

ORD. N°: 1406 /

**ANT.:** Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases Administrativas para la Licitación Pública del Servicio de Recolección y Transporte de Residuos Sólidos Domiciliarios, Vegetales, Escombros y Ferias Libres; Barrido y Aseo de calles, Aceras y Veredas, Sumideros de Aguas Lluvias, Mantención Urbana y Emergencias, y; de Disposición Final en Vertedero o Relleno Sanitario; en la Comuna de Los Andes. Rol N° 1755-10 FNE.

Su Ord. N°000530, de 1 de septiembre de 2010, recibido el día 6 de septiembre de 2010.

**MAT.:** Informa.

**Santiago, 01 OCT. 2010**

**DE : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO**  
**A : SR. MAURICIO NAVARRO SALINAS**  
**ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE LOS ANDES**  
**ESMERALDA 536. LOS ANDES.**

Con fecha 6 de septiembre de 2010, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas Generales, Especiales y Anexos para la Concesión de Servicios de Recolección y Transporte de Residuos Domiciliarios, Vegetales, Escombros y Ferias Libres; Barrido y Aseo de calles, Aceras y Veredas, Sumideros de Aguas Lluvias, Mantención Urbana y Emergencias, y; de Disposición Final en Vertedero o Relleno Sanitario, todas para la Comuna de Los Andes, 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), dictadas de conformidad al Decreto Ley N° 211, sobre Defensa de la Libre Competencia.

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

## **I. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES**

1. El inciso final del artículo 11 de las Bases Administrativas Especiales sometidas a consulta señala, para el caso que el Director de Medio Ambiente reitere una instrucción observada por el contratista, que: *“la empresa o contratista podrá apelar ante el Alcalde, quien resolverá sin ulterior recurso...”*.
2. Al respecto, hacemos presente que el resuelvo octavo de las Instrucciones previene respecto de la renuncia anticipada de acciones legales, jurisdiccionales y/o administrativas, en especial la de aquellas que son irrenunciables. En efecto, éste 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...”*.
3. A su vez, el considerando cuarto de las mismas instrucciones agrega que: *“la incorporación en las bases de licitación de cláusulas o disposiciones de renuncia anticipada de acciones legales, jurisdiccionales y/o administrativas (...) además de desincentivar la participación de oferentes en estos procesos al introducir un elemento de incertidumbre, podría vulnerar normas de orden público...”*.
4. Por su parte, el artículo 15 inciso 4° de las mismas Bases Especiales, señala que *“En caso de controversia entre el concesionario y la Dirección de Medio Ambiente, respecto de la detección de las deficiencias del Servicio, podrá*

*apelarse en única instancia al Alcalde dentro de las 48 horas siguientes, quien resolverá dentro de dos días hábiles”.*

5. En el mismo sentido, el artículo 17 de las Bases Especiales, que en los incisos 4 y 5 de la sección “Definiciones” contempla el derecho del concesionario de apelar, ante el Director de Medio Ambiente, de las multas que le fueren aplicadas y de recurrir, a su vez, contra la decisión del Director, ante el Alcalde. Sin embargo, la apelación ante el Director debe ser hecha al día siguiente de que le es notificada la multa (plazo que se entiende de días corridos de acuerdo al artículo 2 de las mismas Bases), y luego, de querer recurrirse de la resolución a la que arribe el Director, debe apelarse ante el Alcalde ‘sin ulterior recurso`, y sin que se exprese el plazo dentro del cual debe deducirse esta apelación.
6. Sin perjuicio que los considerando cuarto y resuelvo octavo referidos previamente resultan plenamente aplicables también a estas cláusulas, hacemos presente, además, que el plazo concedido para la apelación, que es un plazo de horas, podría amagar, en términos materiales, el derecho que formalmente otorga dicho artículo para recurrir respecto de la detección de una deficiencia. Basta imaginar que la deficiencia detectada sea notificada al concesionario antes de un día inhábil, cuestión que podría producir la indefensión del concesionario. Esto, tal como ha advertido el Tribunal en sus Instrucciones, puede desincentivar la participación de oferentes en el proceso.

## **II. PUBLICACIÓN**

7. El punto 2 de las Bases Generales allegadas a esta Fiscalía, en que se describe el llamado a licitación, señala que el Decreto Alcaldicio de aprobación de las bases “*será publicado a través del portal [www.mercadopublico.cl](http://www.mercadopublico.cl) ...”*, medida de publicidad que, aun cuando pueda resultar útil, no satisface las exigencias establecidas.

8. 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.”*

### **III. OFERTA DE LOS SERVICIO**

9. De acuerdo con las Bases remitidas a esta Fiscalía, se licitan en forma conjunta los servicios de recolección y transporte de residuos domiciliarios sólidos, y el de retiro y transporte de vegetales, escombros y ferias libres.
10. Al respecto, el considerando séptimo de las Instrucciones de carácter general N° 1/2006 resalta la conveniencia de que, *“siempre que sea posible y no existan fundamentos que lo desaconsejen, las municipalidades efectúen licitaciones separadas para los servicios de recolección, transporte y disposición final de residuos; de aseo y limpieza de calles y de ferias libres; y el servicio de retiro y transporte de escombros y ramas, salvo que existan fundamentos en contrario”*.
11. Si bien es cierto que su tratamiento conjunto no necesariamente contraviene la instrucción citada, no lo es menos que tal ligazón debe encontrarse debidamente justificada, cuestión que las Bases no realizann.

### **IV. CRONOGRAMA DEL PROCESO**

12. El numeral 6 de las Bases Administrativas Generales presenta las fechas en que han de verificarse las diversas etapas del proceso licitatorio, indicando textualmente que:

- a. *La fecha de publicación será el 27 de septiembre de 2010*
- b. *Fecha de inicio de Preguntas 28 de septiembre de 2010*
- c. *Fecha final de Preguntas 01 de octubre de 2010*
- d. *Fecha de Publicación de Respuestas 08 de octubre de 2010*
- e. *Fecha de cierre de recepción de ofertas 29 de noviembre de 2010*
- f. *Fecha de acto de Apertura Técnica y Económica 30 de noviembre de 2010*
- g. *Fecha de Adjudicación del Servicio 7 de Diciembre de 2010*

13. Sin perjuicio de la necesidad de reprogramar las referidas fechas y mantener el lapso de tiempo que media entre ellas, en atención a que algunas se encuentran ya vencidas, se estima necesario efectuar algunas observaciones respecto del cronograma transcrito y su relación con algunos otros puntos especificados en las Bases.

14. En primer lugar, las Bases remitidas no contemplan un plazo cierto y determinado para el inicio de la prestación de los servicios licitados, una vez suscrito el contrato.

15. Si bien el artículo 10 de las Bases Administrativas Especiales señala que la *"implementación completa de los servicios"* se establecerá por las partes en el contrato, y agrega algunas obligaciones previas a dicho estado total de implementación; resulta que no se define una fecha explícita para el inicio de los servicios, lo que genera incertidumbre entre los potenciales oferentes.

16. Al respecto hacemos presente el Resuelvo 6° de las referidas Instrucciones, que establece 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.

17. 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>1</sup>
18. En segundo lugar, no resulta del todo claro el plazo en que los oferentes deben presentar sus propuestas. Así, mientras el inciso 2° del numeral 8° de las Bases Generales señala, por un lado, que *“las propuestas se recibirán y abrirán en un solo acto de carácter público el 30 de noviembre de 2010, a las 12:00 horas...”* agregando el inciso siguiente que luego de la hora señalada no se aceptarán propuestas; el numeral 6° establece, por otro, que la fecha del cierre de recepción de las propuestas es un día antes del acto de apertura, esto es, el 29 de Noviembre del mismo año.
19. La confusión detallada parece no sólo referirse a las fechas o plazos, sino que además a las formas de entrega de las propuestas y sus anexos, pues mientras el numeral 7° de las Bases Generales señala que la propuesta se presentará en soporte físico, a través de cajas o sobres, el artículo 6° de las Bases Especiales señala que deben presentarse como anexos a través del portal *“www.chilecompra.cl”*, sin especificar un plazo para su presentación. Es importante tener presente, respecto del formato de presentación de las propuestas, lo estatuido en los artículos 30, 33 y 62 del DS 250/2004 de Hacienda que aprueba el reglamento de la ley 19886, en los que se detalla prescribe fundamentar la recepción de propuestas en formato papel y establece las circunstancias que habilitan para hacerlo.

---

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

## V. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

20. La posibilidad de convenir modificaciones al contrato no amparadas en circunstancias objetivas y verificables, debidamente establecidas en las bases de licitación, se contraponen 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 Resolvo N° 1 de las Instrucciones de carácter general.
21. En tal sentido, cabe representar a esa I. Municipalidad que el literal c) del número 10.2 de las Bases Generales señala *“En caso que exista modificación del contrato y esto implique modificación de los montos, la boleta de fiel cumplimiento del contrato deberá ser modificada con el objeto de mantener el porcentaje establecido...”* sin advertirse en qué condiciones puede verificarse una alteración del contrato y sus respectivos montos, estableciendo mecanismos que no perjudiquen a la empresa adjudicataria, o altere las condiciones en que compitieron las demás oferentes o impida o desincentive la participación de eventuales oferentes en licitaciones futuras.
22. Por su parte, el artículo 2° de las Bases Especiales, al definir la voz ‘contrato’, señala que forman parte de él los *“demás documentos que determine la Municipalidad”*. Si el contrato es el acto jurídico que fija o establece los derechos y obligaciones que ligan a la Municipalidad y al contratista, es necesario que se especifiquen *ex ante* qué documentos lo integran o, a lo menos, se especifique que los documentos que la Municipalidad señale como parte del contrato no pueden alterar en forma unilateral los derechos y obligaciones que nacen para las partes.
23. En seguida, resulta pertinente advertir que el inciso final del artículo 10 de las mismas Bases establece que *“La implementación de los servicios deberá*

*contemplar las operaciones que involucren las actividades de reciclaje, recuperación y reutilización de residuos sólidos realizados por la Dirección de Medio Ambiente del Municipio a través del proyecto Punto Verde ubicado en el radio Urbano de la comuna, de acuerdo a las instrucciones emanadas de la ITS". El mencionado proyecto "Punto Verde" no resulta especificado en ninguna de sus condiciones a lo largo de las Bases, por lo que resultaría pertinente establecer condiciones a las instrucciones que imparta la ITS a ese respecto, de forma tal que restrinjan el riesgo de un uso discrecional de las mismas por parte de la Licitante.*

24. Luego, el artículo 11° inciso 4° de las Bases Especiales detalla que *"La I.T.S. estará facultada para exigir el cambio o traslado de cualquier equipo, empleados u operarios por incapacidad, fallas técnicas reiteradas u otros motivos que a juicio de aquella, lesiones la imagen o intereses del Municipio".* Dada la amplitud de las causales que puede esgrimir la Municipalidad para ejercer las facultades ahí detalladas, y teniendo presente que su ejercicio supondrá, las más de las veces, un costo para el contratista, se recomienda que las resoluciones que pronuncie la I.T.S. en tal sentido deban fundamentarse.
25. Más adelante, en la letra d) del artículo 2° del Anexo 2°, se detalla que: *"en casos de emergencia, en donde se produjeran derrames de materiales o suciedades en la vía pública de áreas no licitadas se solicitará la intervención vía orden de servicio para subsanarla dentro del plazo antes estipulado"* (2 hrs); a su vez, el literal siguiente del mismo artículo dispone que: *"La I.T.S. podrá solicitar al contratista, efectuar limpiezas especiales, aunque no se realicen en la vía pública, vía orden de servicio"*.
26. A pesar del uso del verbo solicitar en las disposiciones transcritas, las "órdenes de servicio" son definidas en el artículo 2° de las Bases Especiales, que las describen como una *"orden escrita emitida por la I.T.S. que debe ser cumplida por la empresa en el plazo y la forma requerida"*. De esta suerte, los ccesionarios deben observar, en el plazo y forma que determine esa

Corporación, órdenes que pueden exigir el cumplimiento de labores no comprendidas en el área o servicio licitado; todo ello sin necesidad de que las órdenes deban justificarse o señalen que, superada cierta proporcionalidad con los costos de operación normales del concesionario, tales ordenes obligarían a la Municipalidad a un pago adicional, etc.

27. Por su parte, el inciso primero del artículo 15° del anexo 2° señala que si al ejecutarse el proyecto presentado por la empresa éste resulta *“completa y claramente insuficiente para dar cumplimiento a los servicios licitados, será de cargo de la empresa todo requerimiento adicional que implique aumento de personal, vehículos, maquinarias, equipos y otros, si la I.T.S. estima que los servicios no se ejecutan el forma eficiente y adecuada. En este caso el contratista se obliga a incrementar en las cantidades referidas por la Municipalidad, el personal, vehículos, y otros, sin que ello signifique mayor costo para la Municipalidad”*.
28. El referido Proyecto, cuya insuficiencia al momento de la ejecución o cuya ejecución ineficiente puede gatillar las consecuencias descritas en el párrafo anterior, debe cumplir con la cantidad y calidad de equipamiento que le exige el artículo 5° del mismo anexo (1 camión tolva, 10 contenedores de 770 lt., 34 de máximo 180 lt, una barredora mecanizada, etc.) y ser aprobado por la I.T.S. antes de comenzar su ejecución.
29. Ahora, aun cumpliendo con las cantidades exigidas por el Municipio en las bases –cantidades que le permitieron, en calidad de oferente, proyectar los costos asociados a su operación-, y aprobadas dichas cantidades por la I.T.S en el proyecto, si luego a juicio de la I.T.S esas cantidades por ella prefijadas y pre aprobadas son insuficientes, entonces el concesionario debe aumentarlas en cuanto la I.T.S. señale, sin costo alguno para la Municipalidad.
30. La situación descrita abre claramente un flanco para que la entidad licitante pueda imponer de manera discrecional un aumento sustancial en los costos de operación del adjudicatario. Ello, como se expresó, podría redundar en una

limitación *ex ante* de la competencia por la prestación de los servicios. Por las razones expresadas, se recomienda a esa Corporación subsanar los riesgos de discrecionalidad contenidos en las disposiciones citadas.

## **VI. DISCRECIONALIDAD**

31. El numeral 11° de las Bases Generales señala que *“La ‘Comisión de Evaluación’ deberá recomendar al Alcalde la propuesta más conveniente de acuerdo a la tabla de evaluación establecida en la bases, proponiéndole en todo caso, una terna, en la que se indicará: a) Nómina de las propuestas aceptadas en la Licitación y de aquellas rechazadas; b) Orden de prelación de las ofertas de acuerdo a los criterios de selección establecidos en las bases, comenzando por el mejor puntaje.”*. A su vez, el literal a) del número 13° de las mismas Bases detalla que *“La propuesta se entenderá adjudicada, cuando el Mandante se pronuncie oficialmente a través de la Comisión Evaluadora, ello de conformidad a la pauta explicada en estas bases”*.
32. Esta Fiscalía observa una posible antinomia entre ambas disposiciones, en cuanto la primera de ellas establece que la función de la Comisión consiste en recomendar al Alcalde, en terna, la propuesta más conveniente; mientras que el segundo señala a la Comisión Evaluadora como la encargada de pronunciarse en forma definitiva respecto de la propuesta a adjudicar.
33. Se recomienda, en tal sentido aclarar cuál es el mecanismo de adjudicación y, en caso que sea la decisión final recaiga sobre el Alcalde, establecer qué criterio debe usar la referida autoridad para definir cuál de entre las propuestas de la terna será en definitiva la escogida.
34. En tal sentido, se recuerda a esa I. Municipalidad que la adjudicación de la licitación debe hacerse a aquel oferente que obtenga el mayor puntaje 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 respectivo reglamento.

## VII. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

35. El artículo 7.2 de las Bases Especiales remitidas a esta Fiscalía señalan que *“El Capital Social como igualmente de las personas naturales, no podrá ser inferior a \$100.000.000 (cien millones de pesos), suscritos a la fecha de la apertura de la presente Licitación comprobadas, mediante las Escrituras Sociales, Certificado de Patrimonio actual extendido por una entidad bancaria o financiera con no más de 30 (treinta) días de vigencia a la fecha de apertura de la propuesta”*.
36. Las Instrucciones impartidas por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia señalan, en su considerando Tercero, que *“...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 naturaleza, debe evitarse en las bases el uso de cláusulas que exijan, por ejemplo, contar con un capital mínimo no razonable o desproporcionado...”*
37. Agregan las citadas Instrucciones, en su resuelvo 6°, que *“Las Municipalidades no podrán imponer a los interesados exigencias que otorguen ventajas artificiales que reduzcan injustificadamente el número de potenciales participantes en la licitación respectiva”*.
38. Esta Fiscalía estima que la cláusula del artículo 7° transcrita infringe en ambos aspectos las Instrucciones. El primero, por cuanto resulta claramente desproporcionado exigir un capital social mínimo de cien millones de pesos para postular, por ejemplo, por el servicio de barrido y aseo de calles, servicio que puede adjudicarse por un pago máximo de quince millones mensuales por parte de la entidad licitante.

39. En cuanto a que las Bases exijan un capital mínimo fijo, sin desagregarlo por los servicios a los que postulan los oferentes, esta Fiscalía estima importa la imposición de una ventaja artificial en favor de los postulantes que cuentan con mayor patrimonio. Ello, por cuanto los oferentes deben contar con un capital social de cien millones de pesos sea que postulen a un solo servicio por un monto mensual de 15 millones de pesos (situación en la que se encontraría quien postula a proveer el servicio de disposición o de barrido) o 70 millones mensuales (hipótesis en la que se hallaría quien postula por los tres servicios licitados).

#### **VIII. OTRAS OBSERVACIONES**

40. En diversas disposiciones existen referencias erróneas o que remiten a artículos inexistentes, lo que podrían resultar confuso y eventualmente incrementar los niveles de incertidumbre que enfrentan potenciales oferentes, por lo que se recomienda enmendarlas.

Finalmente, hago presente a ese Municipio que, 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.”* Por lo tanto, solicito a usted remitir todos los documentos que se refieran al proceso licitatorio incluidos los anexos.

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,



**FELIPE IRARRÁZABAL PHILIPPI**  
**FISCAL NACIONAL ECONÓMICO**

Juan Correa S.  
Fono: 7535620