

ORD. N°: 1232 /

ANT.: Consulta de esa Ilte. 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° 508, de 23 de Agosto de 2011.

MAT.: Informa.

Santiago, 07 SET. 2011

DE : SUBFISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)

A : SR. LUIS MELLA GAJARDO  
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE QUILLOTA  
MAIPÚ N° 330  
QUILLOTA

Con fecha 24 de agosto de 2011, se han recibido por la Fiscalía Nacional Económica ("FNE" o "Fiscalía") los expedientes de "Recolección de Residuos Domiciliarios, Limpieza y Barrido de Calzadas y Aceras y Limpieza de Alcantarillas, Comuna de Quillota", que contiene las correcciones efectuadas por esa Municipalidad a propósito de las observaciones formuladas por la FNE mediante Ordinario N° 1021 de 27 de julio de este año, 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. CRONOGRAMA DEL PROCESO**

1. En los documentos que regulan el proceso no se señala la fecha de adjudicación de la licitación.
2. Por otra parte, del análisis de los plazos establecidos en las Bases Generales y Bases Administrativas Especiales, se deduce que entre la adjudicación de la propuesta y el inicio de los servicios mediaría un plazo de un mes aproximadamente.
3. Sobre el particular, el Resuelvo N° 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 participantes, lo que refuerza la necesidad de consignar plazos prudentes, de manera que no se constituyan en barreras a la entrada para ellos.
4. Por lo tanto, se recomienda a ese municipio establecer un plazo prudente, de a lo menos 90 días, entre la adjudicación del contrato y el inicio de los servicios, con el objeto de evitar que potenciales entrantes se inhiban de participar en la licitación, según lo prevé el Considerando 3° de las Instrucciones.

## **II. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES**

5. Persiste en el punto 13. de las Bases Administrativas Generales, la siguiente disposición: "En tal evento 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."
6. 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 en su Considerando 4°, podrían contravenir el Resuelvo 8° de las Instrucciones Generales, 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 (...)”.

### III. DISCRECIONALIDAD

7. En la letra c) del punto 12.2. de las Bases Administrativas Generales se señala “En caso de haber aumentos de plazo, sólo se podrá modificar el contrato, por la sobreviniencia de circunstancias objetivas y verificables. En dicha situación el oferente deberá modificar las fechas de vencimiento de las Boletas de Garantía en igual cantidad de días del aumento de plazo”.
8. La citada disposición, si bien condiciona una posible modificación del plazo de duración del contrato a la sobreviniencia de “circunstancias objetivas y verificables”, no describe las situaciones calificadas en que procederá dicho aumento, dejando un amplio margen de interpretación en la práctica.
9. A este respecto, cabe 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.
10. En síntesis, la exigencia que concurren circunstancias objetivas y comprobables no tiene ningún sentido si no se especifica cuáles serían los supuestos fácticos que darían lugar a la modificación del contrato –y que

constituyen precisamente aquello que las referidas circunstancias “objetivas y comprobables” tienen por objeto acreditar.

11. Por otro lado, en el punto 13. de las Bases Administrativas Generales, se señala que la Comisión Evaluadora entregará un Informe Técnico de Adjudicación donde, “...la metodología establecida en las BAE dará como resultado final, una propuesta de adjudicación a aquel proponente que como resultado de esta evaluación haya obtenido el mayor puntaje”.
12. En relación con el párrafo citado anteriormente, el punto 15 de las Bases Administrativas Generales, dispone: “La adjudicación de la propuesta, será ratificada por el Sr. Alcalde, siempre y cuando el contrato de la licitación no involucre montos iguales o superiores al equivalente de 500 UTM o cuando se comprometa al municipio por un plazo que exceda el periodo Alcaldicio...”.
13. Respecto a la adjudicación de la propuesta, no aparece de manifiesto qué autoridad será la encargada de decidir el resultado de la licitación en último término, en el caso de que el resultado del Informe Técnico de Adjudicación no fuese ratificado por el Alcalde, sin perjuicio que, en concepto de esta Fiscalía, resulta improcedente también que el Alcalde pueda, en los hechos, no adjudicar una licitación a su arbitrio, prescindiendo incluso de los resultados de la evaluación.
14. Esta facultad del Alcalde envuelve, en los hechos, la posibilidad de declarar desierta la licitación sin que exista ninguna obligación de fundamentarlo, posibilidad que estaba consagrada de manera expresa en las Bases originales y que ya fue objeto de observación por la Fiscalía.
15. Por lo anterior, se reiteran las recomendaciones formuladas por la FNE en el Ordinario 1021 de 27 de julio de 2011: 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.
16. Por otra parte, el punto 28.1 de las Bases Administrativas Generales, sobre Causales de Resolución del Contrato, se señala “La Municipalidad de Quillota

estará facultada para poner término inmediato en forma unilateral del Contrato, si ocurriera cualquiera de los siguientes eventos: letra n) En general, si el proveedor no ha dado cumplimiento a las bases de la licitación.”

17. Al respecto, cabe mencionar que el carácter de la disposición citada puede resultar demasiado amplio en su interpretación, puesto que facultaría a la Municipalidad para poner término al Contrato incluso ante la más mínima falta, como por ejemplo, ante la infracción de las penalidades descritas en el punto 27 de las Bases Administrativas Generales, lo que podría desincentivar a potenciales entrantes a participar en la subasta. Por lo anterior, se sugiere limitar la posibilidad que esa lte. Municipalidad ponga término al contrato para casos graves y/o reiterados.
18. 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...”.
19. 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”.
20. 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."*

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,

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

Abogado FNE  
Salvador Vial Purcell  
Fono: 7535602