

ORD. N°: 0009

ANT.: - Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases Administrativas y Especificaciones Técnicas para la propuesta pública 1) Recolección de residuos domiciliarios, 2) Limpieza de calles y 3) Disposición final y manejo de vertedero. Rol N° 1796-10 FNE.

- Su Ord. N° 1.266, de 17 de noviembre de 2010, recibido el día 19 de noviembre de 2010.

- Ord. FNE N° 1746 de fecha 3 de diciembre de 2010.

- Su Ord. N° 1364 de fecha 20 de diciembre de 2010, recibido con fecha 21 de diciembre de 2010 por esta Fiscalía.

MAT.: Informa.

Santiago, **06 ENE. 2011**

DE : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
A : SR. DENIS CORTES VARGAS
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE ILLAPEL
CONSTITUCIÓN N° 24
ILLAPEL

Con fecha 21 de diciembre de 2010, se han recibido en esta Fiscalía las nuevas Bases Administrativas y Especificaciones Técnicas para la propuesta pública: 1) Recolección de residuos domiciliarios, 2) Limpieza de calles y 3) Disposición final y manejo de vertedero, para la Comuna de Illapel, 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. DISCRECIONALIDAD

1. El artículo 8° de las Bases Administrativas establece en su inciso 1° que la I. Municipalidad de Illapel *aceptará, en resolución fundada, la propuesta que estime más conveniente a sus intereses, aún cuando ella no sea la más baja en cuanto a su monto.*
2. Por su parte, artículo 3 inciso 3° de las Especificaciones Técnicas para el servicio de recolección de residuos domiciliarios dispone que *“Una vez que el programa de operaciones ha sido aceptado, no lo podrá modificar, excepto cuando la Municipalidad lo considere conveniente”*. Similar disposición se reitera respecto al servicio de limpieza de calles en el artículo 5° y para el tratamiento de residuos en vertedero municipal en el artículo 3.
3. Sobre el particular se reitera lo dispuesto por la Resolución N° 13/2006 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que 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, disminuye la competencia ex ante”*.¹

¹ Resolución N° 13 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de fecha 27 de junio de 2006. Consulta de la DGAC sobre Bases de Licitación de Redes Hidrantes, Rol NC 103-05. Considerando Décimo quinto, página 10.

4. Más aún, la disposición señalada en el numeral 1 anterior, podría 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 N° 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”*.
5. 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.”*

II. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

6. Las Especificaciones Técnicas establecen la facultad para la Municipalidad de modificar el programa de operaciones aceptado, *cuando lo considere conveniente y lo autorice expresamente*. Dicha estipulación se encuentra incorporada para el caso del servicio de recolección de residuos domiciliarios

en el artículo 3°; para el caso del servicio de limpieza de calles en el artículo 5°; y para el caso de tratamiento de residuos en vertedero municipal en el artículo 3°.

7. Se reitera que la posibilidad de convenir modificaciones al contrato no amparadas en circunstancias objetivas y verificables, debidamente establecidas en las Bases y sin una compensación al adjudicatario, se contrapone con el principio de inmutabilidad de las mismas. En virtud de éste, 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.

III. OTRAS OBSERVACIONES

8. En diversas disposiciones de las Especificaciones Técnicas, se cita erróneamente el inciso cuarto del artículo 8 de las Bases Administrativas, en lugar de referirse al inciso quinto del citado artículo relativo a la obligación del adjudicatario de presentar un cronograma definitivo de puesta en marcha del servicio.
9. Por otro lado, el artículo 3 de las Especificaciones Técnicas para el servicio de tratamiento de residuos en vertedero municipal, no indica la fecha de inicio del servicio.
10. Dichas disposiciones podrían resultar confusas y eventualmente incrementar los niveles de incertidumbre que enfrentan potenciales oferentes, por lo que se recomienda enmendarlas.

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.”* Por lo tanto, solicito a usted remitir todos los documentos que se refieran al proceso licitatorio incluidos los anexos.

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,



fi fnl

FELIPE IRARRÁZABAL PHILIPPI
FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

Abogado FNE
Andrea Avendaño B.
Fono: 7535604