

ORD. N°: 1624 /

- ANT.: - Consulta de la I. Municipalidad de Rancagua sobre Bases de licitación para la concesión del "Servicio de Recolección de Residuos Sólidos Domiciliarios y su Transporte al Relleno Sanitario, Barrido y Aseo de Calles, Aseo de Ferias Libres de la Comuna". Rol FNE 1595-09.
- Su Ord. N° 4.516/2009 de 21 de octubre de 2009.

MAT.: Informa.

Santiago, 10 NOV. 2009

DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO

A : SR. EDUARDO SOTO ROMERO
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE RANCAGUA
VIÑA DEL MAR N° 040
RANCAGUA

Con fecha 21 de octubre de 2009, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas y Especificaciones Técnicas, del llamado a licitación para la concesión del "Servicio de Recolección de Residuos Sólidos Domiciliarios y su Transporte al Relleno Sanitario, Barrido y Aseo de Calles, Aseo de Ferias Libres de la Comuna" de Rancagua, 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, dictadas de conformidad al Decreto Ley N° 211, sobre defensa de la libre competencia.

1

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

I. CRONOGRAMA DEL PROCESO

1. Las Bases Administrativas no contemplan un cronograma de los hitos del proceso licitatorio, lo cual incrementa los niveles de incertidumbre que enfrentan los potenciales oferentes.
2. A objeto de disminuir los niveles de incertidumbre, esta Fiscalía recomienda a esa I. Municipalidad incorporar a las Bases un cronograma detallado, que contemple todos los hitos relevantes del proceso, como son: fecha de publicación del llamado a licitación, de presentación de las ofertas, de adjudicación, de suscripción del contrato, de inicio de los servicios, etc.
3. A este respecto cabe hacer presente que, según prevé el Considerando 3° de las citadas Instrucciones de Carácter General, se debe establecer en las Bases de Licitación plazos prudentes entre cada etapa del proceso, en particular entre la suscripción del contrato y el inicio de operaciones, cautelando que éstos no se constituyan en barreras a la entrada para potenciales participantes.
4. Confirma lo anterior la Sentencia N° 77, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 4 de noviembre de 2008, que señala que las Bases deben ser hechas 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”.*¹

II. DISCRECIONALIDAD

5. El literal (c) del artículo 5.2 de las Bases Administrativas establece que una de las obligaciones del Contratistas será *“Aceptar las modificaciones que en razón del interés público haga la Municipalidad en la prestación del Servicio y que no signifique mayor costo para la empresa, sino mayor eficiencia.”*
6. Por otra parte, el último inciso del artículo 26 señala que, en caso de multas establecidas por la Inspección Técnica del Servicio, el concesionario podrá recurrir a una comisión compuesta por el Administrador Municipal, el Director de Asesoría Jurídica y el Director de Gestión Ambiental. La resolución de esta comisión *“es de única instancia, no admitiéndose otro recurso.”*
7. Finalmente, las secciones N° 10 y 11 de las Bases Técnicas de Recolección de Residuos Sólidos y Recolección en Ferias Libres, respectivamente, disponen las sanciones y multas a determinadas infracciones, sin que se establezca instancia alguna de reclamación o apelación correspondiente.
8. Al respecto, la Resolución N° 13/2006 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 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, disminuya la competencia ex ante”.*

¹ Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de la I. Municipalidad de Curicó.

III. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

9. El inciso final del Artículo 15 de las Bases Administrativas señala que en caso de *"no aceptación de la Orden de Compra por parte del oferente adjudicado, la Municipalidad... podrá sin necesidad de llamar a una nueva Licitación, y si así lo estima conveniente, proponer adjudicar al Oferente que hubiese ocupado el lugar siguiente en la proposición de adjudicación sugerida al Sr. Alcalde por la Comisión Evaluadora, o uno o más servicios en forma individual, sin apelación posible..."*
10. Cabe tener presente que respecto de la renuncia anticipada de acciones legales, jurisdiccionales y/o administrativas, en especial las que son irrenunciables, cláusulas como las señaladas contravienen 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..."*.

IV. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

11. Adicionalmente, como justificación de aumento de contratos, en el literal c) del punto 1.2 del artículo 28 de las Bases Administrativas, relativo al aumento de contrato por el *"aumento de frecuencia de recolección"*, se señala que *"se considerará aumento de frecuencia de recolección en cualquier circuito definido, que permitirá al contrato enfrentar nuevos requerimientos de la comuna."*
12. La posibilidad de convenir modificaciones al contrato no amparadas en circunstancias objetivas y verificables, debidamente establecidas en las bases de licitación, se contraponen con la inmutabilidad de las mismas, 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 bases, sin que se lesionen los principios de debida

transparencia y garantía de libre acceso, garantidos por el Resuelvo N° 1 de las Instrucciones.

V. OTRAS OBSERVACIONES

13. El inciso final del Artículo 11, denominado "de la participación" señala que *"del mismo modo las empresas participantes en esta licitación, no podrán estar asociadas entre sí, bajo cualquier forma o circunstancia... según lo señala el Dictamen C.P.C. N°975-700, Comisión Preventiva Central Antimonopólica de fecha 23 de diciembre de 1996 y ratificada por Dictamen de la Excelentísima Corte Suprema de fecha 2 de julio de 1997."*
14. Al respecto, informo a usted que el citado Dictamen no hace mención al texto citado. Sin perjuicio de lo anterior, esta Fiscalía no tiene objeciones respecto del contenido de fondo de la misma.

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,




ENRIQUE VERGARA VIAL
FISCAL NACIONAL ECONOMICO

Abogado FNE
Francisco Arriagada
Fono: 7535662