

ORD. N° 1475
ANT.: Bases de la propuesta pública para la concesión del "Servicio de Disposición Final de Residuos Sólidos, Comuna de Quillota". Rol N° 1922-11 FNE.

Su Ord. N° 579, de 23 de septiembre de 2011.

Ord. FNE. N° 1200, de 29 de agosto de 2011.

MAT.: Informa.

Santiago, 27 de octubre de 2011

DE : SUBFISCAL NACIONAL

A : SR. LUIS MELLA GAJARDO
ALCALDE
I. MUNICIPALIDAD DE QUILLOTA
MAIPÚ N° 330
QUILLOTA
VALPARAÍSO

Con fecha 26 de Septiembre de 2011, se ha recibido en esta Fiscalía una nueva versión de las Bases Administrativas Generales y Especiales para la licitación pública de la concesión del "Servicio de Disposición Final de Residuos Sólidos, Comuna de Quillota", 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. CRONOGRAMA DEL PROCESO

1. Las Bases Administrativas Generales no indican cuál será la fecha de adjudicación de la propuesta.

2. Por su parte, las Bases Administrativas Especiales en su numeral 12 indican que la fecha de inicio del servicio será el día 01 de Enero de 2012.

3. A su vez, las Bases Administrativas Generales en el numeral 21 sobre Resolución del Contrato, señalan: "letra c) Si el proponente, por causa que le sea imputable, no inicia el servicio dentro del plazo de 15 días hábiles a contar de la fecha de firma del contrato", en relación con esta disposición, el punto 15 inciso segundo de las

bases referidas, señala: “El proponente adjudicado, tendrá el plazo de 10 días hábiles, contados desde la fecha de notificación de la adjudicación, para suscribirlo y entregar la Boleta de Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato”.

4. Como consta en el anterior informe remitido por esta Fiscalía, la exigüidad del plazo referido podría significar que potenciales oferentes se inhiban de participar del proceso, en virtud de la imposibilidad de disponer del equipamiento requerido para iniciar el servicio, tendiendo a establecer ventajas competitivas artificiales que podrían favorecer a aquellas empresas que eventualmente lo estén prestando.

5. Al respecto, el Resuelvo N° 6 de las Instrucciones Generales, establece: “Las Municipalidades no podrán imponer a los interesados en participar en una licitación exigencias que otorguen ventajas artificiales que reduzcan injustificadamente el número de potenciales participantes (...)”.

6. Confirma lo anterior la Sentencia N° 77, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la cual en su considerando quincuagésimo señala que las Bases de Licitación deben 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”.

7. 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.

II. DISCRECIONALIDAD

8. La nueva versión de las Bases Administrativas Generales en su numeral 12 inciso final, sobre Evaluación de la Propuesta, disponen: “La decisión del Alcalde y en su caso, del Concejo Municipal implica, la facultad de revisar y corregir la ponderación hecha por la comisión evaluadora, de acuerdo con los parámetros de evaluación contenidos en estas bases y en las Bases Administrativas Especiales.”

9. La facultad de modificar la ponderación hecha por la Comisión Evaluadora por parte del Alcalde o el Concejo Municipal, implica en los hechos, la posibilidad de obviar el examen objetivo de las propuestas realizado por la Comisión Evaluadora y someter la adjudicación de la propuesta a la sola discreción de la autoridad.

10. Por otra parte, en su numeral 13 inciso tercero, las citadas bases atribuyen al Municipio, la siguiente facultad: “Declarará desierta una licitación cuando no se presenten ofertas, o bien, cuando estas no resulten convenientes a sus intereses.”

11. Al respecto, cabe mencionar que el carácter de la disposición citada puede resultar demasiado amplio en su interpretación, lo que tiende a aumentar el grado de incertidumbre de los posibles proponentes y por ende, desincentiva su participación en el proceso licitatorio.

12. Sobre el particular, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, señaló en su Resolución N° 13/2006: “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”.

13. A mayor abundamiento, en relación a la discrecionalidad, la Sentencia N° 77/2008 del mismo H. Tribunal, confirmada por Sentencia de la Excma. 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”.

III. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

14. Las Bases Administrativas Generales en su numeral 20, inciso final, sobre término anticipado del contrato por incumplimiento del proponente, disponen: “El ejercicio de la atribución antes señalada, no dará lugar a derecho de indemnización de ningún tipo a favor del proponente afectada o de cualquier otra que haya participado de este servicio, perdiendo como sanción tan pronto como se ponga término anticipado al contrato, de la garantía que avala el cumplimiento de éste, sin perjuicio de las demás acciones legales que pudieren corresponderle por este hecho”.

15. Al respecto, se hace nuevamente presente, que la imposibilidad de los oferentes para reclamar, apelar y exigir indemnizaciones, así como, la incorporación de cláusulas que establezcan la renuncia anticipada de acciones legales, jurisdiccionales y/o administrativas, en especial las que son irrenunciables, además de desincentivar la participación de oferentes en estos procesos, podría vulnerar normas de orden público, tal como lo señalan las Instrucciones Generales en su Considerando 4°. Adicionalmente, dichas cláusulas podrían contravenir 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 (...)".

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

Abogada FNE
Ximena Castillo
Fono: 7535602 - 604