

ORD. N°: **1260** ✓

- ANT.:
- Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases de la propuesta pública para la licitación de la "Concesión Servicio de Disposición Final de Residuos Sólidos Domiciliarios y Otros, Comuna de Buin." Rol N° 1552-09 FNE.
  - Ord. FNE N° 1182, de 28 de septiembre de 2009.
  - Su Ord. N° 779, de 14 de octubre de 2009.

MAT.: Informa.

Santiago, **21 OCT. 2009**

DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO (S)

A : SR. RODRIGO ETCHEBERRY DUHALDE  
ALCALDE  
I. MUNICIPALIDAD DE BUIN  
AV. CARLOS CONDELL N° 415  
BUIN

Con fecha 14 de octubre de 2009, esta Fiscalía ha recibido las nuevas Bases Administrativas Generales, Especiales, Técnicas y anexos de la licitación pública "Concesión Servicio de Disposición Final de Residuos Sólidos Domiciliarios y Otros, Comuna de Buin", 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, 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. Aún cuando en las Bases Administrativas Especiales se han incorporado las fechas de los principales hitos del proceso licitatorio, no se especifica la fecha de suscripción del contrato ni se contempla la fecha de inicio de los servicios.
2. Esta Fiscalía reitera la necesidad de incorporar a las Bases un cronograma detallado de la convocatoria a licitación, que contemple la totalidad de los hitos del proceso, guardando la debida concordancia con las demás disposiciones contenidas en las Bases.
3. Cabe tener presente que 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 de contrato e inicio de las operaciones, cautelando que estos no se constituyan en barreras a la entrada para potenciales participantes.
4. Confirma lo anterior la Sentencia N° 77, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 4 de noviembre de 2008, que 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>*

## II. DISCRECIONALIDAD

5. El numeral 13 de las Bases Administrativas Especiales señala que *“La Municipalidad de Buin, por medio de resolución fundada, declarará inadmisibles aquellas ofertas que no cumplieren los requisitos establecidos en las bases y declarará desierta la licitación cuando no se presenten oferta, o bien, cuando éstas no resulten convenientes a sus intereses, en especial, cuando el monto ofertado exceda el presupuesto municipal destinado al servicio solicitado.”*
6. El artículo 21 de las Bases Administrativas Generales por su parte, reitera igual disposición.
7. El artículo 22 de las Bases Administrativas Generales, dispone que *“La Adjudicación de la Licitación se efectuará mediante Decreto Alcaldicio, el que dispondrá la contratación del oferente que corresponda, según se indique en las Bases Especiales, debiendo la Municipalidad adjudicarla a la oferta más conveniente a los intereses municipales, particularmente aquella que cumpliendo todos los requisitos técnicos exigidos por la Municipalidad resulte ser la más económica y su oferta no exceda el (presupuesto) municipal destinado al servicio solicitado.”*
8. La misma idea es reiterada en el numeral 17 de las Bases Administrativas Especiales.
9. Al respecto, la Resolución N° 13/2006 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, estableció: *“Que la inclusión de cláusulas que otorguen*

---

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

*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”.*

10. Más aún, a juicio de esta Fiscalía, las cláusulas señaladas 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 resuelto 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.”
11. 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 ajustan 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.”**

12. Por otro lado, se reitera la observación formulada al inciso final del numeral 8 de las bases Administrativas Especiales, el cual dispone que la Municipalidad *“..... se reserva el derecho a resolver la discrepancia de la manera más conveniente para la óptima realización del objeto de la presente licitación.”*
13. Nuevamente, cabe señalar que la disposición citada, puede traducirse en un elemento de discrecionalidad en el actuar de la autoridad municipal.

### **III. INMUTABILIDAD DE LAS BASES**

14. El numeral 28.5 de las Bases Administrativas Especiales dispone que *“La Unidad Técnica podrá, a solicitud del Contratista o a iniciativa propia, efectuar variaciones en la operación siempre que ello signifique mejorar la calidad del servicio y no demande un mayor precio del mismo.”*
15. Esta Fiscalía considera que la posibilidad de efectuar variaciones al servicio no amparadas en circunstancias objetivas y verificables, debidamente establecidas en las bases de licitación, se contraponen con la inmutabilidad de las mismas.
16. Es necesario, en consecuencia, que los ajustes al contrato respondan a la aplicación de parámetros previamente establecidos en las Bases, tales como, incremento del número de habitantes, número de viviendas, etc., disminuyéndose así los niveles de incertidumbre a que se expone a potenciales oferentes mediante la referida cláusula.

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.*

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,



**JATME BARAHONA URZUA**  
**FISCAL NACIONAL.. ECONOMICO (S)**

Abogado FNE  
Andrea Avendaño Ben-Azul  
Fono: 7535662