

**ORD. N°** 0995  
**ANT.:** Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases para "Concesión de los Servicios de Recolección, Transporte y Disposición de Residuos Sólidos Domiciliarios y Limpieza de Espacios Públicos en la Comuna de Chillán". Rol N° 1920-11 FNE.  
**MAT.:** Informa.

**Santiago, 21 de julio de 2011**

**DE : SUBFISCAL NACIONAL**

**A : SR. SERGIO ZARZAR ANDONIE  
ALCALDE  
I. MUNICIPALIDAD DE CHILLÁN  
CALLE 18 DE SEPTIEMBRE N° 510, SEGUNDO PISO  
CHILLÁN  
BIOBÍO**

Con fecha 22 de junio de 2011, se ha recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas y Técnicas para la "Concesión de los Servicios de Recolección, Transporte y Disposición de Residuos Sólidos Domiciliarios y Limpieza de Espacios Públicos en la Comuna de Chillán", de la comuna de Chillán, 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").

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

#### **I. PUBLICACIÓN**

1. 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."

#### **II. OFERTA DE LOS SERVICIOS**

2. Las Bases analizadas tienen por objeto licitar, de manera conjunta, los servicios de Recolección, Transporte y Disposición de Residuos Sólidos Domiciliarios y Limpieza de Espacios Públicos.

3. El considerando séptimo de las Instrucciones de carácter general N° 1/2006 dispone que resulta conveniente 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".

4. Al respecto, la Fiscalía recomienda a ese Municipio, como una manera de generar mayor competencia en el servicio de "usualmente barrido y limpieza", permitir ofertas separadas para el mismo, habida consideración de que su escala de negocio es muy distinta a los otros servicios licitados. Sin perjuicio que, producto de mejores ofertas, un oferente pueda adjudicarse la totalidad de los servicios licitados.

### III. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

5. El artículo 22.1 de las Bases Administrativas Especiales titulado "Definiciones y Montos", señala, respecto de la apelación efectuada al Sr. Alcalde de la Comuna por sanciones impuestas (multas), que "[l]a resolución del Alcalde será inapelable". En la misma dirección artículo 22.2 de las señaladas Bases, entre otros.

6. Esta Fiscalía cumple en señalar que la renuncia anticipada de acciones legales, jurisdiccionales y/o administrativas, en especial las que son irrenunciables, vulnera el Resuelvo octavo de las Instrucciones, que 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 (...)". La citada renuncia 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 cuarto.

### IV. DEFINICIÓN DE SERVICIOS LICITADOS

7. El artículo 2.1 de las Bases Técnicas Especiales, en el apartado denominado "Zona N° 3" señala que: "Para el ítem f), el contratista deberá dotar al Municipio de 60 contenedores, los cuales deberán cumplir todas las condiciones sanitarias e higiene, los cuales se ubicaran en aquellos lugares que destine la ITS, o aquellos sectores en donde

no pueda acceder el Camión recolector"; y en el apartado denominado "Zona N° 4" que: "En esta zona el Oferente deberá considerar la utilización de contenedores que cumplan con las siguientes características (...)"

8. El artículo 3.1 de las Bases Técnicas Especiales, en la letra c), señala que: "En esta Sub Zona, se deberá ofertar Contenedores nuevos, y en una cantidad de 4.000 (4.000 roles o propiedades)", para señalar en la letra e) que: "El proyecto de operación de la Zona N° 4 deberá incluir: Ubicación de contenedores multipropósito (servicio que se realizará con el uso de contenedores de 360 litros, que serán ubicados en calles, caminos o pasajes (...)"

9. El Resuelvo 2° de las Instrucciones Generales dispone que: "En los procesos de licitación, deberán definirse en forma explícita los distintos servicios que se licitan". Esta disposición tiene por objeto minimizar los niveles de incertidumbre permitiendo una mayor participación de oferentes al existir claridad respecto del tipo de servicio que requiere el licitante. En este sentido, la prestación de los servicios señalados anteriormente, como son los contenedores, debiesen estar especificados en el objeto de la licitación y definidos detalladamente.

#### V. DISCRECIONALIDAD

10. El artículo 20 de las Bases Administrativas Generales dispone que: "La Municipalidad, previo Decreto Alcaldicio fundado, se reserva el derecho a rechazar todas las ofertas o aceptar cualquiera de ellas, aunque no sea la más baja y contratar parcialmente las obras ofertadas, no dando lugar por estos motivos a indemnización de ninguna clase o especie".

11. El artículo siguiente manifiesta que: "En casos de que en el Acto de apertura no se presenten ofertas, o bien cuando éstas no resulten convenientes a sus intereses, la Municipalidad fundadamente declarará, por Decreto Alcaldicio, desierta la licitación".

12. El artículo 21.1 expresa que: "La adjudicación se hará en un plazo estimado no superior de treinta (30) días corridos después de abierta la propuesta, seleccionando al oferente que presente la oferta más viable y conveniente al interés de la Municipalidad, aún cuando no sea la de menor valor".

13. El artículo 21.3 señala que: "La Municipalidad se reserva el derecho a rechazar una o todas de las ofertas e incluso, declarar desierta la licitación con expresión fundada de causa, si así le pareciera más conveniente a sus intereses, no dando lugar a reclamos ni derechos a indemnización alguna a los oferentes". En el mismo sentido

artículo 13.2. de las Bases Administrativas Especiales.

14. El artículo 40 de las señalas Bases Administrativas Generales expresa que: "Sin perjuicio de lo dispuesto en la presentes Bases Administrativas la municipalidad podrá, con el fin de llevar a un mejor término la obra contratada, ordenar modificación o paralización temporal de obras, las que deberán ser aprobadas por Decreto Alcaldicio (...)"

15. El artículo 41 señala que: "No obstante, a exclusivo juicio de la Municipalidad podrá esta ordenar obras extraordinarias o el empleo de materiales no considerados a precios unitarios convenidos (...)"

16. El artículo 45 manifiesta que: "La ejecución de Nuevas Obras ya sean Obras extraordinarias o Aumento de Obras, dará derecho a un aumento del plazo contractual a convenir por las partes".

17. El artículo 49 señala que: "La Municipalidad se reserva el derecho a rechazar a este profesional o Jefe de Obras si lo estima conveniente, como garantía para la correcta ejecución de los trabajos. Esta medida podrá hacerla extensiva a cualquier trabajador".

18. El artículo 63 expresa que: "La I.T.O., informará a la autoridad que corresponda, las modificaciones de obras que sean necesarias ejecutar, no pudiendo ordenar su ejecución hasta no contar con la aceptación de ellas, por parte de dicha autoridad. El informe respectivo deberá hacerse con la debida antelación".

19. El artículo 8 de las Bases Administrativas Especiales expresa que: "la Municipalidad se reserva el derecho a hacer aclaraciones, enmiendas o rectificaciones a las Bases Administrativas, Generales y Especificaciones Técnicas y demás antecedentes de esta licitación (...)"

20. El artículo 14.2 de las Bases Administrativas Especiales, en su parte final, señala que: "El estudio y selección de las ofertas lo efectuará la Comisión Evaluadora, designada por el Municipio. Dicha Comisión levantará un "Informe de Evaluación" estableciendo un orden de prelación de las ofertas más convenientes para el Municipio, y recomendará al Sr. Alcalde la adjudicación":

21. El artículo 21.3. de las señalas Bases señala que: "la Dirección de Aseo y Ornato podrá, a solicitud del Contratista o por iniciativa propia, efectuar modificaciones a

los Programas de Trabajo, siempre que ello signifique mejorar la calidad de los servicios contratados y no demande un mayor precio de los mismos”.

22. Al respecto, esta Fiscalía puede señalar que, de conformidad a lo dispuesto en el Resuelvo 7 de las Instrucciones de Carácter General, “Las bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación (...)”.

23. Por su parte, 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”.

24. En consecuencia, conforme lo señalado en las Instrucciones y la citada Resolución, resulta necesario asegurar la debida transparencia de la actuación municipal, eliminando la discrecionalidad en su proceder. Específicamente:

- **INMUTABILIDAD DE LAS BASES:** La posibilidad de convenir modificaciones al contrato no amparadas en circunstancias objetivas y verificables (como por ejemplo, aumento del número de viviendas que deben ser atendidas, como consecuencia de la construcción de nuevos conjuntos habitacionales) 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 Resuelvo N° 1 de las Instrucciones de carácter general.

- **DESESTIMACIÓN OFERTAS U OTROS:** La selección del proponente que se adjudicará la licitación, la desestimación de las ofertas y las causales de resolución del contrato deberán fundarse de manera objetiva en base a criterios previamente establecidos en las bases.

- **DISCRECIONALIDAD PARA ELEGIR PROPUESTA GANADORA:** A juicio de esta Fiscalía, algunos de los artículos citados podrían facultar a esa Corporación para desentenderse de los criterios de evaluación establecidos en las Bases para la adjudicación de la propuesta, adjudicando la licitación a cualquier oferente válido, vulnerando así el mencionado resuelvo 7° de las Instrucciones de Carácter General.

25. 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."

26. En consecuencia, conforme lo señalado en las Instrucciones y la citada Resolución, resulta necesario asegurar la debida transparencia de la actuación municipal, eliminando la discrecionalidad en su proceder.

#### VI. FALTA DE CLARIDAD

27. Si bien las "Bases Administrativas Generales" son de aplicación para cualquier tipo de contrato a suma alzada a que celebre esa Municipalidad, lo cierto es que algunas de sus disposiciones no se adecuan correctamente a los servicios licitados en el presente proceso licitatorio.

28. En efecto, las Bases Administrativas Generales utilizan términos como "obra", "Ejecución de la obra", "Recepción provisoria", "Recepción definitiva", "Contratos de construcción", entre otros, que no se adecuan a la naturaleza de los servicios licitados.

29. En suma, debe imperar la transparencia y claridad en cada una de las disposiciones de las Bases, erradicando completamente cualquier incertidumbre a los oferentes en la presente licitación. Al efecto, las instrucciones, en su considerando segundo, expresan que éstas tienen por objeto establecer los criterios básicos a los que deben sujetarse las bases de licitación, "con el objeto de asegurar la debida publicidad, transparencia y libre acceso al mercado, así como la existencia de condiciones objetivas, generales, uniformes y no discriminatorias".

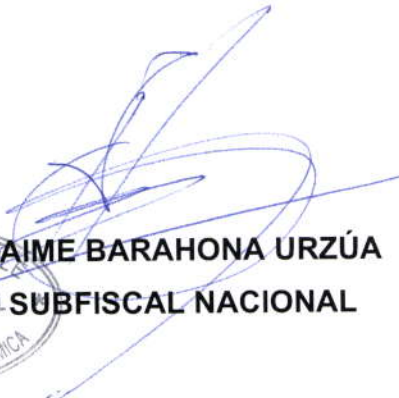
Por último, hago presente a ese Municipio que, de acuerdo al considerando sexagésimo séptimo de la sentencia N° 77, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia considera "conveniente que en la totalidad de las comunicaciones que

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**

REPUBLICA DE CHILE  
\* SUBFISCAL NACIONAL  
FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

Eduardo Aguilera  
Fono: 7535602 - 604