

ORD. N°: 1021 /

ANT.: Consulta de esa I. Municipalidad sobre expedientes técnicos de "Recolección de Residuos Domiciliarios, Limpieza y Barrido de Calzadas y Aceras y Limpieza de Alcantarillas, Comuna de Quillota"; Rol N°1921 -11 FNE.

Su Ord. N° 376, de 21 de junio de 2011.

MAT.: Informa.

Santiago, 27 JUL. 2011

DE : SUBFISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)  
A : SR. LUIS MELLA GAJARDO  
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE QUILLOTA  
MAIPÚ N° 330  
QUILLOTA

Con fecha 21 de junio de 2011, se han recibido en esta Fiscalía los expedientes de "Recolección de Residuos Domiciliarios, Limpieza y Barrido de Calzadas y Aceras y Limpieza de Alcantarillas, Comuna de Quillota", 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. OFERTA DE LOS SERVICIOS

1. En el párrafo primero de la letra A del punto 4.- de las Bases Administrativas Generales Licitación Pública Recolección de Residuos Domiciliarios, Limpieza

y Barrido de Calzadas y Aceras y Limpieza de Alcantarillas Comuna de Quillota (las "Bases Administrativas Generales"), al definir el objeto de la subasta se indica: "La prestación de Servicios en forma conjunta de la Recolección de Residuos Domiciliarios, Limpieza de calles, Recolección de Micro basurales y Limpieza de Alcantarillas, considerando el transporte de los residuos al sitio de disposición final y su volcado en el mismo, conforme a las presentes Bases, sus Especificaciones y el Contrato que se otorgue" (subrayados son nuestros).

2. Disposiciones similares se encuentran en el punto 2.- de las Bases Administrativas Especiales, en el numeral 2° del punto 40.- de las Bases Administrativas Generales, en el punto 2.- de los Términos Técnicos de Referencia Licitación Pública Recolección de Residuos Domiciliarios, comuna de Quillota" (los "Términos Técnicos de residuos"), en el punto 1.1. de los "Términos Técnicos de Referencia Licitación Pública Limpieza y Barrido de Calzadas y Aceras Comuna de Quillota", etc.
3. De lo expuesto se colige que la licitación tiene un alcance mucho más amplio que el que indica su denominación, pues además incluye los servicios de transporte ("transporte de los residuos al sitio de disposición final") y disposición final de los residuos ("volcado en el mismo"). En ese sentido, debe existir concordancia entre el título de la licitación y el objeto a licitar.
4. Adicionalmente, es del caso señalar que el considerando séptimo de las Instrucciones 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".
5. Es decir, en principio, los servicios que son objeto de esta subasta (recolección, limpieza, transporte a los lugares de disposición y disposición), deben ser materia de licitaciones distintas.

6. Ahora, si bien es cierto que el tamaño relativo de los servicios a licitar, en la medida que sea pequeño, podría hacer recomendable que los mismos se presten de manera conjunta, en las bases de licitación no hay antecedentes que le permitan a esta Fiscalía constatar que así sea y, consecuencialmente, dar por establecido, sin más, que resulta procedente que las prestaciones objeto de licitación sean adjudicadas, necesariamente, a una misma empresa y en virtud de un solo proceso licitatorio. A mayor abundamiento, de la lectura de las Bases de Licitación no queda del todo claro si los servicios objeto de la subasta pueden ser adjudicados a empresas distintas.
7. Por otro lado, en el referido punto 1.1. de los Términos Técnicos de Limpieza se señala que el bien subastado comprende *toda gestión o servicio asociado de manera directa o indirecta*. Lo mismo ocurre en el punto 1. de los Términos Técnicos de Referencia Licitación Pública Limpieza de Alcantarillas y Sistemas de Aguas Lluvia Comuna de Quillota (los "Términos Técnicos de Alcantarillado"), donde se señala que el servicio comprende *las gestiones asociadas*.
8. Lo anterior se encuentra en abierta contradicción a lo dispuesto en el Resuelvo 2° de las Instrucciones, que dispone "En los procesos de licitación, deberán definirse en forma explícita los distintos servicios que se liciten".

## II. CRONOGRAMA DEL PROCESO

9. Las Bases de Licitación no incorporan un cronograma detallado de las diversas etapas del proceso licitatorio, y sólo se contemplan algunos hitos relevantes en los puntos 8.- y siguientes de las Bases Administrativas Especiales.
10. En los referidos puntos 8.- y siguientes de las Bases Administrativas Especiales no se señala la fecha de iniciación de los servicios, ni las fechas tentativas para la publicación del llamado a licitación, de las respuestas a las consultas, del cierre electrónico, de la apertura electrónica, ni la presentación

de documentos administrativos y técnicos. Por otro lado, se señala que la publicación se verificará a través del Sistema Chile Compra, sin indicar otros medios de publicación complementarios. Respecto a la fecha de iniciación de los servicios, sólo se encontraron referencias vagas en el punto 6.- de las Bases Administrativas Generales, las que resultan ser insuficientes para determinar cuándo el adjudicatario podrá comenzar a ejecutar el contrato, supeditándose el comienzo de la prestación de servicios a la entrega de un terreno por parte de la Unidad Técnica para fines y efectos que se ignoran.

11. Asimismo, se señala que las consultas y aclaraciones se efectuarán desde el 19 hasta el 25, ambos días de mayo de 2011, en circunstancias que el llamado a licitación se verificaría en un día no determinado de julio del año 2011, lo que altera el orden lógico de la subasta, pues en las licitaciones públicas obviamente la publicación del llamado a licitación se lleva a cabo con anterioridad a la fecha de consultas o aclaraciones<sup>1</sup>.
12. Por otro lado, sin perjuicio de lo señalado precedentemente, como tanto la fecha de la publicación como el cierre de electrónico se llevarían a cabo en julio de 2011, se infiere que el plazo que media entre la publicación y el cierre de presentación de ofertas resulta ser en extremo exiguo, circunstancia que contraviene 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, así como se debe establecer la fecha de inicio de los servicios.
13. Cabe tener presente que el Resuelvo 6° de las 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, las Bases deben señalar

---

<sup>1</sup> Al respecto, en el Resuelvo 3° de las Instrucciones de Carácter General se señala: “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 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.”

plazos prudentes entre cada etapa del proceso, **en particular entre la suscripción del contrato e inicio de las operaciones**, cautelando que los mismos no se constituyan en barreras a la entrada para potenciales participantes.

14. Confirma lo anterior la Sentencia N° 77, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 4 de noviembre de 2008, la cual 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>2</sup>
15. En síntesis, se recomienda a ese municipio definir claramente el cronograma del proceso licitatorio, efectuar la publicación del llamado a licitación conforme a las exigencias del Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia<sup>3</sup> y establecer plazos prudentes entre los distintos hitos de la licitación, especialmente 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 3° de las citadas Instrucciones. Considere un plazo mínimo de 60 días, contados desde la fecha de suscripción del contrato, para que el adjudicatario comience a prestar los servicios.

### III. PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO.

16. En el punto 5. de las Bases Administrativas Especiales se señala: “El contrato tendrá una duración de 6 años (seis años) y regirá a contar de la fecha de su suscripción, al término de este período, en caso calificado y previa dictación

---

<sup>2</sup> Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de la I. Municipalidad de Curicó.

<sup>3</sup> Ver nota al pie N°1.

de un decreto fundado por emergencia sanitaria, el contrato podrá extenderse por un período de 01 año, con el objeto de no colocar en riesgo a la comunidad y generar con ello la continuidad del servicio"... "La emergencia sanitaria será determinada mediante un informe consolidado de la Unidad del Medio Ambiente y la Unidad Técnica, esta modalidad no podrá exceder los 03 años. a menos que una de las partes comunique a la otra su intención de no renovar el Contrato, aviso que deberá enviarse por escrito a la contraparte con a lo menos (30 días) treinta días de anticipación a la fecha de término de su vigencia".

17. En primer lugar, en concepto de esta Fiscalía, las licitaciones referidas a limpieza de calles y de alcantarillados no implican grandes inversiones por lo que su duración no debiera superar los cuatro años.
18. Por otra parte, en el párrafo segundo del referido punto 5., se señala "...esta modalidad no podrá exceder los 03 años...", lo que genera dudas acerca del verdadero plazo de una posible prórroga en caso de emergencia sanitaria, el que había sido fijado por el lapso de 1 año en el párrafo primero del mismo punto.
19. Finalmente, para ajustarse a las Instrucciones, la prórroga debiera otorgarse por un plazo breve, no superior a seis meses, y sólo en caso de circunstancias especiales de buen servicio, apreciables objetivamente.

#### IV. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

20. En la letra j) de punto 9.3. de las Bases Administrativas Generales de Recolección se señala: "Se consignará en una planilla un **listado de equipo principal**, o sea chasis, cajas recipientes, compactadoras y otros equipos, que el oferente dispondrá para la prestación del o los servicios indicando sus características principales y si son:
  - Adquiridos por Sistema Leasing.
  - De propiedad del Oferente.

- De propiedad del Oferente pero afectado por prenda.
- Arrendados.”

21. Si bien a continuación se señala que el postulante debe señalar un “plan de adquisición del equipo adicional” –sin especificar en qué consistiría este último concepto-, resulta complejo que un postulante que no presta servicios análogos en la misma o en otras comunas esté en condiciones de señalar detalles de bienes que no tiene en su poder (ej: chasis), y que evidentemente sólo se abocará a adquirir una vez que tenga absoluta certeza que es él el adjudicatario de la licitación. Esta circunstancia, en concepto de esta Fiscalía, representa ventajas artificiales para empresas incumbentes en el rubro.

22. Al respecto, cabe señalar que el Resuelvo 6° de las Instrucciones dispone “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”.

## V. PAUTA DE EVALUACIÓN

23. El numeral 17.1 de las Bases Administrativas Especiales establece que la oferta económica tendrá un valor del 50% en la ponderación del puntaje del competidor. Por otro lado, en el punto 15.- de las Bases Administrativas Generales de Recolección se consagra la posibilidad que la Municipalidad pueda aceptar cualquiera de las ofertas, aún cuando no sea la de más bajo precio.

24. Sobre el particular, cabe 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.” Así, deberá asignarse al criterio oferta económica una ponderación superior al 50%.

25. En cuanto al criterio “Currículum Vitae con relación a los servicios externos”, de la redacción de las bases parece desprenderse que lo que se estaría evaluando es únicamente la experiencia de la empresa participante. En el mismo sentido, en la letra h) del punto 9.3. de las Bases Administrativas Generales se señala: “El oferente presentara antecedentes de su experiencia anterior que demuestren su capacidad para prestar los servicios solicitados, en caso de prestar o haber prestado servicio en otras municipalidades, acompañar **Certificados de buen desempeño** firmado por quien corresponda” (énfasis en original).
26. Al respecto, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en su Sentencia N° 77, señaló: “la exigencia de experiencia debe referirse en general a ‘experiencia relevante’ y no necesariamente en el rubro de recolección, transporte y disposición de residuos.”
27. Por otro lado, 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, de tal manera que no se excluya del proceso licitatorio a potenciales participantes que llevan poco tiempo en el rubro.
28. Luego, en el punto 17.2. de las Bases Administrativas Especiales de Recolección, específicamente en el sub punto 1.-, se indica que un 60% de la ponderación de la oferta técnica corresponderá a una serie de factores, entre los que se menciona la experiencia, en circunstancias que, según se señaló precedentemente, ya existe un ítem especial para efectos de evaluar la experiencia de los postulantes. Es decir, se está premiando dos veces a las empresas que llevan más tiempo en el giro, en desmedro de nuevas empresas que pueden resultar ser aún más eficientes.

29. Al respecto, el Resuelvo 6° de las Instrucciones dispone: “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”.

## **VI. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES**

30. En el Formulario Oferta Económica se exige que el proponente declare que renuncia “...a reclamar indemnización por desconocimiento de los estudios encomendados”.

31. Luego, en el punto 5 de la Declaración Jurada Notarial se señala “Que acataré en todo la determinación de la I. Municipalidad de Quillota al resolver la adjudicación de la propuesta reconociendo la facultad privativa de ella para decidir lo que sea más conveniente a sus intereses, renunciando a todo tipo de demanda y/o indemnización en contra de aquélla por tal determinación, incluyéndose la posibilidad de dejar nula tal adjudicación antes de la firma del contrato, cuando razones presupuestarias o administrativas así lo requieran”.

32. A continuación, en la letra e) del punto 6.- de las Bases Administrativas Generales se señala “Los oferentes, por el solo hecho de su presentación a esta Licitación, renuncian Expresa y formalmente a realizar impugnaciones de cualquier naturaleza al proceso de Licitación y a sus resultados”.

33. Asimismo, en el punto 13.- de las Bases Administrativas Generales se señala que, en caso que la Comisión Evaluadora resuelva que la información aportada por los postulantes sea falsa, alterada o maliciosamente incompleta, “...los proponentes participantes que sean afectados por dicha resolución declinan efectuar cualquier acción que pretenda indemnización alguna por este hecho, entendiendo la facultad privativa del Municipio para decidirlo que sea más conveniente a sus intereses”.

34. Posteriormente, en el punto 15.- de las Bases Administrativas Generales se señala que la decisión que se adopte respecto de un eventual rechazo de todas las ofertas o de la aceptación de cualquiera de ellas no dará lugar a indemnización de ningún tipo a favor de los proponentes.
35. Además, en el punto 29.- de las Bases Administrativas Generales se dice "Vencido el plazo del Contrato, el Contratista dejará de prestar los servicios *no teniendo derecho a compensación alguna*" (cursivas agregadas).
36. Los párrafos recién transcritos representan una renuncia anticipada de acciones legales, jurisdiccionales y/o administrativas, lo que 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.

## VII. DISCRECIONALIDAD

37. En la letra c) del punto 12.2. de las Bases Administrativas Generales se señala "En caso de haber aumentos de plazo, ya sea por modificación de especificaciones o por atrasos justificados de parte de la empresa adjudicada, se deberá modificar el contrato respectivo. Al mismo tiempo se deberán modificar las fechas de vencimiento de las Boletas de Garantía en igual cantidad de días del aumento de plazo".
38. A este respecto, sabe señalar que la posibilidad de convenir modificaciones al contrato, tales como el plazo de duración del mismo, 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 el principio de inmutabilidad, pues una vez

iniciado el proceso de licitación, las bases no pueden alterarse siquiera por la vía de las aclaraciones, enmendaduras, adiciones o supresiones a su contenido esencial sin que se lesionen los principios de debida transparencia y garantía de libre acceso, garantizados por el Resuelvo N° 1 de las Instrucciones.

39. En el punto 13.- de las Bases Administrativas Generales, se señala que la Comisión Evaluadora entregará las ponderaciones en orden descendente, lo que constituye la propuesta de adjudicación, "...la cual será resuelta por el Sr. Alcalde o el Concejo Municipal según corresponda"... Luego agrega "En todo caso y según corresponda la Municipalidad de Quillota, se reserva el derecho de efectuar un nuevo proceso de licitación".
40. Reitera lo anterior el punto 15.- de las Bases Administrativas Generales, que, por un lado, entrega la decisión al Alcalde en caso que el monto adjudicado no exceda las 500 UTM (en caso contrario decide el Concejo Municipal) y, por otro lado, señala "...tanto el Sr. Alcalde como el Honorable Concejo **se reservan el derecho con expresión fundada de causa de rechazar todas las ofertas que hayan sido propuestas para su adjudicación o bien el aceptar cualquiera de ellas de acuerdo a lo que estimen sea lo más conveniente para los intereses del Municipio, aunque ésta no sea la de más bajo precio...**" (énfasis en original).
41. En los extractos precedentes existen dos circunstancias que deben ser observadas por este servicio. En primer lugar, las Bases no pueden entregarle al Alcalde la facultad de decidir quién se adjudicará la licitación, incluso prescindiendo de los puntajes obtenidos por los postulantes. Por otro lado, la posibilidad que la Municipalidad declare desierto el proceso de licitación debe ser objeto de mayor regulación.
42. 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..."

43. Por su parte, la Resolución N° 13/2006 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia señaló: “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*”.
44. 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.”
45. En síntesis, en concepto de esta Fiscalía, el precepto objeto de observación, por un lado, podría facultar a la Municipalidad para desentenderse de los criterios de evaluación establecidos en las bases de licitación, adjudicando los servicios objeto de subasta a cualquier oferente válido de entre aquellos que seleccione la Comisión Evaluadora, vulnerando así el mencionado resuelvo 7° de las Instrucciones. Por otro lado, si bien es posible que la Municipalidad declare desierto un proceso de licitación en la medida que ello no signifique arbitrariedad, ello sólo puede operar en caso que ninguna de las ofertas se

ajuste a las necesidades municipales y, en todo caso, deben establecerse criterios objetivos y comprobables que permitan constatar dicho desajuste entre las ofertas y las necesidades del órgano que llama a licitación.

## VIII. COMISIÓN EVALUADORA

46. Las Bases no señalan la forma en que se integrará definitivamente la Comisión Evaluadora, con lo cual se contradice el texto expreso del Resuelvo 5° de las Instrucciones de carácter general.

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 Sr. Fiscal Nacional Económico,



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

MYA/SVP/  
Abogado FNE  
Salvador Vial Purcell  
Fono: 7535602