

ORD. N° 1651
ANT.: Bases para la "Concesión del servicio de operación y manejo de los RSD e industriales asimilables a RSD de la comuna de Osorno y de otras comunas en el Vertedero Curaco". Rol 2006 - 11 FNE.
MAT.: Su Ord. N° 1078, de 18 de noviembre de 2011.
Informa.

Santiago, 25 de noviembre de 2011

DE : SUBFISCAL NACIONAL

A : SR. JAIME BERTIN VALENZUELA
ALCALDE
I. MUNICIPALIDAD DE OSORNO
MACKENNA N° 851
OSORNO
REGIÓN DE LOS LAGOS

Con fecha 21 de noviembre de 2011, se han recibido en esta Fiscalía las Bases de Administrativas, Términos Técnicos de Referencia y Anexos para la Licitación Pública del proyecto "Concesión del servicio de operación y manejo de los residuos sólidos domiciliarios e industriales asimilables a residuos sólidos domiciliarios de la comuna de Osorno y de otras comunas de la Provincia de Osorno en el Vertedero Curaco", 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 de Licitación:

I. CRONOGRAMA DEL PROCESO

1. Las Bases no contienen un cronograma detallado con los principales hitos y plazos del proceso licitatorio, limitándose a señalar, en los numerales 8 y 9 de las Bases Administrativas, que las fechas de publicación y cierre del llamado a licitación será la indicada en el Portal Mercado Público. La ausencia de plazos definidos incrementa los niveles de incertidumbre que enfrenta un potencial oferente.

2. Al respecto, se hace presente a esa I. Municipalidad que, para poder realizar un examen acabado de las presentes bases, resulta indispensable contar con información completa sobre los principales hitos y la concreción de sus plazos. Por lo antes dicho, se recomienda incorporar a las bases el calendario de la licitación.

3. Por otra parte, las Bases no indican cuales serán los medios de publicidad a través de los cuales se realizará el llamado a licitación. Al respecto, se aconseja efectuar la publicación de la licitación, atendiendo a las medidas de publicidad consignadas en las Instrucciones, es decir, 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.

4. Esto, según lo dispuesto en el Resuelvo 3° de la Instrucciones Generales, el que dispone: “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 las 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”.

5. Asimismo, se recomienda a ese Municipio, que para la elaboración del calendario de la licitación, tome en consideración lo dispuesto en el Resuelvo N° 6 de las Instrucciones Generales, a saber: “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. En este mismo orden, se solicita 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.

II. DISCRECIONALIDAD

7. El punto 13.6 inciso final de las Bases Administrativas, dispone: “Sin perjuicio de la evaluación señalada precedentemente, el informe y la sugerencia formulada por la Comisión Técnica recomendando adjudicar a uno de los proponentes, no tendrá carácter vinculante para las autoridades superiores, por lo cual el Municipio de todos modos se reserva la facultad de NO adjudicar la presente licitación a ninguno de los oferentes sugeridos, por razones fundadas, cuyos motivos se indicarán expresamente en la resolución que, en su caso, así lo dispusiere”.

8. La citada disposición facultaría al Municipio para desentenderse de los criterios de evaluación establecidos en las Bases, pudiendo adjudicar la propuesta a cualquier oferente válido, o declarar desierta la licitación sin necesidad de fundar su decisión en circunstancias objetivas y verificables, vulnerando así el mencionado resuelvo 7° de las Instrucciones de Carácter General, el cual dispone, que: “Las Bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación”.

9. A su vez, el punto 17.2 de las referidas bases, sobre la ejecución del contrato, señala: “La Municipalidad se reserva el derecho de anular por Decreto la aprobación de adjudicación y del contrato, si aún no se han comenzado los servicios después de la fecha

indicada en el contrato, sin tener por ello que indemnizar al Oferente, sólo deberá comunicar a éste los hechos que imposibiliten la realización de ellos”.

10. La anterior disposición, lleva implícita una amplia causal de término anticipado del contrato, en virtud de la cual el Municipio podría, unilateralmente, resolver el contrato hasta antes de la puesta en marcha del servicio o revocar la adjudicación, sin necesidad de justificar su decisión en circunstancias objetivas y verificables.

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, disminuya la competencia ex ante”.

III. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

12. El punto 11.2 de las Bases Administrativas, señala: “La Municipalidad podrá efectuar, a iniciativa propia, aclaraciones a las Bases y/o especificaciones, para precisar el alcance, complementar, rectificar, corregir, reemplazar o interpretar algún elemento de su contenido que, a su juicio, no haya quedado suficientemente claro...”.

13. Sobre el particular, la posibilidad de efectuar modificaciones a las Bases, se contrapone con la inmutabilidad de las mismas cuyo contenido esencial es que una vez iniciado el proceso de licitación no puede alterarse por la vía de las aclaraciones, enmendaduras, adiciones o supresiones sin que se lesionen los principios de debida transparencia y garantía de libre acceso, reguardados por el Resuelvo N° 1 de las Instrucciones de Carácter General. En consecuencia, resulta necesario que los ajustes al contrato respondan a la aplicación de parámetros objetivos y verificables previamente establecidos en las Bases, tales como incremento en el número de viviendas o en el número, extensión de calles sujetas a barrido y circunstancias calificadas como de emergencia o catástrofe por la autoridad competente.

IV. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

14. El punto 15.7.d, inciso segundo de las Bases Administrativas, sobre liquidación final del contrato, dispone: “Cuando la liquidación del contrato se realice de común acuerdo o por término anticipado del contrato, el oferente no podrá hacer valer ningún recurso posterior”.

15. Por otra parte, el punto 17.2 de las referidas bases, sobre la ejecución del contrato, señala: “La Municipalidad se reserva el derecho de anular por Decreto la aprobación de adjudicación y del contrato, si aún no se han comenzado los servicios después de la fecha indicada en el contrato, sin tener por ello que indemnizar al Oferente, sólo deberá comunicar a éste los hechos que imposibiliten la realización de ellos”.

16. En relación a la imposibilidad de los oferentes para reclamar, apelar y exigir

indemnizaciones, cabe señalar que, 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, se contraviene el Resolvo 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

REPUBLICA DE CHILE
* SUBFISCAL NACIONAL *
FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

Abogada FNE
Ximena Castillo
Fono: 7535602 - 604