

**ORD. N°**

0349

**ANT.:**

Bases de la propuesta pública para la concesión de la "Recolección de residuos vegetales, microbasurales y otros", de la Comuna de Pudahuel. Rol N° 2061-12

Su Ord. N° 1200/0026, de 28 de febrero de 2012.

**MAT.:**

Informa.

**Santiago, 20 de marzo de 2012**

**DE : SUBFISCAL NACIONAL (S)**

**A : SR. JOHNNY CARRASCO CERDA  
ALCALDE  
I. MUNICIPALIDAD DE PUDAHUEL  
SAN PABLO N° 8444  
PUDAHUEL  
REGIÓN METROPOLITANA DE SANTIAGO**

Con fecha 29 de Febrero de 2012, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas Generales, Bases Técnicas y Anexos para la licitación pública de la concesión "Recolección de residuos vegetales, microbasurales y otros" de la Comuna de Pudahuel, 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 referidas Bases de Licitación:

#### **I. CRONOGRAMA DEL PROCESO**

1. En las Bases Administrativas se presenta un cronograma con hitos tales como fecha de publicación, período de consultas y cierre, y apertura de las ofertas. También se presentan plazos máximos para realizar informe de adjudicación, redacción del contrato y firma de este por parte del adjudicatario. Sin embargo, no se señala la fecha de inicio de los servicios, estableciéndose inclusive, en las Bases Técnicas, que "El contratista deberá comenzar los servicios una vez firmado el contrato, luego de realizar el Acta de Entrega de Terreno".

2. A pesar que se establecen plazos para la firma del contrato, lo anterior no hace

posible determinar con precisión el inicio de la fase de implementación del proyecto.

3. Al respecto, el Resuelvo N° 6 de las Instrucciones Generales, establece: “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 (...)”.

4. Confirma lo anterior 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”.

5. Sobre el particular, se recomienda a ese municipio establecer plazos prudentes entre la suscripción del contrato y el inicio de los servicios, cautelando que éstos no se constituyan en barreras a la entrada para potenciales participantes, según lo prevé el Considerando Tercero de las Instrucciones.

## II. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

6. En el numeral 4.5 de las Bases Administrativas, respecto de la evaluación de experiencia se menciona que obtendrá puntaje, cuya ponderación corresponde al 8%, quien demuestre “experiencia en el rubro”.

7. De acuerdo a lo resuelto por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en su sentencia N°77 “la exigencia de experiencia debe referirse en general a ‘experiencia relevante’ y no necesariamente en el rubro de recolección, transporte y disposición de residuos”.

8. Se hace presente, la necesidad de tener por suficiente la experiencia acreditada por los socios o profesionales de las empresas participantes en la licitación.

9. 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”.

10. Por lo indicado, se recomienda a esa I. Municipalidad establecer un mínimo de experiencia relevante, a fin de evitar reducir injustificadamente el número de potenciales participantes en los servicios que se licitan.

### III. DISCRECIONALIDAD

11. En las disposiciones generales de las Bases Administrativas, en la sección referida a la normativa aplicable, el literal g) hace mención que el contrato de servicios celebrado entre la Municipalidad de Pudahuel y el adjudicatario prevalecerá por sobre las anteriores en caso de un eventual conflicto ó discrepancias en la interpretación de la normativa aplicable, dentro de la que se encuentra la Ley N° 19.886, Ley de subcontratación, Ley N° 18695, entre otras.

12. Se hace presente que el contrato no puede estar por sobre la Ley, por lo que se recomienda corregir la letra g), considerando que además podría incrementar la incertidumbre de los potenciales oferentes.

13. Por su parte, el numeral 1.6 párrafo primero, menciona que “La I. Municipalidad de Pudahuel podrá modificar el itinerario de la licitación antes de la fecha de cierre de la propuesta en el portal Chilecompra, para ello se deberá modificar del decreto que autoriza el llamado a licitación”.

14. Asimismo, el numeral 4.5, en su párrafo primero, señala: “La I. Municipalidad de Pudahuel declarará desierta la propuesta (...) o las ofertas no resulten convenientes a los intereses de la Municipalidad”.

15. A su vez, el párrafo segundo, del citado numeral agrega: “La I. Municipalidad de Pudahuel se reserva el derecho de rechazar todas o algunas de las propuestas, si no las estimare convenientes para sus intereses, y el derecho de adjudicarla a cualquiera de los proponentes, si así conviniere a los intereses del Municipio, aún cuando no represente la oferta de menor costo, en dicho caso la adjudicación será fundada siempre que cumpla con los requisitos establecidos en las Bases Administrativas y en las Especificaciones Técnicas”.

16. En el mismo numeral citado anteriormente, las Bases Administrativas señalan que “La I. Municipalidad de Pudahuel se reserva el derecho de aceptar las ofertas que más convengan a sus intereses, como el rechazarlas todas sin expresión de causa (...)”.

17. 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”.

18. Más aún, a juicio de esta Fiscalía, el numeral 4.5 podría facultar a esa Corporación para desentenderse de los criterios de evaluación establecidos en las Bases de Licitación para la adjudicación de la propuesta, adjudicando la licitación a cualquier oferente válido, vulnerando el Resuelvo 7° de las Instrucciones Generales, el cual

dispone, que: "Las Bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación". En todo caso, debe tenerse presente que, tal como señala el Resuelvo en comento que "en la medida que ello no signifique una arbitrariedad, es lícito que las municipalidades (...) declaren desierto una licitación en aquellos casos en que ninguna de las propuestas se ajuste a sus necesidades...las municipalidades estarán obligadas a iniciar una nueva, ajustando las bases de la misma a las necesidades identificadas en el proceso declarado desierto".

19. 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".

#### IV. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

20. Las Bases Administrativas indican en su numeral 5.3, párrafo primero, que: "El adjudicatario podrá concertar con terceros la subcontratación parcial del contrato (...)".

21. La facultad conferida al oferente para subcontratar parte de la obras, permitiendo la ejecución del contrato por uno o varios operadores diferentes del adjudicatario original puede dar lugar a una reducción de la competencia efectiva en la fase de la licitación, ya que ciertas empresas que podrían acudir al proceso competitivo como licitadores, optarían por no hacerlo o, por participar en forma menos agresiva, prefiriendo actuar como subcontratistas, con la consiguiente relajación de las condiciones de competencia de la licitación.

22. Sobre el particular, se hace 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.

## V. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

23. En el párrafo 8 del numeral 4.5, contenido en las Bases Administrativas, se menciona que: “La I. Municipalidad de Pudahuel se reserva el derecho de aceptar las ofertas que más convengan a sus intereses, como rechazarlas todas sin expresión de causa, renunciando, desde ya, los oferentes al ejercicio de acciones civiles de indemnización de perjuicios, con ocasión de no haber resultado adjudicados”.

24. Igualmente, en el numeral 7 del Formato N° 2 adjunto a las Bases, se exige al proponente declarar que “renuncia expresamente a cualquier indemnización, en caso de no ser adjudicado con la propuesta que se regula en las presentes Bases”.

25. Además, el numeral 4.6 dispone que “Si el contrato no se suscribiere dentro de los 40 días corridos siguientes a la fecha de notificación al oferente favorecido, por causa imputable a la Ilustre municipalidad de Pudahuel, el oferente tendrá derecho a desistir de su oferta y a retirar los antecedentes y documentos presentados, renunciando desde ya a iniciar cualquier acción de perjuicios por este concepto”.

26. 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, se contraviene 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 (...)”.

## VI. OTROS

27. En el párrafo primero de la sección “Calidad Técnica de los bienes y Servicios”, del numeral 4.5, se hace referencia a los puntos 5.1, 5.2 y 7.1 de las Especificaciones Técnicas, no existiendo dichos numerales.

28. En el mismo numeral, respecto de la pauta de evaluación, al presentar la evaluación de vehículos se asigna puntaje al no cumplimiento.

29. Además, respecto a la manera de calcular el puntaje final, se establece la siguiente fórmula:

$$PF=(Poe*w)+Pct*(x1+x2+x3+x4+x5+x6)+(Pex*y)+(Cpd*z)$$

30. Pero previamente se establece una ponderación para las seis categorías de la Calidad Técnica de los Bienes y Servicios, por lo que la formula debiese considerar los diferentes puntajes que se pueden obtener en las categorías existentes, de esta forma, la

fórmula debiese ser:

$$PF = Poe * w + Pct1 * x1 + Pct2 * x2 + Pct3 * x3 + Pct4 * x4 + Pct5 * x5 + Pct6 * x6 + Pex * y + Cpd * z$$

31. La numeración de las Bases Técnicas presenta inconsistencia. Lo anterior podría incrementar la incertidumbre de los potenciales oferentes, por lo que se recomienda revisar y corregir.

32. Por último, 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".

Saluda atentamente a usted,

Por orden del Fiscal Nacional Económico,

  
 **CRISTIÁN REYES CID**  
**SUBFISCAL NACIONAL (S)**

Abogada FNE  
Ximena Castillo  
Fono: 7535602 - 604