

**ORD. N°** 1379  
**ANT.:** Bases para la "Concesión de Servicios de Reciclaje y Explotación Publicitaria en la Comuna de Providencia", Rol N° 1948-11 FNE.  
  
Su Ord. N° 6224, de 11 de agosto de 2011.  
  
**MAT.:** Informa

**Santiago, 05 de octubre de 2011**

**DE : SUBFISCAL NACIONAL**  
  
**A : SR. CRISTIÁN LABBE GALILEA**  
**ALCALDE**  
**I. MUNICIPALIDAD DE PROVIDENCIA**  
**AVDA. PEDRO DE VALDIVIA N° 963**  
**PROVIDENCIA**  
**REGIÓN METROPOLITANA DE SANTIAGO**

Con fecha 11 de agosto de 2011, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas y Técnicas para la licitación pública de la "Concesión de Servicios de Reciclaje y Explotación Publicitaria, de la Comuna de Providencia", con el objeto de establecer 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 bases remitidas en consulta.

#### **I. SERVICIOS LICITADOS**

1. El artículo 1°, de las Bases Administrativas, señala: "Las presentes Bases Administrativas regirán la licitación y adjudicación la Concesión de Servicios de Reciclaje y Explotación Publicitaria en Comuna de Providencia". Sin embargo, no establecen en qué consisten los servicios licitados. Más aun, no queda claro si la finalidad de la licitación es reciclar o vender publicidad.

2. La falta de precisión podría generar incertidumbre a los posibles oferentes vulnerándose de esta forma lo previsto por el Resuelvo Segundo de las Instrucciones Generales que señala: "En los procesos de licitación, deberán definirse en forma explícita los servicios licitados".

## II. CRONOGRAMA

3. Las Bases presentan un Itinerario de Licitación el cual presenta algunos de los hitos del proceso licitatorio. No obstante, este 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.

4. Sobre el particular, se solicita tener en especial consideración lo dispuesto en el Resuelvo 3° de la Instrucciones Generales, el que dispone: "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 las ofertas, en al menos dos diarios de circulación nacional o alternativamente, en uno de 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".

5. Por otro lado, el itinerario de licitación no presenta la fecha de inicio de los servicios, lo cual incrementa los niveles de incertidumbre que enfrentan los potenciales oferentes.

6. 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.

7. Sobre el particular la Sentencia N° 77, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 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".

## III. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

8. El artículo 16, de las Bases Administrativas, se refiere a las modificaciones al contrato, señalando: "La Municipalidad se reserva el derecho de ordenar al concesionario que amplíe hasta en un 50% el mobiliario contratado y a disminuir hasta en un 20% los contenedores para reciclaje, respecto de la oferta base estipulada en el contrato".

9. Sobre el particular, hacemos presente que la posibilidad de efectuar modificaciones a las Bases, se contraponen con la inmutabilidad de las mismas, cuyo contenido esencial es 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.

#### IV. DISCRECIONALIDAD

11. Las Bases Administrativas en su artículo 12, párrafo segundo, establecen: “La Municipalidad se reserva el derecho de declarar desierta la propuesta cuando las ofertas no resulten convenientes a sus intereses o declararla inadmisibles, cuando las ofertas no cumplieran con las exigencias estipuladas en las bases”.

12. Por su parte, el artículo 41 de las referidas Bases, establecen las causales de liquidación anticipada del contrato, señalando: “Incumplimiento de las bases así como cualquiera de las obligaciones que el concesionario asuma en virtud del contrato, siendo suficiente para ello el Informe de la Dirección de Aseo, Ornato y Manutención (...)”. Al respecto, considerando la implicancia de esta medida sobre la duración del contrato, es necesario que se acoten claramente las causales del término anticipado ya que en los términos en que se encuentra redactado deja un amplio margen de interpretación respecto de las mismas.

13. 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”.

14. 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.

15. 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”.

## V. PAUTA DE EVALUACIÓN

16. El artículo 4°, de las Bases Administrativas, establece los criterios de la Oferta Económica y Propuesta Técnica, de acuerdo a los siguientes criterios:

### A) OFERTA ECONÓMICA 15%

El mayor aporte tendrá el máximo puntaje. El resto se calcula disminuyendo en forma proporcional.

### B) PROPUESTA TÉCNICA 85%

#### B1) Programa de Recolección 25%

#### B2) Programa de Mantenimiento 25%

#### B3) Programa de Instalación 20%

#### B4) Cantidad Contenedores Adicionales Móviles 15%

17. Respecto a los criterios a los que se les asignará el porcentaje indicado anteriormente, esta Fiscalía considera que su margen de interpretación resulta demasiado amplio, dado que no se define qué parámetros se utilizarán para la asignación de los mismos.

18. Además, es necesario 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”.

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**

Abogada FNE  
Ximena Castillo  
Fono: 7535602 - 604