

ORD. N°: 1804 /

ANT.: Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases Administrativas y Términos de Referencia contratación de "Servicio de Recolección y Transporte a Disposición Final de Residuos Domiciliarios, Limpieza y Barrido de Calles y Veredas" en la Comuna de Padre Hurtado. Rol N° 1767-10 FNE.
-ORD N°1455 de 14 de octubre de 2010.

Sus Ords. N° 901 de 24 de septiembre de 2010, recibido el día 28 de septiembre de 2010 y N°1076 de 22 de noviembre de 2010.

MAT.: Informa.

Santiago, 20 DIC. 2010

DE : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
A : SR. JOSE MIGUEL ARELLANO MERINO
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE PADRE HURTADO
PADRE HURTADO
CAMINO MELIPILLA 3295
COMUNA DE PADRE HURTADO

Con fecha 22 de noviembre de 2010, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas Generales y Espaciales y los Términos de Referencia y Técnicas para la Licitación Pública del "*Servicio de Recolección y Transporte a Disposición Final de Residuos Domiciliarios, Limpieza y Barrido de Calles y Veredas de la Comuna de Padre Hurtado*", 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.

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

I. CRONOGRAMA DEL PROCESO

1. Las Bases Administrativas Especiales incluyen en su anexo un cronograma que detalla los hitos relevantes del proceso. Al respecto, el plazo establecido entre la adjudicación y el inicio de los servicios alcanza a 21 días, lo cual podría erigirse en una barrera a la entrada, si en el período señalado los potenciales oferentes no pueden adquirir los equipos requeridos para iniciar sus actividades.
2. Al respecto, hacemos presente el Resuelvo 6° de las Instrucciones, que señala que *“los Municipios no pueden imponer a los interesados en participar en una licitación, exigencias que otorguen ventajas artificiales que reduzcan injustificadamente el número de potenciales oferentes”*, lo que implica que se deben establecer plazos prudentes entre cada etapa del proceso, en particular entre la suscripción del contrato y el inicio de operaciones, cautelando que éstos no se constituyan en barreras a la entrada para potenciales participantes.
3. Sobre el particular, esta Fiscalía es de la opinión que el exiguo plazo contemplado entre la adjudicación y la puesta en marcha del servicio resulta en una disminución innecesaria de la competencia, toda vez que erige una barrera a la entrada a potenciales competidores que, aún cumpliendo con los restantes estándares mínimos requeridos, no logren realizar las gestiones necesarias (por ej. compra de equipo, instalación de oficinas, contratación de personal, entre otros) en el corto período de tiempo establecido para ello.
4. En consecuencia, resulta necesario que esa I. Municipalidad modifique las fechas señaladas, estableciendo un plazo unívoco que cautele que entre la suscripción del contrato y la entrada en operación de la adjudicataria medie un

plazo prudente, de manera que no se reduzca injustificadamente la participación de interesados en la licitación.

II. DISCRECIONALIDAD

5. El numeral 2 de las Bases Administrativas Especiales señala que " *Los servicios serán contratados al contratista cuya oferta individual resulte más conveniente a los intereses del Municipio*".
6. Al respecto, 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, disminuye la competencia ex ante*"¹.
7. Más aún, a juicio de esta Fiscalía, el artículo señalado podría facultar 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 mencionado resuelto 7° de las Instrucciones de Carácter General, el cual dispone, además, que: "*Las Bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación.*"
8. A mayor abundamiento, en relación a la discrecionalidad, la Sentencia N° 77/2008 del mismo H. Tribunal, confirmada por Sentencia de la Excma. Corte Suprema, en su parte considerativa señaló: "**Sexagésimo primero.** *Que en opinión de este Tribunal, lo reprochable de la cláusula transcrita anteriormente*

¹ Resolución N° 13 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de fecha 27 de junio de 2006. Consulta de la DGAC sobre Bases de Licitación de Redes Hidrantes, Rol NC 103-05. Considerando Décimo quinto, página 10.

*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.”*

9. Adicionalmente, hacemos presente a usted que la desestimación de las ofertas deberán fundarse de manera objetiva, en base a criterios previamente establecidos en las bases.

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,



F. Irarrázabal Philippi
FELIPE IRARRÁZABAL PHILIPPI
FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

Abogado FNE
Camila Ringeling
Fono: 7535604