

**ORD. N°** 1443  
**ANT.:** Bases para la concesión de la "Licitación Pública Nacional e Internacional para contratar los Servicios de Gestión Integral de los Residuos Sólidos Domiciliarios". Rol FNE N° 1970-11.  
  
Su Ord. N° 2000/1771, de 22 de septiembre de 2011.  
  
**MAT.:** Informa.

**Santiago, 20 de octubre de 2011**

**DE :** SUBFISCAL NACIONAL (S)  
  
**A :** SR. PEDRO SABAT PIETRACAPRINA  
ALCALDE  
I. MUNICIPALIDAD DE ÑUÑO A  
AVENIDA IRARRÁZ AVAL 3550  
ÑUÑO A  
REGIÓN METROPOLITANA DE SANTIAGO

Con fecha 22 de Septiembre de 2011, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas Generales, Técnicas y Anexos para la licitación pública de la concesión "Licitación Pública Nacional e Internacional para contratar los Servicios de Gestión Integral de los Residuos Sólidos Domiciliarios Generados en la Comuna de Ñuñoa", 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. Las Bases Administrativas Generales presentan se refieren en diversas cláusulas a algunos de los hitos del proceso licitatorio. No obstante, este itinerario no cumple las formalidades indicadas en 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.
2. Las mismas, se refieren en su punto 2.5.1 a la Publicación, señalando que: "La presente propuesta se publicará en el Portal de Chilecompra hasta el día 12 de diciembre de 2011.

3. Sin embargo, según consta en la publicación del Diario la Tercera de fecha 9 de octubre de 2011, las Bases denominadas “Licitación Pública Nacional e Internacional para contratar los servicios de Gestión Integral de los Residuos sólidos Domiciliarios Generados en la Comuna de Ñuñoa”, fueron publicadas sin que esta Fiscalía se haya pronunciado respecto de su conformidad con lo establecido en las Instrucciones de Carácter General N° 1/2006, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

4. Sobre el particular, se solicita tener en especial consideración lo dispuesto en el Resuelvo 3° de la Instrucciones Generales, el que dispone: “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 las 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”.

5. Más aún, la Sentencia N° 77, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 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”.

6. A objeto de disminuir los niveles de incertidumbre, esta Fiscalía recomienda a esa l. Municipalidad incorporar a las Bases de Licitación un cronograma detallado, que contemple todos los hitos relevantes del proceso, como son: fecha de publicación del llamado a licitación, de presentación de las ofertas, de adjudicación, de suscripción del contrato, inicio de los servicios, etc.

7. Al respecto, 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. Considerando el volumen de residuos y de habitantes de la comuna, dicho plazo no debiera ser inferior a 90 días contados desde la fecha de suscripción del contrato.

## II. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

8. Las Bases Administrativas Generales, en su numeral 4.3., denominado: Sobre Aumento o Disminución del Contrato, disponen: “La Municipalidad podrá aumentar o disminuir los contratos a suma alzada, de recolección, en una frecuencia. No se considerará como aumento o disminución, el incremento o disminución de las toneladas por causas naturales, incremento poblacional o a consecuencia de programas complementarios”.

9. A su vez, el punto 2.3 II) de las Bases Técnicas del Servicio de Barrido y Lavado de

Calles, señala: “El Municipio se reserva el derecho de cambiar mensualmente en forma parcial o total las calles a barrer y/o lavar, sus frecuencias, modalidad de barrido y/o lavado, sin que esto signifique un mayor costo para el Municipio”.

10. Sobre el particular, la posibilidad de efectuar modificaciones a las Bases se contrapone con la inmutabilidad de las mismas, cuyo contenido esencial 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, reguardados por el Resuelvo N° 1 de las Instrucciones Generales. En consecuencia, resulta necesario que los ajustes al contrato respondan a la aplicación de parámetros objetivos previamente establecidos en las Bases, tales como incremento en el número de viviendas o en el número, extensión de calles sujetas a barrido y circunstancias calificadas como de emergencia o catástrofe por la autoridad competente.

### III. DISCRECIONALIDAD

11. Las Bases Administrativas Generales, señalan en su punto 1° inciso cuarto: “La Municipalidad determinará el o los tipos de equipos, sistemas e instalaciones que puedan operar, según las propuestas que sean recibidas, reservándose el derecho de aceptar y adjudicar a uno o más oferentes, el total de sus ofertas o parte de ellas, siempre que no se desnaturalicen los proyectos presentados, o rechazarlas según convenga a los intereses de la Municipalidad.”(el destacado es nuestro).

12. Por otra parte, el punto 3.4 de las referidas Bases señala: “El Alcalde, previo acuerdo del Concejo Municipal, mediante Decreto Alcaldicio adjudicará la propuesta a los oferentes que se estime más conveniente para los intereses municipales; de acuerdo a los resultados de la evaluación.”. Más adelante, el inciso sexto de la disposición citada, también señala: “El Alcalde se reserva el derecho de desestimar todas las ofertas cuando no fueren convenientes al interés municipal.”

13. A juicio de esta Fiscalía, los numerales señalados podrían facultar a esa Municipalidad 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, el cual dispone, además, que: “Las Bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación”.

14. 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”.

15. En definitiva, la adjudicación de la licitación debiese realizarse a aquel oferente que obtenga el mayor puntaje de acuerdo a los criterios de evaluación y ponderaciones previamente establecidos en las Bases.

16. Por otra parte, el punto 4.7.1 Sobre la Terminación Anticipada del Contrato, de las referidas Bases, señala como causal: “ c) Si a juicio de la Municipalidad el contratista demostrase falta de capacidad técnica o económica para cumplir con las responsabilidades que le impone el o los contratos”.

17. Además, el punto 4.8, Sobre el Vencimiento del Contrato de las referidas bases señala, en su inciso cuarto: “La Municipalidad, en caso de fuerza mayor calificada por ella misma mediante decreto Alcaldicio, podrá hasta 60 días antes del término del contrato prorrogarlo por una sola vez hasta por el plazo de un año, contado desde la fecha de término del mismo en las mismas condiciones contractuales vigentes a su término”.

18. A su vez, el punto 13 de las mismas bases, señala: “Toda divergencia que surja entre las partes acerca de la interpretación o aplicación de cualquiera de las cláusulas de contrato, será resuelta por el Director de la Dirección de Medio Ambiente”.

19. 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”.

#### IV. SERVICIOS LICITADOS

20. Las Bases Administrativas Generales se refieren en su numeral 1°, a los servicios que son objeto de la licitación: “a) Recolección y Transporte de Residuos Sólidos, Recolección y Transporte de Materiales Reciclables, Separación de Elementos Reciclables; b) Servicio Mecanizado de escombros, c) Servicio de Barrido y lavado de Veredas y Calzadas; y d) Servicio de Desmalezado;...”.

21. Las mismas, en su numeral 3.2, denominado: “Modalidad de presentación de las Ofertas”, letra a) señalan: “El oferente podrá presentar ofertas por cada uno de los servicios indicados en el punto 2.1.12 de estas bases, pudiendo presentar ofertas por un conjunto, parte de ellos o una oferta global por todos los servicios; conforme los Formularios Informativos y a las Bases Técnicas que forman parte de estas Bases”.

22. Sobre el particular las Instrucciones Generales establecen en su Considerando Sexto que: “Asimismo, para efectos de aumentar la competencia y participación en este mercado, resulta apropiado que en las bases de licitación se exija a los participantes que formulen ofertas por separado respecto de cada uno de los servicios que se licitan”.

23. Adicionalmente, se hace presente que el Considerando 7° de las Instrucciones Generales dispone que “es 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”.

24. De esta manera, a fin de aumentar la competencia en el mercado, esta Fiscalía recomienda a esa Municipalidad, a menos que existan causas justificadas, establecer licitaciones separadas que comprendan los servicios Recolección y Transporte de Residuos Sólidos, Recolección y Transporte de Materiales Reciclables, Separación de Elementos Reciclables; b) Servicio Mecanizado de escombros, c) Servicio de Barrido y lavado de Veredas y Calzadas; y d) Servicio de Desmalezado o bien permitir en un mismo proceso licitatorio ofertas separadas por cada uno de los servicios que se licitan.

#### V. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

25. Las Bases Administrativas Generales, en su punto 4.7.1.-, Sobre Resolución del Contrato, señala: “La Municipalidad podrá poner término anticipado y unilateralmente al o los contratos de pleno derecho y sin necesidad de interpelación previa alguna y sin derecho a indemnización de ninguna especie, cuando el contratista incurra en algunas de las siguientes causales...”.

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. DURACIÓN DEL CONTRATO

27. Las Bases Administrativas Generales señalan en su punto 4.8 en su inciso cuarto, sobre el Vencimiento del Contrato, que: “La Municipalidad, en caso de fuerza mayor calificada por ella misma mediante decreto Alcaldicio, podrá hasta 60 días antes del término del contrato prorrogarlo por una sola vez hasta por el plazo de un año, contado desde la fecha de término del mismo en las mismas condiciones contractuales vigentes a su término.” (el destacado es nuestro).

28. Al respecto, esta Fiscalía considera que la posibilidad de prórroga debiese supeditarse a la concurrencia de circunstancias especiales, de buen servicio apreciables objetivamente, y extenderse por un plazo máximo de 6 meses contados desde la fecha pactada originalmente para el término del contrato.

29. Lo anterior, considerando, 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 del negocio, asociado a la depreciación de activos que requiere. Una menor certidumbre atenta contra la transparencia del proceso y el libre acceso, en tanto que una duración excesiva imposibilita innecesariamente la disputa por la provisión del servicio. Todo esto, de conformidad con los Resueltos 1° y 2° de las citadas Instrucciones.

#### VII. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

30. El numeral 2.3, de las Bases Administrativas Generales, denominado "De los Oferentes que Pueden Participar", establece: "Se considerará en la evaluación la solvencia económica, capacidad técnica y profesional en contratos de servicios de recolección, transporte de residuos sólidos, acopio y/o clasificación de materiales reciclables, limpieza, barrido de calles u otros de similar naturaleza, y si hayan sido sancionados o no, con caducidad o término anticipado en algún contrato sobre materias objeto de esta licitación, imputable a responsabilidad del oferente, en los últimos 5 años".

31. En lo referente a los criterios y exigencias explicitadas, relativas al ítem "Experiencia", considerada como criterio dentro de la pauta de evaluación señalada en el numeral 2.7 de las Bases Administrativas Generales, cabe tener especialmente presente lo resuelto por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que en su Sentencia N° 77, de 04 de noviembre de 2008, en cuanto dispuso que: "la exigencia de experiencia debe referirse en general a 'experiencia relevante' y no necesariamente en el rubro de recolección, transporte y disposición de residuos.", pronunciamiento que se encuentra en plena concordancia con lo establecido en el ya citado Resuelvo 6° de las Instrucciones de Carácter General, por lo que a este respecto, procede que el criterio o sub-factor de evaluación en análisis, de subsistir, sea acotado a la experiencia que puedan acreditar los socios o profesionales de las empresas participantes en la licitación, puesto que de esta manera se evita que empresas cuyo personal disponga de experiencia relevante, queden técnicamente excluidas de disputar este mercado.

#### VIII. OTRAS OBSERVACIONES

32. El punto 9 Sobre Implementación del Plan, de las Bases Técnicas del Servicio de Recolección Selectiva, señala: "El contratista comenzará todos los servicios de recolección selectiva en la fecha indicada en el punto X.X de las Bases Administrativas Generales, a contar de la cual deberá tener la capacidad para prestar el servicio completo en todas las áreas."

33. El citado precepto no precisa el punto referido que contiene la fecha de inicio de los servicios.

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 Fiscal Nacional Económico,

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

REPUBLICA DE CHILE  
\* SUBFISCAL NACIONAL \*  
FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

Abogada FNE  
Ximena Castillo  
Fono: 7535602 - 604