

116

ORD. N°:

1438 ✓

**ANT.:** Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases Administrativas y Técnicas para la contratación de "Servicio de Recolección de Residuos Sólidos Domiciliarios, Barridos del Calles y su Transporte al Relleno Sanitario Autorizado" Comuna de Machali. Rol N° 1756-10 FNE.

Su Ord. N°702, de 03 de septiembre de 2010, recibido el día 07 de septiembre de 2010.

**MAT.:** Informa.

Santiago, 07 OCT. 2010

**DE :** FISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)  
**A :** SR. JOSÉ MIGUEL URRUTIA CELIS  
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE MACHALI  
PLAZA DE ARMAS N°11.  
MACHALÍ. VI REGIÓN.

Con fecha 07 de septiembre de 2010, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas y Técnicas para la Licitación Pública del "Servicio de Recolección de Residuos Sólidos Domiciliarios, Barridos de Calles y su Transporte al Relleno Sanitario Autorizado", más sus respectivos anexos y planos, 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. CRONOGRAMA DEL PROCESO

1. Las Bases Administrativas señalan en su articulado diversos hitos del proceso licitatorio, no indicando, sin embargo, las fechas para cada uno de ellos, excepto las contempladas para el inicio del proceso, programada para el 1 de octubre de 2010, y para el inicio de venta de las bases a los interesados, programada para el día 10 del mismo mes y año.
2. El Resuelvo 6° de las referidas Instrucciones 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.
3. 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>
4. Finalmente, se recomienda a esa I. Municipalidad, incorporar a las Bases un cronograma detallado, que contemple todos los hitos relevantes del proceso, como son, por ejemplo: fecha de publicación del llamado a

---

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

licitación, de presentación de las ofertas, de adjudicación, de suscripción del contrato, de inicio de los servicios, etc.

## II. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

5. El numeral 10.8 de las Bases Administrativas (repetido literalmente en el artículo 14 de las mismas) presenta los criterios de Evaluación conforme a las cuales se realizará la adjudicación del servicio:

Criterios	Ponderación
Oferta Económica	80%
Oferta Técnica	20%
B.1) Experiencia Relevante de la Empresa, en el área y en particular en servicios de similar tipo	50ptos
B.2) Mano de Obra	40 pts
B.3) Equipos	50 pts
B.4) Cumplimiento norma ISO 14.000	50 pts
<b>Total</b>	<b>100%</b>

6. Al respecto, solicito a esa I. Municipalidad que con el objeto de dotar al proceso de mayor certeza y transparencia especifique en las bases el método de evaluación de todos los aspectos contenidos en la oferta técnica.
7. En ese sentido, cabe hacer presente que el artículo 39 de las Bases Administrativas establecen que *"...se considerará objetivamente como factor positivo y objetivo a considerar, que la empresa podrá, dentro de su oferta presentar un programa que involucre medidas tendientes a mejorar el*

*Medio Ambiente...*”, agregando el artículo siguiente que considera “*como un elemento o parámetro positivo a considerar*” la inclusión en la oferta de lo que denomina “Cobertura a la Comunidad”.

8. Sin embargo, ninguno de los parámetros antedichos han sido incluidos entre los criterios de evaluación ni se les señala ponderación alguna, por lo que, en atención a la exigencia de objetividad de los criterios, de igualdad de condiciones para los oferente y de asegurar el mayor grado posible de transparencia en el proceso, se recomienda a esa Corporación especificar en qué forma –si no es otorgando puntaje- podrá incidir como factor positivo la inclusión de los parámetros o aspectos contemplados en los artículos 39 y 40 referidos.

### III. EXPERIENCIA

9. El artículo 11 de las Bases Administrativas señala que “*podrán participar en las presente licitación...las personas naturales o jurídicas...que demuestren y acrediten experiencia en las actividades objeto de esta licitación...*”.
10. La Fiscalía estima que el artículo señalado reduce injustificadamente el número de potenciales participantes en la licitación. En efecto, el Considerando Quincuagésimo quinto de la Sentencia N°77/2008 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, establece que “*atendido que la recolección, transporte y disposición de residuos no es un rubro particularmente sofisticado desde el punto de vista tecnológico, este Tribunal considera que la exigencia que debiera hacerse en un proceso de licitación como el que motiva esta causa, debiera referirse más bien a “experiencia relevante” y no necesariamente en el rubro de los servicios que se licitan propiamente tales*” (énfasis agregado).

11. Adicionalmente, hacemos presente a usted que la aplicación práctica de esta exigencia debe realizarse de manera tal que dicho requisito no se constituya en una barrera a la entrada al mercado para nuevas empresas. En consecuencia, sugerimos tener por suficiente la experiencia acreditada por los socios o profesionales de las empresas participantes en la licitación.

#### **IV. DISCRECIONALIDAD**

12. El numeral 10.1 de las Bases Administrativas establece que *“La licitación será adjudicada al o los oferentes que, junto con cumplir las exigencias técnicas y administrativas que se establecen en las Bases, le signifiquen un servicio de calidad a la Municipalidad”* (el subrayado es nuestro).

13. Seguidamente, el numeral 10.8 en su letra C, puntualiza que, en caso de empate, se utilizarán como criterios de desempate, el menor precio ofrecido, el menor plazo para la ejecución de obras, o dirimirá el Sr. Alcalde, previo informe de la comisión evaluadora.

14. En relación a las cláusulas observadas, resulta pertinente traer a colación la Resolución N° 13/2006 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, donde se 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, disminuye la competencia ex ante”*.<sup>2</sup>

15. Cláusulas como las señaladas vulneran, además, el Resolvo N° 7 de las Instrucciones de Carácter General, el cual dispone, además, que: *“Las*

---

<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.

*bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación”.*

16. En síntesis, esta Fiscalía considera que las Bases de Licitación deben entregar reglas uniformes, que, cumpliendo los requerimientos de ese municipio, permitan evaluar en forma objetiva las propuestas de los oferentes. Por tanto, las bases deben ser diseñadas de tal manera de evitar incorporar elementos discrecionales en el actuar de la autoridad.

## **V. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES**

17. El Art. 26.2 de las Bases Administrativas que se remitieron a esta Fiscalía dispone que para el caso de ser multado el contratista, la multa le será comunicada por el Director de Aseos y Jardines, pudiendo el prestador del servicio apelar (en rigor, reponer) de la multa impuesta ante éste mismo y, de la resolución del Director, puede apelar ante el Alcalde.

18. Pues bien, el punto 9 del mismo artículo dispone que pendiente la resolución de una apelación *“la Dirección de Aseo y Jardines no dará curso al Estado de Pago, salvo que el contratista renuncie a su derecho de apelación por escrito”.*

19. Respecto de lo dispuesto en este último artículo, la Fiscalía estima que retener el pago pendiente la apelación, salvo desistimiento del recurso, denota una arquitectura procesal destinada a utilizar la prestación debida por esa Corporación como un medio de apremio para renunciar al uso legítimo de un derecho. Máxime cuando, de confirmarse la multa, ésta podría hacerse efectivas en el Estado de Pago correspondiente al mes siguiente, reajustado si fuere necesario.

20. En relación con la renuncia de acciones, resulta pertinente reproducir el considerando cuarto de las Instrucciones, donde se señala 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...”*.

## **VI. INMUTABILIDAD DE LAS BASES**

21. 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, garantizados por el Resolvo N° 1 de las Instrucciones.

22. En tal sentido, cabe representar a esa I. Municipalidad que el art 1.5 de las Bases Administrativas señala que *“el oferente adjudicado deberá ceñirse a las disposiciones que le competan del Reglamento de Funcionamiento del mismo [relleno sanitario la Yesca], del cual se le entregará copia al momento de la firma del contrato”*

23. Al respecto, cabe hacer presente que el referido reglamento hará surgir obligaciones para el oferente adjudicatario, obligaciones de las que no tendrá conocimiento sino hasta el momento de suscribir el contrato, a cuya suscripción está, a su vez, obligado. Por ello, es posible afirmar que el oferente, al momento de presentar su oferta, se convierte en sujeto pasivo de obligaciones cuyo contenido desconoce.

24. Por lo anterior, se recomienda a esa Municipalidad acompañar a las bases una copia del reglamento respectivo o, al menos, señalar que las obligaciones que nacen de dicho cuerpo normativo para el oferente adjudicatario no pueden alterar la conmutatividad de la referida licitación.
25. En seguida, las Bases Administrativas establecen, en su artículo 7.2.B, que *“los residuos provenientes del barrido de calles deberán ser transportados por el contratista hacia el Relleno Sanitario autorizado o el lugar que determine la municipalidad”* (énfasis agregado).
26. Al respecto cabe sugerir a esa I. Municipalidad que, de modo tal de evitar que la cláusula transcrita pueda importar –durante la ejecución del contrato– una mutación en las condiciones de licitación de los servicios, agregar seguidamente que lo establecido es sin perjuicio del pago por parte del municipio del costo por kilómetro adicional de Transporte que el oferente hubiere acompañado a su propuesta.
27. Luego, el artículo 17 de las Bases Administrativas establece que el contrato en que se concesiona el servicio será redactado por el Departamento de Contratos de la Asesora Jurídica del Municipio y que *“contendrá las cláusulas que se estimen necesarias para salvaguardar los intereses municipales”*. El contrato debe suscribirlo el adjudicatario *“dentro de los tres (cinco) días hábiles”*, so pena de dejar sin efecto la adjudicación y hacer efectiva la garantía.
28. La situación descrita abre claramente un flanco para que la entidad licitante pueda imponer de manera discrecional y unilateral una convención que redactará ella, con las cláusulas que estime necesarias para salvaguardar sus intereses, cuyo contenido no podrá ser discutido u observado por el adjudicatario y que, por último, debe éste firmar en un plazo no especificado

debidamente, pues se señala que el adjudicatario cuenta para ello con “tres (cinco)” días hábiles.

29. Todo lo anterior, 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.

## **VII. DURACIÓN DEL CONTRATO**

30. El artículo 6 de las Bases Administrativas señala que el contrato durará 4 años a partir de la fecha de inicio del servicio. El inciso segundo del mismo artículo advierte que a la fecha de término del mismo, si por razones de urgencia el mandante requiriera ampliar el plazo del contrato, deberá comunicarlo al adjudicatario con una anticipación de 30 días.

31. Sin embargo, de verificarse la hipótesis de hecho contenida en la norma, las Bases no señalan por cuánto tiempo podrá extenderse el contrato ni de quién es resorte tal decisión ni qué constituyen razones de urgencia.

32. Ello es particularmente grave si se considera, por una parte, la necesaria certidumbre sobre el objeto licitado que han de tener todos los eventuales interesados y, por otra, la duración normal del ciclo de negocio, asociado a la depreciación de los activos que requiere.

33. Para ajustarse a las Instrucciones, el eventual período de prórroga debe ser determinado, breve –no superior a seis meses- y sólo en caso de circunstancias especiales de buen servicio, apreciables objetivamente.

34. Lo anterior, considerando la necesaria certidumbre sobre el objeto licitado que han de tener todos los eventuales oferentes. En efecto, mayores niveles de incertidumbre atentan contra la transparencia del proceso y el libre acceso.

## **VIII. OFERTA DE LOS SERVICIOS.**

35. 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 barrido y aseo de calles.

36. 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”*.

37. Si bien es cierto que el tratamiento conjunto de los servicios no necesariamente contraviene la instrucción citada, no lo es menos que tal ligazón debe encontrarse debidamente justificada, cuestión que las Bases no realizan.

## **IX. DESIGNACIÓN OBLIGATORIA DE RELLENO SANITARIO**

38. Cuando el servicio de disposición de los residuos domiciliarios es objeto de licitación, corresponderá al concesionario, y no al municipio la elección del relleno sanitario a utilizar, toda vez que una eventual imposición del mismo puede resultar discriminatoria respecto de aquellos oferentes cuyos costos alternativos de disposición de residuos sean menores en otros vertederos.

39. Aparentemente, las bases remitidas observan debidamente esta instrucción, pues ponen los costos de la disposición de los residuos de cargo del municipio. Así lo especifican el inciso 2° del artículo 1.5 y el literal a) del artículo 7.1.

40. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 3° de las Bases Administrativas y el punto 1.2.e) de la sección N°1 de las Bases Técnicas, el concesionario tiene obligación de nivelar el terreno del vertedero designado, mediante el uso de maquinaria tipo Bulldozer en el borde del Río Cachapoal, y tiene obligación de mantener dicho vertedero según las condiciones establecidas en un convenio suscrito entre el municipio que remite las bases y su par de Rancagua, convenio que se declara "adjunto", sin que figure entre los anexos.
41. Como se observa, las declaraciones hechas en los artículos 1.5 y 7.1 de las Bases Administrativas en cuanto a que el costo de disposición de los residuos serán de cargo de la entidad licitante, parecen no ser tan claras. Y, como advertimos, era esta circunstancia la que mitigaba la imposición obligatoria de un vertedero.
42. Las obligaciones descritas podrían suponer costos para adjudicatario difíciles de prever o calcular al momento de presentar su propuesta y, de esta forma, limitar injustificadamente la cantidad de oferentes potenciales.
43. Es por ello que se solicita a esa corporación, de un lado, justificar la designación obligatoria de un vertedero en Rancagua que debe ser refaccionado y mantenido por el licitante de un servicio que, al menos en principio, no incluye la disposición final de residuos.
44. Por otro lado, se solicita a esa Municipalidad allegar a las bases la mayor cantidad de antecedentes posibles sobre el convenio suscrito y sobre las labores que deben realizarse en el vertedero por parte del contratista, de modo de facilitar el cálculo de costos para los oferentes.

## **X. PUBLICACIÓN**

45. 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.”*

46. Así, aun cuando –como reconocen las Bases- sea aplicable a la materia lo dispuesto en la ley 19.886, cuyo alcance se extiende a los municipios conforme al artículo 66 de la LOCM, y en dicha normativa se prescriba publicar el llamado a licitación por medio de los sistemas electrónicos establecidos en esa ley, debe tenerse presente que las publicaciones establecidas en el resuelto 3° son obligatorias, sin perjuicio de que a ellas pueda adicionarse la publicación del llamado por medio de [www.mercadopublico.cl](http://www.mercadopublico.cl).

## **XI. OTRAS OBSERVACIONES**

40. En una enorme cantidad de disposiciones existen referencias erróneas, artículos que remiten a otros inexistente o repeticiones de disposiciones, lo que –además de dificultar su revisión- podría 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,



  
**JAIME BARAHONA URZÚA**  
**FISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)**

Encargado FNE  
Juan Correa S.  
Fono: 7535604