

ORD. N°: 588

ANT.: - Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases de la propuesta pública para la concesión de los "Servicios de recolección y transporte de residuos domiciliarios, públicos y otros; barrido y limpieza de calles con extracción de basuras y transporte". Rol FNE 1446-09.
- Ord. FNE N° 435, de 30 de abril de 2009.
- Su Ord. 397, de 20 de mayo de 2009.

MAT.: Informa.

Santiago, 01 JUN. 2009

DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO
A : SR. MANUEL FUENTES ROSALES
ALCALDE
I. MUNICIPALIDAD DE PEÑAFLO
ALCALDE LUIS ARAYA CERECEDA N° 1215
PEÑAFLO

Con fecha 22 de mayo de 2009, se han recibido en esta Fiscalía las nuevas Bases Administrativas, Bases Técnicas y anexos, del llamado a licitación para la concesión del servicio de "Recolección y transporte de los residuos domiciliarios públicos y otros; barrido y limpieza de calles con extracción de basuras y transporte", 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 mediante el Ord. del Antecedente, subsistiendo las objeciones que se plantearan en relación a discrecionalidad. A saber:

1. El Artículo 16 de las Bases Administrativas, referido a la "Adjudicación", señala:

16.1 "La Municipalidad de Peñaflores, por su parte, se reserva el derecho de adjudicar la licitación sobre la base de:

- i. En contratos separados para el suministro de los servicios en licitación, a distintos proponentes, según las ofertas individuales más convenientes a los intereses técnicos y/o económicos del municipio.
- ii. En un contrato único, por un 100% del suministro de los servicios en licitación, si la oferta global es conveniente a los intereses técnicos y económicos del municipio, o
- iii.- Desestimar todas las ofertas sin necesidad de expresar causa, ni motivo alguno...."

2. A juicio de esta Fiscalía, lo anterior constituye una fuente de discrecionalidad, puesto que faculta a esa Corporación para desentenderse de los criterios de evaluación establecidos en las Bases para la adjudicación de la propuesta, vulnerando así el Resolvo 7° de las Instrucciones de Carácter General, el cual dispone que: "Las Bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación. (...) En caso de declarar desierta una licitación, las municipalidades estarán obligadas a iniciar una nueva, ajustando las Bases de la misma a las necesidades identificadas en el proceso declarado desierto...".

3. En esa misma línea, la Resolución N° 13/2006 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 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, disminuya la competencia ex ante*".

4. A mayor abundamiento, la Sentencia N° 77/2008 del H. Tribunal, confirmada por la Excma. Corte Suprema con fecha 27 de mayo de 2009, 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.”*

En atención a lo expuesto, y conforme lo dispuesto en el artículo 39, letra d) del Decreto Ley N° 211, solicito la 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