

ORD. N°: 921 /

- ANT.: - Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases de la propuesta pública para la licitación del "Servicio de recepción y disposición final de residuos sólidos domiciliarios". Rol N° 1497-09 FNE.
- Ord. FNE N° 798, de 06 de julio de 2009.
- Su Ord. 421, de 13 de julio de 2009.

MAT.: Informa.

Santiago, **05 AGO. 2009**

DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO

A : SR. FELIPE AYLWIN LAGOS
ALCALDE
I. MUNICIPALIDAD DE CHILLAN VIEJO
SERRANO N° 300
CHILLAN VIEJO

Con fecha 22 de julio de 2009, se han recibido en esta Fiscalía las nuevas Bases Administrativas, Especificaciones Técnicas y anexos, del llamado a licitación para la concesión del servicio de "Recepción y disposición final de residuos sólidos domiciliarios", 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 10 de las Bases Administrativas Generales, referido a la “Presentación de la Propuesta”, señala lo siguiente:

B “Al someter a consideración las ofertas, la Municipalidad se reserva en todo caso el derecho para rechazar todas las ofertas o aceptar cualquiera de ellas, de acuerdo a los intereses municipales. En todo caso, la evaluación se realizará sobre la base de los siguientes criterios y factores:...”
2. Por su parte el artículo 17, referido a la “Adjudicación”, señala que: *“La adjudicación se otorgará al oferente seleccionado que presente la oferta más viable y conveniente al interés de la “Municipalidad”. Dicha adjudicación se efectuará por Decreto Alcaldicio, previo acuerdo del H. Concejo Municipal de Chillán Viejo. Además deberá proceder a adjudicar a través del Portal Mercado Público”*
3. 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 Resuelvo 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...”*
4. 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”*.
5. A mayor abundamiento, en relación a la discrecionalidad, la Sentencia N° 77/2008 y que fuera confirmada por Sentencia de la Excma. Corte Suprema, de 27 de mayo de 2009, dictada en autos Rol 7796-2009, en su parte

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, 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