

083

ORD. N°: 1154✓

ANT.: - Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases de licitación para los Servicios de Tratamiento Intermedio y Disposición Final de Residuos Sólidos de la comuna. Rol 1724-10 FNE.

- Su Ord. N° 1704/25, de 13 de julio de 2010, recibido con fecha 14 de julio de 2010.

MAT.: Informa.

Santiago, 30 JUL. 2010

DE : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

A : SR. FERNANDO SALAME SALDIAS
ADMINISTRADOR MUNICIPAL
I. MUNICIPALIDAD DE HUECHURABA
PREMIO NOBEL N° 5555
HUECHURABA

Con fecha 14 de julio de 2010, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Generales, Administrativas y Especificaciones Técnicas, del llamado a licitación para la concesión del servicio de "*Tratamiento Intermedio y Disposición Final de Residuos Sólidos comuna de Huechuraba*", 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.

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

I. CRONOGRAMA DEL PROCESO

1. Aún cuando el Artículo XIX de las Bases Administrativas Especiales presenta un cronograma detallado con los hitos del proceso de licitación, este cronograma no cumple el resuelto tercero de las Instrucciones Generales, el cual establece que *“Las municipalidades deberán publicar el llamado a licitación que realicen, con una anticipación mínima de 60 días corridos previos a la fecha prevista para la recepción de ofertas.”*

II. PUBLICACIÓN

2. El número 1 del artículo 3° de las Bases Administrativas Generales dispone que *“Las licitaciones de carácter públicas se publicarán por una vez en uno de los Diarios de mayor circulación de la comuna el más conveniente desde el punto de vista de su difusión, debiendo mediar, a lo menos el plazo de 15 días corridos entre la fecha de aviso y la de apertura de las propuestas”.*
3. Lo anterior no cumple el resuelto tercero de las Instrucciones Generales, el cual establece que *“Las municipalidades deberán publicar el llamado a licitación que realicen, con una anticipación mínima de 60 días corridos previos a la fecha prevista para la recepción de ofertas, en al menos dos diarios de circulación nacional o, alternativamente, en uno de circulación nacional y en otro de circulación en la región que corresponda”.*

III. EXPERIENCIA

4. El artículo V de las Bases Administrativas Generales señala que podrán participar personas naturales o jurídicas *“que acrediten experiencia en el rubro de los servicios que se licitan.”*
5. Al respecto, cabe tener presente lo resuelto por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que en su Sentencia N° 77, de 4 de noviembre de 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.”

IV. DISCRECIONALIDAD

6. La letra g) de las Especificaciones Técnicas, denominada “Procedimiento de Aplicación de Multas”, establece que *“En todos los casos, la Municipalidad se reserva el derecho de ratificar a aumentar las sanciones hasta en un 50% por reiteración de las faltas o cuando la gravedad de la deficiencia lo justifique”*.
7. A juicio de esta Fiscalía, lo anterior constituye una fuente de discrecionalidad, por lo que se solicita a dicha Corporación señalar especificar criterios o casos de reiteración o de gravedad en la deficiencia que justifique dicho proceder.
8. El artículo 11° de las Bases Administrativas Generales dispone que *“El Alcalde, con los informes de las Unidades indicadas, adjudicará el servicio o concesión, pudiendo aceptar cualquiera de las ofertas o rechazarlas todas, por Decreto Alcaldicio en el que fijará también cual es la segunda y tercera oferta más conveniente para el Municipio y que será notificada por el Secretario Municipal, personalmente al adjudicado y por carta certificada a los demás oferentes”*.

“La Municipalidad se reserva el derecho a dar la concesión o adjudicar el contrato a cualquiera de los tres oferentes seleccionados aún cuando la cotización del adjudicado no sea la de menor costo, caso este último en el que respectivo decreto deberá contener los fundamentos de tal decisión”.

9. Lo anterior faculta a esa Corporación para desentenderse de los criterios de evaluación establecidos en las Bases para la adjudicación de la propuesta, adjudicando la licitación a cualquier oferente válido, 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...”.

10. 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”.*

11. A mayor abundamiento, en relación a la discrecionalidad, la Sentencia N° 77/2008 del mismo H. Tribunal, confirmada por Sentencia de la Excm. Corte Suprema, 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.”*

V. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

12. El artículo VIII de las Bases Administrativas Especiales, señala que *“Toda divergencia, inconveniente o interpretación de las bases u observación que se presente en el acto de apertura deberá quedar consignada en el Acta de Apertura y será la Comisión señalada en el presente punto, quienes se pronunciarán sobre las materias planteadas, tomando las resoluciones y/o acciones que correspondan, las cuales no serán motivo de apelación ni recurso alguno...”*.
13. Por otro lado, el artículo 26 de las Bases Administrativas Generales, señala que *“La aplicación de las multas se hará sin forma de juicio...”*
14. De conformidad a lo dispuesto en el Resuelvo 8° de las Instrucciones de Carácter General *“No podrán incluirse en las bases de licitación cláusulas o disposiciones sobre renuncia anticipada de acciones ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, ni otras que otorguen a la municipalidad respectiva el derecho a poner término anticipado al contrato adjudicado sin una causa justificad.”*

VI. DE LA INMUTABILIDAD DE LAS BASES

15. El artículo V de las Especificaciones Técnicas señala que *“El adjudicatario recibirá el aumento natural de basura del crecimiento o aumento de la población, del consumo de bienes sin que esta enumeración sea taxativa, tanto en su estación de transferencia como en el relleno sanitario, sin que esto constituya un aumento en la tarifa”*.
16. En aras de preservar el principio de inmutabilidad de las bases y permitir un grado de flexibilidad que permita al Municipio atender los cambios en las condiciones bajo las cuales se presta el servicio licitado, se solicita incorporar un acápite a las Bases de licitación que permita, *de común acuerdo entre esa Corporación y el adjudicatario*, efectuar ajustes al valor del contrato, sujeto al

cumplimiento de *criterios objetivos*, establecidos en las Bases, como una variación en el número de ferias autorizadas a operar en la comuna, cambios en el lugar de disposición de los residuos, entre otros, con la debida compensación económica para el adjudicatario.

En consideración a lo expuesto, y conforme lo dispuesto en el artículo 39, letra d) del Decreto Ley N° 211, solicito al señor Alcalde que las nuevas bases consultadas sean modificadas en lo observado.

Saluda atentamente a usted,



fi fuh

FELIPE IRARRÁZABAL PHILIPPI
FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

Abogado FNE^J
Francisco Arriagada P.
Fono: 7535662