

ORD. N°: 1201✓/

ANT.: - Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases de la propuesta pública para la licitación denominada "Concesión del servicio de extracción, recolección y transporte de residuos sólidos urbanos, limpieza y barrido de vías y espacios públicos, ferias libres y propaganda de la comuna". Rol N° 1519-09 FNE.

- Ord. FNE N° 882, de 28 de julio de 2009.

- Su Ord. 731, de 28 de agosto de 2009.

MAT.: Informa.

Santiago, **05 OCT. 2009**

DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO

A : SR. AUDITO RETAMAL LAZO
ALCALDE
I. MUNICIPALIDAD DE SAN PEDRO DE LA PAZ
LOS ACACIOS N° 43
SAN PEDRO DE LA PAZ

Con fecha 4 de septiembre de 2009, se han recibido en esta Fiscalía las nuevas Bases Administrativas y Especificaciones Técnicas del llamado a licitación de la propuesta pública denominada "Concesión del servicio de extracción, recolección y transporte de residuos sólidos urbanos, limpieza y barrido de vías y espacios públicos, ferias libres y propaganda", 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 al elemento discrecionalidad. A saber:

1. El artículo 18 de las Bases Administrativas, referido al “Proceso de Adjudicación”, señala lo siguiente:

“El Alcalde presentará al Concejo Municipal las conclusiones del informe de la comisión evaluadora y propondrá la adjudicación al proponente que haya obtenido el mejor puntaje. El Concejo se pronunciará respecto a la proposición del Alcalde y cuando por razones fundadas sea rechazada, el Alcalde podrá optar entre proponer al oferente que obtuvo el segundo mejor puntaje. En caso que esta segunda proposición sea rechazada, el Alcalde podrá proponer al oferente que obtuvo el tercer mejor puntaje. Finalmente, y siempre considerando razones fundadas y de interés municipal, si esta tercera propuesta fuera finalmente rechazada, se llamará a una nueva licitación”.

2. Esta Fiscalía estima que tal disposición 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...”.
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, 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 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.”

Finalmente, hago presente a su 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