

ORD.: 1288 /

ANT.: Consulta de la I. Municipalidad de Limache sobre bases de licitación pública para la "Concesión servicios de recolección, transporte y disposición final de residuos domiciliarios y limpieza, barrido de calles y veredas". Rol FNE 1013 - 07.

MAT.: Informa.

SANTIAGO, **16 OCT. 2007**

DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO

A : SR. GERMAN IRARRAZABAL JAQUE
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE LIMACHE
AVDA. REPUBLICA 371
LIMACHE

Con fecha 31 de agosto de 2007, se han remitido a esta Fiscalía las Bases Administrativas Generales, Especiales, Términos Técnicos de Referencia y anexos, del llamado a licitación pública para la concesión de los "Servicios de recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios y limpieza y barrido de calles, veredas y otros de la comuna de Limache", con el objeto de consultar si su contenido se ajusta a las Instrucciones de carácter general N° 1/2006, dictadas por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, para el mercado de la recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios.

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

I. DISCRECIONALIDAD.

1. Las Bases Administrativas Generales en su numeral 12, denominado "De la propuesta", señalan: "El Mandante podrá desestimar todas las ofertas cuando estime que éstas no son pertinentes a sus necesidades o bien

adjudicar la Propuesta a quién estime más conveniente a su interés, fundándolo, aunque ésta no sea la oferta más baja, ni ocupe el primer lugar en la evaluación”.

2. Por su parte, el numeral 17, párrafo 2°, establece que “el Mandante podrá rechazar todas o algunas de las ofertas señalando que ninguna se ajusta a sus necesidades, y sin que los proponentes puedan pretender indemnización alguna por ese hecho. En el caso que rechace todas las ofertas, se procederá a declarar nula la propuesta situación que será comunicada a los Proponentes a través de la Unidad Técnica. En este caso y si correspondiese se efectuará una nueva propuesta”.
3. Sobre esta materia el Resuelvo 7° de las Instrucciones dispone: “Las bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación. En la medida que ello no signifique tal arbitrariedad, es lícito que las municipalidades adjudiquen parcialmente algunas prestaciones licitadas o declaren desierta una licitación en aquellos casos en que ninguna de las propuestas se ajuste a sus necesidades. En caso de declarar desierta una licitación, las municipalidades estarán obligadas a iniciar una nueva, ajustando las bases de la misma a las necesidades identificadas en el proceso desierto”.
4. Por su parte, la Resolución N° 13/2006 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia señaló: “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, disminuya la competencia *ex ante*”.
5. En consecuencia, conforme lo señalado en las Instrucciones, la citada Resolución e, incluso, por lo resuelto por la Contraloría General de la República, resulta necesario asegurar la debida transparencia de la actuación municipal, eliminando la discrecionalidad en su proceder. Por este motivo, la desestimación de las ofertas, además de clara, debe fundarse de manera objetiva en criterios previamente establecidos en las bases.

II. INMUTABILIDAD DE LAS BASES.

6. En el numeral 14, las referidas bases se refieren al "Incremento y/o disminuciones del contrato", señalando: "Las partes se reservan el derecho de aumentar o disminuir los servicios previamente contratados, de acuerdo con las condiciones que se indican a continuación:", "...El Mandante de mutuo acuerdo con el Contratista podrá ampliar o disminuir el contrato hasta un 30% respecto de la Oferta Original del Proponente".
7. Asimismo, los "Términos Técnicos de Referencia" establecen en el párrafo final de la letra h), del numeral 12, que: "Además, se deberá definir el valor por transporte de residuos a disposición final en unidad Ton/Km., con motivo de predeterminar opciones de disposición final en razón de un eventual cierre del vertedero por el cual la municipalidad ha optado, o cambien las condiciones de contrato del mismo, situación que será consensuada con la empresa concesionaria".
8. A este respecto, el Resuelvo 2° de las Instrucciones Generales dispone que: "En los procesos de licitación, deberán definirse en forma explícita los distintos servicios que se licitan". Esta disposición tiene por objeto minimizar los niveles de incertidumbre permitiendo una mayor participación de oferentes al existir claridad respecto del tipo de servicio que requiere el licitante.
9. Por lo demás, la posibilidad de convenir modificaciones al contrato, se contrapone con la inmutabilidad de las bases, 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 mismas 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.
10. A mayor abundamiento, cuando el servicio de disposición de los residuos domiciliarios es objeto de licitación, corresponderá al concesionario, y no al municipio la elección del relleno sanitario a utilizar, toda vez que una

eventual imposición del mismo puede resultar discriminatoria respecto de aquellos oferentes, cuyos costos alternativos de disposición de residuos sean menores en otros vertederos.

III. DURACION DEL CONTRATO.

11. En relación a la duración del contrato, el numeral 6° de las Bases Administrativas Generales y los "Antecedentes Generales de los Términos de Referencia", establecen que se definirán de acuerdo a las instrucciones que imparta al respecto esta Fiscalía.
12. A este respecto, informo a usted que para ajustarse a las Instrucciones, las Bases deben establecer plazos precisos y determinados que no debieran exceder de cuatro años, posibilitando la renovación del contrato solo bajo circunstancias especiales de buen servicio, apreciables objetivamente, y no superiores a seis meses.

IV. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES.

13. Por último, el formulario N° 2, denominado "Declaración Jurada Notarial", establece en su letra d): "Que acepta la decisión que el Mandante determine sobre la Adjudicación, renunciando a todo tipo de demanda y/o indemnización en contra de éste por tal determinación".
14. Respecto de la renuncia anticipada de acciones legales, jurisdiccionales y/o administrativas, en especial las que son irrenunciables, se vulnera el Resuelvo octavo de las Instrucciones, que 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...". La citada renuncia además de desincentivar la participación de oferentes en estos procesos, podría vulnerar normas de orden público, tal como lo señalan las Instrucciones en su Considerando cuarto.

V. CONCLUSION.

15. En consideración 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 en lo observado, de manera de cumplir con las condiciones de generalidad, transparencia y libre acceso que deben existir en los procesos de licitación pública.

Saluda atentamente a usted,



ENRIQUE VERGARA VIAL
FISCAL NACIONAL ECONOMICO