 01 SEP. 2011

DE : SUBFISCAL NACIONAL ECONÓMICO  
A : SR. CLAUDIO ORREGO LARRAÍN  
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE PEÑALOLÉN  
AVDA. GRECIA N° 8735  
PEÑALOLÉN

Con fecha 25 de julio de 2011, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas y Técnicas y Anexos, para la licitación pública de la concesión del "Servicio de Recolección de Residuos de Ferias Libres y Persas en la Comuna de Peñalolén y su Transporte a Disposición Final", 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 Generales").

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

#### I. CRONOGRAMA DEL PROCESO

1. El anexo 1 presenta la programación de la licitación, el cual señala las fechas de algunos hitos del mismo, tales como fecha de publicación, período de consultas y cierre y apertura de las ofertas. Sin embargo, aún cuando el

numeral 6.5 de las Bases Administrativas establece como fecha de inicio el 2 de enero de 2012 o 90 días contados desde la firma del contrato, el cronograma que se presenta en el Anexo 1 no presenta explícitamente la fecha de inicio de los servicios, lo cual incrementa los niveles de incertidumbre que enfrentan los potenciales oferentes.

2. A objeto de disminuir los niveles de incertidumbre, esta Fiscalía recomienda a esa I. Municipalidad incorporar a las Bases de Licitación un cronograma detallado, que contemple todos los hitos relevantes del proceso, como son: fecha de publicación del llamado a licitación, de presentación de las ofertas, de adjudicación, de suscripción del contrato, inicio de los servicios, etc.
3. Sobre el particular, es necesario tener presente lo señalado por la Sentencia N° 77, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la cual en su considerando quincuagésimo señala que las Bases de Licitación deben 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"*.

## II. DURACION DEL CONTRATO

4. El ya referido numeral 6.5 de las Bases Administrativas dispone que el plazo para el desarrollo del servicio es desde el "2 de enero de 2012 o 90 días contados desde la firma del contrato, según lo que ocurra después, y hasta el 31 de diciembre de 2017", esto es, seis años de ejecución.
5. Este plazo no se condice con los plazos comunes en la industria que, según antecedentes recopilados por esta Fiscalía, no superan los cuatro a cinco años. El plazo que se ha establecido es excesivo por cuanto rigidiza innecesariamente la disputa por la provisión del servicio. Esta cláusula contraría el Resuelvo primero de las Instrucciones, que señala: "Las bases de licitaciones de servicios recolección, transporte y disposición de residuos

sólidos domiciliarios deberán cautelar la debida transparencia y garantía de libre acceso, estableciendo condiciones generales, uniformes y objetivas”.

### III. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

6. El numeral 7.3 de las Bases Administrativas establece como Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato un “monto equivalente a 6 mensualidades a nombre del Mandante”.
7. De acuerdo a antecedentes recabados por esta Fiscalía, garantías equivalentes a tres mensualidades permiten a los municipios cautelar el fiel cumplimiento del contrato, por lo cual se recomienda ajustar las exigencias, evitando que se erijan como barreras a la entrada para potenciales oferentes.
8. Por su parte el numeral 3.1, de las Bases Técnicas, exigen en su literal a) *“Todos los vehículos deberán ser de dominio del Contratista”*. Sobre el particular, esta Fiscalía estima que las Bases no deben exigir a los participantes acreditar la propiedad de los vehículos y maquinarias necesarias para prestar el servicio licitado, bastando con que los proponentes garanticen la existencia de un compromiso de arriendo u otro suficiente.
9. Todo ello conforme lo establece el 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

10. El inciso final del numeral 5.1 señala *“toda información falsa, adulterada o maliciosamente incompleta entregada por los Oferentes en la Propuesta u otros documentos requeridos, será constitutiva de dolo y los eliminará por este hecho de participar en la propuesta”*.
11. Una cláusula similar se establece en el inciso primero del numeral 12.6. en efecto, el inciso referido puntualiza que *“en el evento que se comprobare que el adjudicatario o diversos oferentes han incurrido en ‘prácticas corruptas’,*

*'prácticas fraudulentas' o 'prácticas colusorias' sea con respecto al proceso de selección o con respecto a la adjudicación, el Mandante rechazará de plano la propuesta o la adjudicación o pondrá término al contrato anticipadamente...".*

12. Sobre el particular, se hace presente que los calificativos empleados, además de requerir un pronunciamiento previo a su configuración, pueden importar que la materia deba ser de obligatorio conocimiento por otras instancias administrativas o judiciales en caso de constituir infracciones de ley, por lo que se recomienda utilizar los parámetros generales de cumplimiento de la normativa aplicable, a fin de eliminar cualquier atisbo de imprecisión de las Bases.
13. Por otro lado, el numeral 5.4 en su inciso primero dispone que *"la unidad licitante se reserva el derecho de proponer al mandante el rechazo de todas las ofertas si no las estimare conveniente para sus intereses".*
14. Por su parte, el inciso segundo del numeral 5.5 establece que *"el Comité Técnico Administrativo se reserva el derecho de desestimar todas las ofertas si no las considerare conveniente para el interés Municipal..."*.
15. El inciso segundo del numeral 6.2 señala que *"si por causa imputable al adjudicatario el Contrato no se suscribe...la Municipalidad estará facultada para hacer efectiva la garantía de seriedad que caucionó la oferta, pudiendo la Unidad Licitante llamar a una nueva propuesta pública o adjudicar la propuesta entre los proponentes que ocupen los lugares siguientes".*
16. Sobre el particular, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, señaló en su Resolución N° 13/2006: *"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".*
17. Más aún, a juicio de esta Fiscalía, las cláusulas que permiten a la autoridad desechar ofertas y adjudicar el proceso licitatorio en virtud de disposiciones discrecionales, podrían facultar a esa Municipalidad para desentenderse de

los criterios de evaluación establecidos en las Bases para la adjudicación de la propuesta, otorgando la licitación a cualquier oferente válido, vulnerarían 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”.

18. 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”*.*
19. En definitiva, la adjudicación de la licitación debe hacerse a aquel oferente – aunque sea un único postor- que obtenga los puntajes habilitantes, de acuerdo a los criterios de evaluación y ponderaciones previamente establecidos en las bases administrativas, tal como lo establece el artículo 10 de la ley 19.886, ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, en concordancia con los artículo 37 y 41 de su reglamento.

## V. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

20. El ya referido inciso segundo del numeral 5.5 establece que *“el Comité Técnico Administrativo se reserva el derecho de desestimar todas las ofertas*

*si no las considerare conveniente para el interés Municipal, sin que pueda pretenderse por ello, indemnización alguna por parte de los oferentes".*

21. Por su parte, el inciso tercero del numeral 6.5 puntualiza que *"vencido el plazo del Contrato el "Contratista" dejará de prestar servicio, no teniendo derecho a indemnización alguna".*
22. El cuarto inciso del numeral 11.5 establece que, en caso de controversia por la aplicación de multas, *"el "Contratista" podrá apelar en última instancia al Administrador Municipal". Más aún, el inciso octavo de este numeral señala que el contratista renuncia expresamente "a cualquier reclamo o recurso, de carácter administrativo y/o judicial, derivado de la aplicación de la presente cláusula".*
23. 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, además de desincentivar la participación de oferentes en estos procesos, podría vulnerar normas de orden público, tal como lo señalan las Instrucciones Generales en su Considerando 4°. Adicionalmente, dichas cláusulas podrían contravenir 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 (...)".*

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 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**

Encargado FNE  
Ximena Castillo  
Fono: 7535604 7535602