

ORD. N° 1563
ANT.: Bases para la concesión del "Servicio de Limpieza y Extracción Especial de Basuras desde la Vega Poniente y el Mercado Matadero Franklin, de la Comuna de Santiago". Rol N° 1995-11 FNE.
MAT.: Su Ord. N° 2137, de 3 de noviembre de 2011.
Informa.

Santiago, 15 de noviembre de 2011

DE : SUBFISCAL NACIONAL

**A : SR. PABLO ZALAQUETT SAID
ALCALDE
I. MUNICIPALIDAD DE SANTIAGO
PLAZA DE ARMAS S/N
SANTIAGO
REGIÓN METROPOLITANA DE SANTIAGO**

Con fecha 4 de noviembre de 2011, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Generales, Especificaciones Técnicas y Anexos para la licitación pública de la concesión "Servicio de Limpieza y Extracción Especial de Basura desde la Vega Poniente y el Mercado Matadero Franklin" de la Comuna de Santiago, con el objeto de establecer 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.

I. CRONOGRAMA

1. El artículo 16 de las Bases Generales de Licitación, señala: "Efectuada la evaluación de las Ofertas y emitido el Informe de Evaluación Final y Sugerencia de Adjudicación, dentro de 90 (noventa) días corridos desde la apertura de las ofertas, la Municipalidad dictará la resolución de Adjudicación, la que se notificará al proponente favorecido". A su vez, el artículo 4° de las Bases Generales, dispone el día 02 de febrero de 2012 como fecha de apertura de las propuestas.

2. De lo anterior se concluye que el plazo para realizar la adjudicación se extiende hasta el día 1° de mayo de 2012.

3. Por otra parte, el artículo 3° de las referidas Bases, señala el día 1° de mayo de

2012 como fecha de inicio de los servicios licitados. En conclusión, las Bases no contemplan un plazo que medie entre la adjudicación y puesta en marcha del servicio.

4. La inexistencia del plazo referido podría significar que potenciales oferentes se inhiban de participar del proceso, en consideración a la imposibilidad de disponer de forma inmediata de todo el 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, se recomienda 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 Tercero de las Instrucciones.

6. Reafirma 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".

II. DISCRETIONALIDAD

7. El artículo 21, inciso segundo de las Bases Generales, señala: "Queda establecido que la I. Municipalidad de Santiago, cautelando su patrimonio y procurando la conveniencia de sus intereses Municipales que son los mismos que los de la propia comunidad, se reserva el más amplio derecho de adjudicar, conforme lo estime y según proceda a cualquiera de las ofertas propuesta válidamente, aunque no sea la más baja ...".

8. A juicio de esta Fiscalía, la disposición señalada podría facultar a vuestra Municipalidad 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".

9. Por otra parte, el artículo 31, inciso 1°, señala: "La Municipalidad podrá poner término anticipado y unilateralmente al o los contratos de pleno derecho y sin derecho a indemnización de ninguna especie, cuando el contratista incurra en las siguientes causales, sin que la enumeración sea limitativa". El inciso segundo de las mismas, dispone: "La Municipalidad podrá dar término administrativamente y en forma anticipada al contrato, haciendo efectiva la Garantía constituida, en los siguientes casos: letra b) Aplicación reiterada y consecutiva de multas".

10. El citado artículo contiene un alto grado de discrecionalidad en su interpretación; dado que no señala qué tipo de multas, ni cuantas serán suficientes para configurar dicha causal. Además, considerando la gravedad de la sanción -término anticipado del contrato- no enumera taxativamente las causales de su incumplimiento.

11. 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, disminuye la competencia ex ante".

12. 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".

III. COMISIÓN EVALUADORA

13. El artículo 13 de las Bases Generales, dispone: "La Comisión Evaluadora, estará compuesta por un miembro de la Secretaria Comunal de Planificación, otro del Área de Administración y Finanzas y otro de la Unidad Generadora. También podrán ser invitados otros organismos técnicos invitados si las Bases Especiales y/o Técnicas de la licitación así lo consideran necesario".

14. Las Bases no señalan la forma en que se integrará definitivamente la Comisión Evaluadora, con lo cual se vulnera el texto expreso del Resuelvo 5° de las Instrucciones de carácter general, que señala: "Las bases de todo proceso de licitación deberán precisar cómo se integrará la comisión evaluadora y establecer las pautas que se utilizarán para la calificación de los oferentes y sus propuestas".

IV. PUBLICIDAD

15. El artículo 4° sobre el llamado a licitación, de las Bases Generales indica

como único medio de publicidad de la propuesta el sitio www.mercadopublico.cl .

16. A fin de garantizar la debida publicidad de las licitaciones, la transparencia y el libre acceso, es que las Instrucciones establecen en su Resuelvo N°3 que: "Las municipalidades deberán publicar el llamado 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 uno de 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".

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,


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

Abogada FNE
Ximena Castillo
Fono: 7535602 - 604