

040

0433

ORD. N°:

ANT.:

- Consulta del Sr. Subsecretario de Desarrollo Regional y Administrativo sobre Bases de la Propuesta Pública para la "Licitación Internacional Pública para la Construcción Primera Etapa del Relleno Sanitario Provincial, Comuna de Puerto Varas y Puesta en Marcha". Rol FNE 1818-11.

- Su MIN. INT. (ORD.) N° 0228 de 20 de enero de 2010, recibido el día 24 de enero de 2011.

MAT.: Informa.

Santiago 17 MAR. 2011

A : SR. SUBSECRETARIO DE DESARROLLO
REGIONAL Y ADMINISTRATIVO
MORANDÉ N° 115, PISO 7
SANTIAGO

DE : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

Con fecha 24 de enero de 2011, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas Generales, Técnicas Generales y Especificaciones Técnicas Generales para la "Licitación Internacional Pública Construcción Primera Etapa Relleno Sanitario provincial, Comuna de Puerto Varas y Puesta en Marcha", en el marco del Contrato Préstamo N° 2001 66 413, del 2 de enero de 2007, suscrito entre el Banco KFW y el Estado de Chile, Programa de Residuos Sólidos, 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(en adelante "las Instrucciones").

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

I. CRONOGRAMA DEL PROCESO

1. Las Bases Administrativas Generales no incorporan un cronograma detallado de las diversas etapas del proceso licitatorio.
2. Al respecto, resulta necesario incorporar a las Bases un Calendario o Cronograma detallado que contemple todas las etapas relevantes del proceso, tales como: fecha de publicación del llamado a licitación, de presentación de las ofertas, de adjudicación, de suscripción del contrato, de inicio de los servicios, etc. Adicionalmente, se deben establecer plazos prudentes entre cada etapa del proceso, en particular entre la suscripción del contrato e inicio de las operaciones, cautelando que los mismos no se constituyan en barreras a la entrada para potenciales participantes.
3. Confirma lo anterior la Sentencia N° 77, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 4 de noviembre de 2008, la cual señala que las Bases deben ser hechas llegar a esta Fiscalía con la debida antelación, de manera tal que la revisión de las mismas "*se realice teniendo en especial consideración la necesidad de resguardar plazos prudentes, que permitan realizar los correspondientes llamados a licitación y principiar los servicios contratados, dando tiempo suficiente a las empresas para preparar y presentar sus propuestas e iniciar adecuadamente las prestaciones a las que se obliguen, respectivamente*".¹

¹ Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de la I. Municipalidad de Curicó.

II. DISCRECIONALIDAD

4. El numeral 3.14 de las Bases Administrativas Generales establece que "La Unidad Técnica se reserva el derecho de aceptar o rechazar cualquier Oferta, de anular el proceso de Licitación y de rechazar todas las Ofertas en cualquier momento antes de la adjudicación del Contrato, sin que por ello adquiera responsabilidad alguna ante los oferentes".
5. El numeral 3.3, de las Bases Administrativas Generales, establece en su párrafo tercero *"El Mandante se reserva el derecho de modificar los plazos indicados en las Bases de Licitación, sin que ello se derive responsabilidad alguna para el Mandante, ni pueda constituir causal de reclamo o cobro de indemnización alguna por parte de los Oferentes y/o Adjudicatario"*.
6. Las disposiciones señaladas en los numerales anteriores contravienen la Resolución N° 13/2006 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que 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"*².
7. Adicionalmente el numeral 3.14 de las Bases 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, contraviniendo así la ya citada Sentencia N° 77/2008, que dispuso: *"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*

² 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.

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".

III. COMISION EVALUADORA

8. Aun cuando el numeral 3.13.3 de las Bases Administrativas establece que "el Mandante a través de la comisión evaluadora examinará los aspectos técnicos de la Oferta...", las Bases no definen la conformación de la Comisión Evaluadora.
9. Una cláusula como la señalada contraviene "las Instrucciones" que en su Resuelvo 5° disponen: *"Las bases de todo proceso de licitación deberán precisar cómo se integrará la comisión evaluadora."*

IV. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

10. El numeral 3.1.8 de las Bases Administrativas señala que "toda situación no prevista en estas bases será resuelta por el Mandante, siendo su decisión obligatoria para los participantes, inapelable y sin derecho a reclamo alguno" (el énfasis es nuestro).
11. Por otro lado, el numeral 3.3 de las citadas bases señala que, en caso de modificación de los plazos indicados en las Bases de Licitación, ello no puede

“constituir causal de reclamo o cobro de indemnización alguna por parte de los Oferentes y/o Adjudicatario”.

12. Al respecto, cabe tener presente que las cláusulas que establecen la renuncia anticipada de acciones legales, jurisdiccionales y/o administrativas, en especial las que son irrenunciables, contravienen el Resuelvo 8° de las Instrucciones Generales, que expresamente dispone: *“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...”*.
13. A su vez, el considerando cuarto de las mismas instrucciones agrega que: *“la incorporación en las bases de licitación de cláusulas o disposiciones de renuncia anticipada de acciones legales, jurisdiccionales y/o administrativas (...) además de desincentivar la participación de oferentes en estos procesos al introducir un elemento de incertidumbre, podría vulnerar normas de orden público...”*.
14. La citada renuncia, además de desincentivar la participación de oferentes en futuros procesos, podría vulnerar normas de orden público, tal como lo señalan “las Instrucciones” en su Considerando 4°.

V. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

15. El ya citado numeral 3.3 indica que “el Mandante se reserva el derecho de modificar los plazos indicados en estas Bases de Licitación, sin que de ello se derive responsabilidad alguna para el Mandante....”.
16. Al respecto, esta Fiscalía considera que la posibilidad de convenir modificaciones al contrato no amparadas en circunstancias objetivas y verificables, debidamente establecidas en las Bases, se contraponen derechamente con el principio de inmutabilidad de las mismas. En virtud de éste, una vez iniciado el proceso de licitación, no pueden alterarse siquiera por

la vía de las aclaraciones, enmendaduras, adiciones o supresiones al contenido esencial de las Bases, sin que se lesionen los principios de debida transparencia y garantía de libre acceso, garantidos por el Resolvo N° 1 de las Instrucciones.

17. En consecuencia, resulta necesario que los ajustes al contrato respondan a la aplicación de parámetros objetivos, previamente establecidos en las Bases.

VI. DISCRIMINACIÓN

18. El numeral 5.3.4, de las Bases Administrativas Generales, en el párrafo referido a la "Obligación de recibir residuos", se establece que el adjudicatario "Tendrá la obligación de recibir **sólo** los Residuos Sólidos Domiciliarios o Asimilables provenientes de los clientes con contrato establecido en estas bases" (el énfasis es nuestro).
19. Según lo establece el numeral 3.20.8, de las Bases Administrativas Generales, el objeto de la licitación en comento, se refiere a la materialización de obras de construcción de la primera etapa del Relleno sanitario Provincial, Comuna de Puerto Varas, y la puesta en marcha del Relleno asumiendo el contratista la gestión del Relleno y proporcionando a los municipios y otros entes que se indiquen, el servicio de disposición final de residuos sólidos domiciliarios y asimilables.
20. La jurisprudencia de los órganos de Defensa de la Libre Competencia se ha pronunciado sobre la materia estableciendo: *"que la situación de control de un agente de la etapa de tratamiento intermedio o de la etapa de disposición final de los residuos sólidos domiciliarios, o de ambas etapas, es un hecho que constituye en términos económicos y desde el punto de vista de la libre*

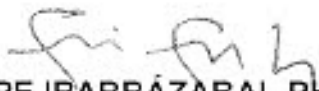
*competencia, el control de un recurso esencial o estratégico para todos los mercados relacionados con el manejo y disposición final de dichos residuos*³.

21. Asimismo, las "Instrucciones" en su Considerando Octavo establecen: "Que, por último y habida cuenta que existen restricciones ambientales y normativas especiales que regulan la instalación de plantas para los servicios que se prestan en las etapas intermedias o finales del manejo de residuos sólidos domiciliarios, resulta conveniente mantener la obligación, para las empresas que explotan instalaciones de tratamiento intermedio de residuos sólidos domiciliarios o rellenos sanitarios autorizados para la disposición final de los mismos, de publicar las tarifas basadas en criterios objetivos y no discriminatorios, iguales para todos quienes se encuentren en una misma situación. Consecuencialmente deberán colizar sus servicios a quienes los requieran, ajustándose las tarifas que estén contenidas en la última publicación" (el destacado es nuestro).
22. Concluyen las "Instrucciones", en su Resuelvo 10° "Las empresas que presten servicios en las etapas intermedias o finales del manejo de residuos sólidos domiciliarios deberán **otorgar igualdad de condiciones a todos los usuarios y clientes que le requieran tales servicios, sean o no sus competidores, absteniéndose de cualquier discriminación arbitraria;** y" (el énfasis es nuestro).
23. En consecuencia, en opinión de esta Fiscalía el relleno sanitario deberá recibir los residuos sólidos domiciliarios y asimilables de todos aquellos usuarios y clientes que les requiera los servicios de tratamiento intermedio y final, sin que se establezcan criterios discriminatorios para su aceptación.

³ Resolución N° 650, de 17 de mayo de 2002, H. Comisión Resolutiva.

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,



FELIPE IRARRÁZABAL PHILLIPI
FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

Aboqado FNE
Ximena Castillo C.
Fono: 7535604 - 7535662