

ORD. N°: 210 /

- ANT.:**
- Consulta de la I. Municipalidad de Lo Barnechea sobre Bases de la propuesta pública para la concesión de los "Servicios de recolección y transporte de residuos domiciliarios recolección y transporte de despojos vegetales y escombros, barrido mecánico en húmedo, lavado y limpieza de calles y servicios especiales". Rol FNE 1385-09.
 - Ord. FNE N° 58, de 30 de enero de 2009.
 - Su Ord. N° 09, de 27 de febrero de 2009.

MAT.: Informa.

Santiago, **02 ABR. 2009**

DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO

A : SR. FELIPE GUEVARA STEPHENS
ALCALDE
I. MUNICIPALIDAD DE LO BARNECHEA
AV. LAS CONDES 14.891
LO BARNECHEA

Con fecha 27 de febrero de 2009, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas, Bases Técnicas y anexos, del llamado a licitación para la concesión de los servicios de "Recolección y transporte de residuos domiciliarios, recolección y transporte de despojos vegetales y escombros, barrido mecánico en húmedo, lavado y limpieza de calles y servicios especiales", 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.

Al respecto, informo a usted que dichas nuevas Bases no se han ajustado cabalmente a las observaciones formuladas por esta Fiscalía nacional

mediante el Ord. del Antecedente, subsistiendo las objeciones que se plantearan en relación a exigencia de experiencia, discrecionalidad, inmutabilidad de las bases y fecha de implementación de los servicios.

A continuación, informo las disconformidades que, a juicio de esta Fiscalía, presentan las referidas Bases:

I. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

1. En el numeral 2 de las Bases Administrativas, se establece que *“Podrán participar en la licitación las personas naturales o jurídicas... que acrediten experiencia de a lo menos cinco años en el rubro...”*.
2. Al respecto, se reitera lo resuelto por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que en su Sentencia N° 77/2008, en cuanto a 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”*.
3. Además, basta tener por suficiente la experiencia acreditada por 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 excluidas de disputar este mercado.

II. DISCRECIONALIDAD

4. El numeral 9.2, inciso 2°, de las Bases Administrativas establece que *“Previo acuerdo del Concejo Municipal, la adjudicación de la propuesta se materializará mediante Decreto Alcaldicio que dispondrá la contratación que corresponda, reservándose la Municipalidad el derecho de adjudicar la oferta que estime más conveniente a los intereses municipales, aún cuando no sea la de menor valor o no figure en el primer lugar de la evaluación, sin derecho a indemnización alguna a los oferentes no favorecidos”*.

5. *Agrega el señalado numeral, en su inciso 4°, que “la Municipalidad se reserva el derecho de rechazar todas las ofertas declarando desierta la propuesta sin derecho a indemnizar a los participantes y haciendo devolución de las boletas de garantía de los participantes”.*
6. *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”.*
7. *Por su parte, la Resolución N° 13/2006, también 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”.*
8. *A mayor abundamiento, la Sentencia N° 77/2008, en su parte considerativa, estableció: “**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;”*
9. *En consecuencia, conforme lo señalado, resulta necesario asegurar la debida transparencia de la actuación municipal, eliminando la discrecionalidad en su proceder. Así, la selección del proponente al que se adjudicará la licitación y la*

desestimación de las ofertas, deberán fundarse de manera objetiva, en base a criterios previamente establecidos en las Bases.

RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

10. En relación al numeral 9.2 de las Bases Administrativas, citado en el apartado precedente, hago también presente a esa I. Municipalidad que la renuncia anticipada de acciones legales, jurisdiccionales y/o administrativas -como señala el Considerando Cuarto de las Instrucciones Generales-, además de desincentivar la participación de oferentes en esos procesos al introducir un elemento de incertidumbre, puede constituir una vulneración de normas de orden público que conllevaría la nulidad de dichas cláusulas.

III. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

11. El numeral 3.2 de las Bases Administrativas, referido a la "Ampliación o reducción del contrato", indica -entre otras circunstancias- que el contrato podrá ser ampliado, señalando *"En el caso que el Municipio decida -por intermedio de este contrato- cubrir el servicio del Centro Cordillera (Farellones, La Parva, El Colorado), el monto del contrato se podrá ampliar o reducir hasta en un 20% de los servicios contratados...previo informe de la Dirección de Aseo y Ornato..."*.
12. La posibilidad de convenir modificaciones al contrato no amparadas en circunstancias objetivas y verificables, debidamente establecidas en las bases de licitación, se contraponen con la inmutabilidad de las mismas, las que 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 Resolvo N° 1 de las Instrucciones de carácter general.
13. Sobre el particular, esta Fiscalía estima que dichos servicios -si son necesarios- deben incluirse derechamente en el proceso consultado, o bien formar parte de un posterior proceso de licitación

IV. CRONOGRAMA DEL PROCESO

14. El numeral 5, de las Bases Administrativas establece que:” *Los servicios de recolección de residuos domiciliarios, retiro y transporte de despojos vegetales, barrido mecánico en húmedo, lavado y limpieza de calles deberán iniciarse el día 7 de septiembre de 2009*”.
15. Sobre el particular, se reitera lo ya informado, en el sentido que la exigüidad del plazo de inicio de los servicios, en conjunto con la exigencia de disponer de vehículos nuevos, contraviene lo dispuesto en el Resuelvo 6° de las Instrucciones de carácter general, que precisa que 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 oferentes. Por lo mismo, según prevé el Considerando 3°, se requiere establecer en las Bases de licitación plazos prudentes, de manera que éstos no se constituyan en barreras a la entrada para los potenciales participantes.
16. La Fiscalía, en consecuencia, sugiere a ese Municipio que se establezca un plazo mínimo de seis meses, desde que se adjudique la propuesta, para la implementación del servicio, en consideración al número y al año de fabricación de los camiones que se exigen.
17. En conclusión, su Municipio debe ajustar las bases de licitación en los términos expuestos, respecto a las cláusulas de Exigencias Desmedidas, Discrecionalidad, Renuncia Anticipada de Acciones, Inmutabilidad de las Bases y Cronograma del Proceso, las cuales han merecido reparos por parte de esta Fiscalía.
18. Finalmente, hago presente a usted 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,




ENRIQUE VERGARA VIAL
FISCAL NACIONAL ECONOMICO

Abogado FNE
Ximena Castillo C.
Fono: 7535662