

ORD. N°: 1170 /

ANT.: Consulta sobre Bases de la propuesta pública para la concesión del "Servicio de Disposición Final de Residuos Sólidos", Rol N° 1929-11 FNE.

Su Ord. N° 1300/40, de 5 de julio de 2011.

MAT.: Informa.

24 AGO. 2011

DE : SUBFISCAL NACIONAL ECONÓMICO

A : SR. SERGIO ECHEVERRÍA GARCÍA
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE SAN JOAQUÍN
AVDA. SANTA ROSA N° 2606
SAN JOAQUÍN

Con fecha 5 de julio de 2011, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas y Anexos para la licitación pública de la concesión del "Servicio de Disposición Final de Residuos Sólidos de San Joaquín", 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 Generales").

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

I. COMISIÓN EVALUADORA

1. El numeral 4.4 de las Bases Administrativas, establece que: "*Para la evaluación de las ofertas, La Municipalidad constituirá una Comisión Técnica Evaluadora, integrada por a lo menos tres funcionarios*".
2. Lo señalado contraviene las "Instrucciones", toda vez que el Resuelvo 5° de las mismas dispone: "*Las bases de todo proceso de licitación deberán precisar*

cómo se integrará la comisión evaluadora”.

II. DURACIÓN DEL CONTRATO

3. Las Bases Administrativas en su numeral 5.3, se refieren al plazo del contrato, señalando: *“El plazo de duración del contrato será de 8 años, y podrá ser prorrogado por única vez hasta por seis meses. La prórroga de seis meses procederá solo en caso de que la licitación para un nuevo contrato haya sido declarada desierta o que no se hayan presentado oferentes y para el sólo efecto de que se realice una nueva licitación”.*
4. Al respecto, el plazo referido no se condice con los plazos comunes en la industria que, según antecedentes recopilados por esta Fiscalía, no superan los cuatro a cinco años. El plazo que se ha establecido es excesivo por cuanto rigidiza innecesariamente la disputa por la provisión del servicio.
5. Lo anterior, considerando, por una parte, la necesaria certidumbre sobre el objeto licitado que han de tener todos los eventuales interesados y, por otra, la duración normal del ciclo de negocio, asociado a la depreciación de los activos que requiere. Una menor certidumbre atenta contra la transparencia del proceso y el libre acceso, en tanto que una duración excesiva imposibilita innecesariamente la disputa por la provisión del servicio. Todo esto, de conformidad con los Resueltos 1° y 2° de las Instrucciones.

III. DISCRECIONALIDAD

6. El numeral 5.4.2, referido a la Garantía por “Seriedad de la Oferta”, señala que: *“Los Proponentes deberán presentar una boleta bancaria por la seriedad de la oferta, a nombre de la Municipalidad de San Joaquín”,* sin establecer el monto de la misma.
7. Por otro lado, el numeral 12, de las Bases Administrativas, al establecer las reglas de desempate, señala que, en primer lugar, se adjudicará al oferente que haya obtenido un mayor puntaje en la oferta económica. En caso de seguir registrándose empate, *“...el Alcalde podrá adjudicar a cualquiera de los oferentes empatados”.*

8. Las cláusulas citadas podrían importar una fuente de discrecionalidad que incrementa los niveles de incertidumbre que enfrenta el potencial oferente. Al respecto, las Instrucciones Generales, en su resuelvo 7°, disponen: *“Las bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación”*.
9. Las disposiciones señaladas 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”*¹.
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 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,*

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.

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”.

Finalmente, hago presente a ese Municipio que, para futuras licitaciones, 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 al señor Alcalde que las Bases consultadas sean modificadas conforme a lo observado.

Saluda atentamente a usted,

Por orden del Fiscal Nacional Económico,



JAIME BARAHONA URZÚA
SUBFISCAL NACIONAL ECONÓMICO

Encargado FNE
Ximena Castillo
Fono: 7535604 7535662

Agustinas 853, Piso 2
Santiago de Chile
Tel [56 2] 753 5600
Fax [56 2] 753 5607
www.fne.gob.cl