

ORD. N°: 417 /

ANT.: - Consulta de la I. Municipalidad de Malloa sobre Bases de la licitación pública para la concesión de los "Servicios de limpieza de calles, recolección y transporte de residuos domiciliarios". Rol FNE 1400-09.
- Ord. FNE N° 108, de 10 de febrero de 2009.
- Su Ord. N° 119, de 03 de abril de 2009.

MAT.: Informa.

Santiago, **22 ABR. 2009**

DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO

A : SR. LUIS BARRA VILLANUEVA
ALCALDE
I. MUNICIPALIDAD DE MALLOA
BERNARDO O'HIGGINS N° 525
MALLOA

Con fecha 14 de abril de 2009 se han recibido en esta Fiscalía las nuevas "Bases Administrativas Especiales y Especificaciones Técnicas del Servicio de Aseo Comuna de Malloa 2009-2012, con el objeto de consultar si su contenido, tras su modificación, se ajusta a las Instrucciones de Carácter General N° 1/2006, dictadas por el 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 Ud. que dichas nuevas Bases no se han ajustado cabalmente a las observaciones formuladas por esta Fiscalía mediante el Ord. del Antecedente, subsistiendo las objeciones que se plantearan en relación a Inmutabilidad de las Bases, Cronograma del Proceso y Discrecionalidad.

A continuación, se detallan las disconformidades que, a juicio de esta Fiscalía, persisten en las referidas Bases:

I. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

1. El numeral 4.6 de las Bases Administrativas, señala: *“Los servicios contratados podrán ampliarse en base a los precios unitarios. Estas ampliaciones podrán ser aumentos de hasta un 30% del valor original pactado en ningún caso mayor a éste.”*
2. El numeral 4.7 por su parte señala: *“Debido a que la Municipalidad está evaluando la posibilidad de generar un proyecto de Estación de Transferencia de residuos sólidos domiciliarios en la comuna de Malloa, se reserva el derecho de disminuir del contrato de RECOLECCION y TRANSPORTE DE RESIDUOS DOMICILIARIOS, el valor de los servicios de transporte. Esta disminución será aplicable en el caso de complementar el proyecto respectivo.*
3. Tal como fuera informado a usted por esta Fiscalía, la posibilidad de convenir modificaciones al contrato se contrapone con la inmutabilidad de las Bases, 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 mismas, sin que se lesionen los principios de debida transparencia y garantía de libre acceso, garantidos por el Resuelvo N° 1 de las Instrucciones.
4. Conforme a lo anterior, esta Fiscalía no ha de objetar la cláusula que faculta la ampliación o disminución de los servicios, *siempre que dichas modificaciones se encuentren debidamente fundadas y sean convenidas de mutuo acuerdo entre el municipio y el adjudicatario*, lo que no ha sido expresamente establecido en las Bases objeto del presente análisis.

II. CRONOGRAMA DEL PROCESO

5. Las Bases en consulta ingresaron a esta Fiscalía con fecha de 14 de abril de 2009. Sin embargo, de acuerdo a la programación de fechas dispuesta en el numeral 6 de las mismas, éstas serían publicadas el 20 de abril de 2009.
6. El Resuelvo N° 9 de las Instrucciones de Carácter General, es claro al efecto, al indicar que *“Las Bases de las licitaciones públicas a que se refieren estas instrucciones, deberán ser remitidas a la Fiscalía Nacional Económica, a lo*

menos con 15 días corridos de anticipación a la fecha en que se publique el respectivo llamado.”

7. Asimismo, la Sentencia N° 77, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia estableció que la Bases deben ser hechas llegar a esta Fiscalía con la debida antelación, de manera tal que *“...la revisión de Bases de licitación, así como el intercambio de información... 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.”*
8. Por tanto, procede que ese municipio remita a esta Fiscalía las Bases integras, incluyendo el cronograma del proceso, con el plazo de antelación señalado en las Instrucciones, a fin de que las fechas y plazos establecidos puedan ser efectivamente cumplidos.

III. DISCRECIONALIDAD

9. El numeral 8.3 de las Bases Administrativas establece que *“la Municipalidad de Malloa podrá rechazar una o más propuestas e incluso omitir adjudicar una licitación, si los oferentes no cumplen con los requisitos establecidos en las Bases Administrativas o si el oferente tiene antecedentes anteriores que hagan presumir a la Comisión por unanimidad de sus miembros, poca seriedad en la propuesta o dudas sobre el cumplimiento de su oferta.”*
10. 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”*
11. 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* 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”*.

12. 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;”*
13. En consecuencia, para asegurar la debida transparencia de la actuación municipal, las Bases deben especificar, al menos a modo ejemplar, cuáles o qué tipo de razones serán aptas para hacer efectivo lo señalado en el numeral 8.3 de las mismas. Además, una vez efectuadas las ofertas, la selección del proponente al que se adjudicará la licitación y la desestimación de las mismas, deberán fundarse de manera objetiva, en base a criterios previamente establecidos en las Bases, como ya se ha indicado.

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