

ORD. N°: 1218 /

ANT.: Consulta sobre bases de licitación para la "Adquisición de Contenedores de Basura Intradomiciliarios, Comuna de Recoleta"; Rol N°1923-11.

Su Ord. N° 1500/110, de 24 de junio de 2011.

MAT.: Informa.

Santiago, 01 SET. 2011

DE : SUBFISCAL NACIONAL ECONÓMICO  
A : SRA. SOL LETELIER GONZALEZ  
ALCALDESA DE RECOLETA  
AV. RECOLETA N° 2774  
RECOLETA

Con fecha 28 de junio de 2011, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas Normas Generales y Normas Especiales, Términos de Referencia y Anexos para la licitación pública de la concesión del "Adquisición Contenedores de Basura Intradomiciliario, comuna de Recoleta", 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 cronograma de la licitación presenta diversos hitos del proceso licitatorio tales como fecha de publicación de antecedentes, fecha de adjudicación, fecha de suscripción del contrato, etc.

2. No obstante, el cronograma no cumple las formalidades indicadas en el Resuelvo 3° de las citadas Instrucciones, el cual dispone, entre otros requisitos, que entre la publicación y el cierre de ofertas debe mediar un plazo no inferior a 60 días.
3. Además, el cronograma tampoco señala la fecha de adjudicación, lo cual genera incertidumbre de cara al potencial oferente.
4. Más aún, respecto a la fecha de inicio de los servicios, mientras las Bases Administrativas Normas Generales, en su numeral 11.3, establece que “el plazo de entrega de los bienes será a partir de los 150 días después de firmado el contrato”, el numeral 7.1 de los Términos de Referencia señala que “el plazo referencial para el inicio de la entrega parcial de contenedores no deberá ser superior a 150 días corridos, contados a partir de la fecha del Decreto que aprueba el contrato”, cláusulas que serían contradictorias en cuanto al plazo de inicio de los servicios licitados.
5. Por otro lado, el citado numeral 7.1 de los Términos de Referencia establece que la entrega de contenedores comenzará en el Mes 1 de acuerdo al siguiente cronograma de entrega: “El resto de las unidades deberán ser entregadas conforme a la siguiente programación:

Mes 1	Mes 2	Mes 3	Mes 4	Mes 5	TOTAL
20%	20%	20%	20%	20%	100%

6. En consecuencia, resulta necesario incorporar a las Bases un cronograma detallado, que contemple todas las etapas relevantes del proceso, como son, por ejemplo: fecha de publicación del llamado a licitación, de presentación de las ofertas, de adjudicación, de suscripción del contrato, de inicio de los servicios, etc.
7. Sobre el particular, se hace presente a ese Municipio la necesidad de respetar el Resuelvo N° 6 de las Instrucciones de Carácter General, que dispone 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 oferentes*". En consecuencia, se deben establecer en las Bases plazos prudentes entre cada etapa del proceso, en particular entre la suscripción del contrato e inicio de las operaciones, cautelando que estos no se constituyan en barreras a la entrada para potenciales participantes.

8. 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>
9. Además, el formato de presentación de la oferta económica no permite la oferta por separado de los diferentes tipos de contenedores, lo que aparte de carecer de justificación económica aparente, genera una barrera de entrada para potenciales competidores.
10. En efecto, la modalidad establecida por el municipio restringe artificialmente la participación de oferentes, tendiendo a establecer ventajas competitivas respecto de aquellas empresas que eventualmente tengan stock de todos los formatos de contenedores licitados (29.813 contenedores de 120 litros, 3.503 contenedores de 240 litros y 284 contenedores de 340 litros).

## II. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

11. El formato N°3 en el que el proponente debe presentar su oferta económica (la cual tiene una ponderación de 70% dentro del puntaje total de la oferta), solicita, además, que el proponente informe del plazo de entrega de los bienes licitados.

---

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

12. Al respecto, debe establecerse un plazo determinado y general para todos los oferentes, lo que ha sido objeto de observaciones por parte de esta Fiscalía en informes anteriores sobre la materia.

### III. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

13. El numeral 2 de las Bases Administrativas Normas Especiales establece la facultad de la Unidad Técnica para modificar el calendario de la licitación, mientras que el numeral 9 del Cronograma establecido en el Anexo I dispone que *“La Unidad Técnica podrá modificar el calendario de la propuesta o la fecha fijada para la apertura, previa comunicación a través del Portal [www.mercadopublico.cl](http://www.mercadopublico.cl).”*
14. En el mismo sentido el punto 5.2.2 de las Bases Administrativas Normas Generales se dispone que *“la Municipalidad podrá incluir modificaciones a la propuesta adjudicada, en el sentido de agregar, disminuir o eliminar algunas de las partidas por un monto no superior al 10% de la oferta económica presentada, a menos que las Bases Administrativas Especiales, señalen un monto superior. En caso de disminución o eliminación de partidas, éstas de ningún modo podrán ser consideradas posteriormente como aumento de contrato”.*
15. 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, garantizados por el Resuelvo N° 1 de las Instrucciones.
16. En consecuencia, resulta necesario que los ajustes al contrato respondan a la aplicación de parámetros previamente establecidos en las Bases, tales como,

incremento en el número de viviendas, caso fortuito o fuerza mayor y no queden a merced de una de las partes.

#### IV. DISCRECIONALIDAD

17. Las Bases Administrativas Normas Generales en su numeral 5.2.2., inciso quinto, establece: *“La entidad licitante se reserva el derecho de proponer al Sr. (a) Intendente (a) la asignación de la Propuesta por partidas o ítems, definidos en las Normas Especiales y/o Especificaciones Técnicas, e incluso a dos o más Proponentes, si corresponde. Del mismo modo la pauta de evaluación deberá aplicarse sobre cada partida o grupo de partidas, cuando se parcialice la adjudicación en más de un Oferente”.*
18. Por su parte, el párrafo segundo, del numeral 6.1, de las Bases Administrativas señala que, en caso de desistimiento del oferente adjudicado, *“la Unidad Técnica podrá llamar a una nueva propuesta pública o adjudicar la oferta que ocupe el lugar siguiente en la evaluación...”.*
19. Una cláusula similar aparece en el párrafo quinto, del numeral 7.1 de las Bases Administrativas Generales, que establece que *“si por causa imputable al Adjudicatario el contrato no se suscribe dentro del plazo...la Unidad Técnica podrá llamar a una nueva propuesta pública o adjudicar la oferta que ocupe el lugar siguiente en la evaluación...”.*
20. Las cláusulas señaladas previamente podrían importar una fuente de discrecionalidad que incrementa los niveles de incertidumbre que enfrenta el potencial oferente. Al respecto, las Instrucciones Generales, en su resuelto 7° disponen que *“las Bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación”.*
21. En el mismo sentido, 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.”<sup>2</sup>*

22. En consecuencia, conforme lo descrito, resulta necesario asegurar la debida transparencia de la actuación municipal, eliminando la discrecionalidad en su proceder.

## V. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

23. El numeral 1 de las Bases Técnicas dispone *“Los oferentes deberán adjuntar en el sobre “Anexos Técnicos”, además de lo requerido en las Bases Administrativas Normas Generales, el currículo de la empresa, señalando claramente su experiencia en la materia de la presente licitación, adjuntando certificados de respaldo según corresponda”<sup>3</sup>.*
24. Esta Fiscalía considera que la exigencia de experiencia previa en materias específica de la licitación, constituye una barrera artificial que entorpece el libre acceso y reduce artificialmente el número de potenciales oferentes.
25. De este modo, 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.
26. Esto último resulta armónico con el considerando Tercero de las Instrucciones de carácter general N° 1/2006 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en tanto dispone *“Que, para lograr el cumplimiento de los objetivos antes expuestos, las municipalidades deben abstenerse de incorporar exigencias en las bases de licitación que dificulten la participación de la mayor cantidad posible de oferentes. Así entre otras de la misma*

<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.

<sup>3</sup> Énfasis agregado

*naturaleza, debe evitarse en las bases el uso de cláusulas que exijan, por ejemplo, (...) contar con experiencia previa injustificadamente específica en el o los servicios que se licitan (...)*".

27. Sobre el particular, cabe tener presente lo resuelto por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en su Sentencia N° 77, 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"*.

## **VI. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES**

28. El numeral 13.1, de las Bases Administrativas Normas Generales, se refiere a la Interpretación de los Antecedentes del Contrato, señalando: *"Cualquier diferencia en la interpretación de la reglamentación y antecedentes indicados en el punto 1.1 de las presentes Normas Generales será resuelta sin ulterior recurso por el Mandante, sin perjuicio de las atribuciones de la Contraloría General de la República"*.
29. En relación a la imposibilidad de los oferentes para reclamar, interponer acciones legales 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 en su Considerando 4°. Adicionalmente, dicha cláusula podría contravenir el Resuelve 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 (...)"*.

En atención a lo expuesto, y conforme lo dispuesto en el artículo 39, letra d) del Decreto Ley N° 211, solicito a la señora Alcaldesa que las Bases consultadas sean modificadas conforme a lo observado.

Saluda atentamente a usted,

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

REPUBLICA DE CHILE  
SUBFISCAL NACIONAL  
SUBFISCAL NACIONAL ECONÓMICO

Abogado FNE  
Ximena Castillo  
Fono: 7535602