

ORD. N° 1005
ANT.: Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases de la propuesta pública para la concesión del "Servicio de Recolección y Transporte de Residuos Sólidos Domiciliarios", de la comuna de San Ramón Rol N° 1924-11 FNE.
MAT.: Informa.

Santiago, 26 de julio de 2011

DE : SUBFISCAL NACIONAL (S)

**A : SR. PEDRO ISLAS FARIAS
ALCALDE
I. MUNICIPALIDAD DE SAN RAMÓN
AV. OSSA N° 1771
SAN RAMÓN
REGIÓN METROPOLITANA DE SANTIAGO**

Con fecha 30 de junio de 2011, se ha recibido en esta Fiscalía una nueva versión de las Bases Administrativas, Especificaciones Técnicas y Anexos para la Licitación Pública del "Servicio de Recolección y Transporte de los Residuos Sólidos Domiciliarios", de la Comuna de San Ramón, 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 artículo 16 de las Bases consagra un Cronograma de Licitación, resulta necesario incorporar a éste 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.

2. Cabe tener presente que el Resuelvo 6° de las referidas 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 oferentes". En consecuencia, se deben establecer en las Bases

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]

II. PUBLICACIÓN

4. Se hace presente a esa I. Municipalidad que el Resuelvo 3° de las Instrucciones de Carácter General dispone 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 un circulación nacional y en otro de circulación en la región que corresponda. A la fecha de las publicaciones, las respectivas bases de licitación deberán estar disponibles para los interesados."

III. DISCRECIONALIDAD

5. El artículo 35.3 de las Bases señala en su tercer párrafo que: "En el caso de revocación del contrato por causa de interés público no imputable al concesionario, deberá existir previo informe fundado de la I.T.S. (...)"

6. La disposición señalada contraviene 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. 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 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.”

8. En este sentido, debiese especificarse claramente en qué circunstancias procede poner fin al contrato debido a causas de “interés público”.

IV. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

9. El artículo 20.1 de las Bases señala que: “Por otra parte, la Municipalidad podrá ordenar una disminución del monto del contrato de hasta un 20% del monto original, en caso de disminución predial poblacional, o que su situación presupuestaria lo hiciera imperioso, lo cual deberá fundarse en informe técnico preparado en conjunto por la Secretaría Comunal de Planificación y Dirección de Administración y Finanzas”.

10. La posibilidad de convenir modificaciones al contrato no amparadas en circunstancias objetivas y verificables (como por ejemplo, aumento del número de viviendas que deben ser atendidas, como consecuencia de la construcción de nuevos conjuntos habitacionales) debidamente establecidas en las bases de licitación, se contraponen 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 Resolvo N° 1 de las Instrucciones de carácter general.

11. De esta forma, se debe eliminar o aclarar la alusión a la situación “presupuestaria municipal” como causal para reducir el monto del contrato.

V. FALTA DE CLARIDAD

12. El artículo 19.1 de las Bases señala que: “Para suscribir el contrato correspondiente, el Concesionario deberá entregar una Boleta Bancaria de Garantía, expresada en pesos, con una vigencia hasta el 31 de diciembre de cada año por un

equivalente a 1,5 mensualidades del monto de éste, para garantizar su fiel, total y oportuno cumplimiento (...) Esta Boleta Bancaria de Garantía deberá ser renovada o reemplazada cada año, a más tardar el 30 de noviembre, por una con vigencia al 31 de diciembre del año siguiente, por el monto de dos y media mensualidades del servicio inmediatamente anterior al de su emisión”.

13. En este punto cabe hacer presente que debe imperar la transparencia y claridad en cada una de las disposiciones de las Bases, erradicando completamente cualquier contradicción o incertidumbre a los oferentes en la presente licitación. Al efecto, las instrucciones, en su considerando segundo, expresan que éstas tienen por objeto establecer los criterios básicos a los que deben sujetarse las bases de licitación, “con el objeto de asegurar la debida publicidad, transparencia y libre acceso al mercado, así como la existencia de condiciones objetivas, generales, uniformes y no discriminatorias”.

14. En este sentido, resulta necesario que ese Municipio aclare el monto de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato que será exigible al oferente adjudicado.

Finalmente, hago presente a ese 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 a la señor Alcalde que las Bases consultadas sean modificadas conforme a lo observado.

Saluda atentamente a usted,

Por orden del Fiscal Nacional Económico,


CRISTIÁN REYES CID
SUBFISCAL NACIONAL (S)


Eduardo Aguilera
Fono: 7535602 - 604

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

[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 H