

ORD. N°:

0843 ✓ /

ANT.: Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases Administrativas de Licitación Pública para la propuesta denominada "Servicio de Extracción y Transporte de basuras desde el Centro de Detención Preventiva (CDP) ubicado en la Comuna de Santiago"; Rol N°1893 -11 FNE.

Su Ord. N° 1030, de 12 de mayo de 2011, recibido el día 13 de mayo de 2011.

MAT.: Informa.

Santiago, 22 JUN 2011

DE : SUBFISCAL NACIONAL ECONÓMICO

A : SR. PABLO ZALAUETT SAID
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE SANTIAGO
PLAZA DE ARMAS S/N
SANTIAGO

Con fecha 13 de mayo de 2011, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas I, Bases Administrativas II, Especificaciones Técnicas y Anexos, de la propuesta pública denominada "Servicio de Extracción y Transporte de Basuras desde el Centro de Detención Preventiva (CDP), ubicado en la Comuna de Santiago", 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 (en adelante, las "Instrucciones").

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

I. CRONOGRAMA DEL PROCESO

1. Si bien el cronograma del proceso, contempla los hitos relevantes del mismo, no señala la fecha de adjudicación. Adicionalmente, se establece como plazo de inicio del servicio el día 2 de septiembre, el que resulta insuficiente, ya que se señala el día 8 de agosto para la entrega de la boleta de garantía para la seriedad de la oferta, lo que podría significar que potenciales oferentes se inhiban de participar en virtud de la imposibilidad de disponer de los camiones y equipos requeridos para iniciar el servicio.
2. Sobre el particular, el Resuelvo N° 6 de las “Instrucciones”, establece 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 participantes, lo que refuerza la necesidad de consignar plazos prudentes, de manera que no se constituyan en barreras a la entrada para ellos.
3. Confirma lo anterior la Sentencia N° 77, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 4 de noviembre de 2008, que 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
4. Por lo tanto, se recomienda a ese municipio establecer plazos prudentes entre la suscripción del contrato y el inicio de los servicios, cautelando que éstos no se constituyan en barreras a la entrada para potenciales participantes, según lo prevé el Considerando 3° de las citadas Instrucciones.

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

II. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

5. Las Bases Administrativas II, en su numeral 13, señalan: *“La Municipalidad podrá ampliar o disminuir los servicios hasta en un 40% del valor mensual del contrato. En ella eventualidad se establecerá de común acuerdo entre las partes, el recurso humano y material a emplear”*.
6. Sobre el particular, hacemos presente que la posibilidad de efectuar modificaciones a las Bases, se contrapone con la inmutabilidad de las mismas, las que 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 Resuelvo N° 1 de las Instrucciones de Carácter General.
7. En consecuencia, resulta necesario que los ajustes al contrato respondan a la aplicación de parámetros previamente establecidos en las Bases, tales como incremento en el número de internos o gendarmes.

III. DISCRECIONALIDAD

8. Las Bases Administrativas II, en su numeral 29), establecen: ***“Licitación declarada desierta: Aquella así declarada mediante resolución fundada cuando no se presentan ofertas o las presentadas no resultan convenientes a los intereses municipales”***.
9. 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*².

10. Más aún, a juicio de esta Fiscalía, los numerales señalados podrían 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 resuelvo 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”.
11. A mayor abundamiento, en relación a la discrecionalidad, la citada 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”*.*
12. Por último, hago presente a ese Municipio que, de acuerdo al considerando sexagésimo séptimo de la señalada Sentencia N° 77, el H. Tribunal de la Libre

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.

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,
Por orden del Fiscal Nacional Económico


REPUBLICA DE CHILE
* SUBFISCAL NACIONAL
FISCALIA NACIONAL ECONOMICA
JAIME BARAHONA URZÚA
SUBFISCAL NACIONAL ECONOMICO

Abogado FNE
Ximena Castillo C.
Fono: 7535602