

ORD. N°: 1869 /

ANT.: - Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases de la propuesta pública para la concesión del "Servicio de Recolección de todos los residuos que se producen en las áreas urbanas de Villa Mañihuales, su transporte, tratamiento y disposición final, como así también la mantención de las áreas verdes"; y concesión del "Servicio de Recolección de todos los residuos que se producen en las localidades de Puerto Aguirre, Caleta Andrade y Estero Copa, su transporte, tratamiento y disposición final, así como también la mantención de áreas verdes" Rol N° 1622-09 FNE.

- Su Ord. N° 2081 de fecha 04 de diciembre, recibido el día 10 de diciembre.

MAT.: Informa.

24 DIC. 2009

DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO (S)
A : SRA. MARISOL MARTINEZ SANCHEZ
ALCALDESA I. MUNICIPALIDAD DE AYSEN
ESMERALDA 607, PUERTO AYSEN
AYSEN

Con fecha 10 de diciembre de 2009, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas y Términos Técnicos de Referencia del llamado a licitación para la concesión del "Servicio de recolección de todos los residuos que se producen en las áreas urbanas de Villa Mañihuales, su transporte, tratamiento y disposición final, como así también la mantención de las áreas verdes"; y de la concesión del "Servicio de Recolección de todos los residuos que se producen en las localidades de Puerto Aguirre, Caleta Andrade y Estero Copa, su transporte, tratamiento y disposición final, así como también la mantención de áreas verdes"; con el objeto de consultar si su contenido se ajusta a las Instrucciones de Carácter

1

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.

Aun cuando las bases corresponden a dos procesos licitatorios diferentes, dada su naturaleza similar, se informarán conjuntamente.

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

I. DEFINICION DE LOS SERVICIOS

1. Las Bases de los servicios licitados están caratuladas como "Servicio de recolección de todos los residuos que se producen en las áreas urbanas de Villa Mañihuales, su transporte, tratamiento y disposición final, como así también la mantención de las áreas verdes"; por un lado, y "Servicio de Recolección de todos los residuos que se producen en las localidades de Puerto Aguirre, Caleta Andrade y Estero Copa, su transporte, tratamiento y disposición final, así como también la mantención de áreas verdes" por el otro.
2. No obstante lo anterior, el numeral 5.10.2 de los Términos Técnicos de Referencia de ambos procesos licitatorios señala que "*La disposición final se realizará en el sitio que la Unidad Técnica determine, siendo responsabilidad del contratista su manejo y administración*"
3. En aras de presentar una información adecuada a los potenciales oferentes resulta conveniente definir adecuadamente los servicios licitados, en el sentido de especificar si los procesos licitatorios comprenden la disposición final o ésta será determinada por el Municipio.

II. CRONOGRAMA DEL PROCESO

4. Aun cuando el artículo 3 de las Bases Administrativas presenta un listado de algunos de los hitos del proceso licitatorio, no se presenta la totalidad de ellos, ni las fechas estimadas de los mismos, lo cual incrementa los niveles de incertidumbre que enfrentan los potenciales oferentes.
5. 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.
6. A este respecto cabe hacer presente que, según prevé el Considerando 3° de las citadas Instrucciones, 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.
7. Por lo demás, el Resuelvo 6° de las mismas, establece que los Municipios no pueden imponer a los interesados en participar en una licitación, exigencias que otorguen ventajas artificiales que reduzcan injustificadamente el número de potenciales oferentes, lo que refuerza la necesidad de consignar plazos prudentes, de manera que no se constituyan en barreras a la entrada para los potenciales participantes.
8. 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

III. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

9. El Artículo 5 de las Bases Administrativas señala que *“podrán participar de esta Propuesta Pública, cualquier persona jurídica, nacional o extranjera que tenga una experiencia en los rubros de transporte, logística, recolección y transporte de residuos o similares, de al menos 5 años.”*

10. Más aún, en el numeral 6.1 referido al contenido de la Oferta Técnica, dispone en la letra u) que el oferente debe indicar *“Nombre y domicilio del organismo o empresa al que se prestan o prestaron servicios similares, indicando nombre, cargo, domicilio y número telefónico de las personas responsables de la evaluación y aprobación de la actuación del oferente. Además, deberá indicar la duración del servicio en años y el tipo y cantidad aproximada de toneladas y metros cúbicos de residuos recolectados, transportados y/o dispuestos de dichos servicios, con el nombre del personal técnico del oferente, responsable de la ejecución de cada uno de ellos.”*

11. Finalmente, y en relación con lo anterior, el Anexo 4 titulado Oferta Técnica exige un *“Listado de contratos vigentes celebrados por el proponente”* y *“Nombre y ubicación del organismo o empresa al que se prestan o prestaron servicios similares, indicando nombre, cargo, domicilio y número telefónico de las personas responsables de la evaluación y aprobación de la actuación del oferente. Además, deberá indicar la duración del servicio en años y el tipo y cantidad aproximada de toneladas y/o metros cúbicos de residuos recolectados y/o dispuestos en el marco de dichos servicios.”*

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

12. Al respecto, cabe tener presente lo resuelto por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que en su Sentencia N° 77, de 4 de noviembre de 2008, en cuanto a que: *“la exigencia de experiencia debe referirse en general a ‘experiencia relevante’ y no necesariamente en el rubro de recolección, transporte y disposición de residuos.”*
13. Además, basta tener por suficiente la experiencia acreditada por los socios o profesionales de las empresas participantes en la licitación, puesto que de esta manera se evita que empresas cuyo personal disponga de experiencia relevante, queden excluidas de disputar este mercado.
14. Por lo indicado, se recomienda a esa I. Municipalidad establecer un mínimo de experiencia relevante, a fin de evitar reducir injustificadamente el número de potenciales participantes en la licitación respectiva, de acuerdo al resuelvo 6° de las Instrucciones de Carácter General, que dictamina que *“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 en la licitación respectiva.”*

IV. DISCRECIONALIDAD

15. El artículo 17 de las Bases Administrativas en su letra e) establece que la Municipalidad podrá poner término anticipado y administrativamente al contrato en el caso de *“exigirlo el interés público”*.
16. No obstante, las bases no definen qué se entiende por interés público, lo cual podría significar una fuente de discrecionalidad que incrementa los niveles de incertidumbre que enfrenta el potencial oferente. 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”.

V. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

17. El numeral 15 de las Bases Administrativas relativo a la Liquidación del contrato, en su inciso final dispone que *Una vez que la liquidación del contrato se encuentre firme, se suscribirá el finiquito correspondiente, declarando el contratista por escrito, que acepta la liquidación, que no tiene cargos que formular y que renuncia a toda acción legal presente o futura, que crea, pretenda o suponga tener.*
18. Cabe tener presente que las cláusulas que establecen la renuncia anticipada de acciones legales, jurisdiccionales y/o administrativas, en especial las que son irrenunciables, contravienen 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...”.*
19. 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 4°.

VI. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

20. El numeral 5.8 de los Términos Técnicos de Referencia en su inciso 2° establece que *“La recolección de residuos voluminosos se realizará previa coordinación con el municipio (Dirección de Obras Municipales) a través de*

campañas bimensuales, con la excepción que el mismo municipio solicitara eventualmente otra frecuencia.”

21. El numeral 5.1 de los Términos Técnicos de Referencia sobre Barrido de calles, en su número 5. dispone que *“Sin perjuicio de lo anterior la Municipalidad podrá ordenar la limpieza integral adicional a la frecuencia definida anteriormente, de un papelero de ser necesario, indicándolo como orden de trabajo a través del Libro de Control de Servicio.”*

22. Por otro lado, el número 7 del mismo numeral 5.1. dispone que *“Asimismo se debe indicar que durante la vigencia del contrato la I. Municipalidad de Aysén podrá instalar en las vías y recintos públicos receptáculos para residuos o papeleros, los cuales serán ingresados automáticamente al servicio”.*

23. Esta Fiscalía considera que 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 lesionen los principios de debida transparencia y garantía de libre acceso, garantidos por el Resuelvo N° 1 de las Instrucciones de Carácter General. Cláusulas como las señaladas incrementan, además, los niveles de incertidumbre que enfrenta un potencial oferente.

24. Es necesario, en consecuencia, que los ajustes al contrato, respondan a la aplicación de parámetros previamente establecidos en las Bases, tales como, incremento del número de habitantes, número de viviendas, etc.

VII. OTRAS OBSERVACIONES

25. Tanto el numeral 10.1 de las Bases relativas al “Servicio de recolección de todos los residuos que se producen en las áreas urbanas de Villa Mañihuales, su transporte, tratamiento y disposición final, como así también la mantención de las áreas verdes”; y el numeral 10.1 de las Bases relativas al “Servicio de Recolección de todos los residuos que se producen en las localidades de Puerto Aguirre, Caleta Andrade y Estero Copa, su transporte, tratamiento y disposición final, así como también la mantención de áreas verdes”, se refieren erróneamente en su inciso 2° al servicio de recolección de todos los residuos que se producen en las áreas urbanas de Puerto Aysén, Puerto Chacabuco, Km. 20, El Balseo, Los Torreones y El Salto su transporte, tratamiento y disposición final.”
26. A fin de evitar incertidumbre y dificultad de comprensión de los posibles participantes, resulta recomendable corregir el alcance y sentido de dichas disposiciones.
27. El numeral 5.4.5. de los Términos Técnicos de Referencia, letra a) dispone que la dotación mínima de camiones compactadores deberá ser propuesta por el proponente, considerándose para tales efectos una dotación mínima exigida de 1 camión de mínimo 10 m³ de capacidad. Se hace a continuación una referencia de nota al pie de página que dispone que el proponente deberá demostrar en su propuesta que la dotación *de la cual es propietaria* es suficiente para la prestación del servicio.
28. Por su parte, el numeral 6.1 de las Bases Administrativas en su letra k) establece, en relación al equipo principal, dentro del cual se considera chasis, cajas, recipientes, compactadores y otros que se utilizarán para la ejecución del servicio, que se debe indicar si estos son *propios, arrendados, leasing, por comprar o en trámite de compra.*

29. Ambas disposiciones resultan contradictorias resultando conveniente realizar la respectiva concordancia entre ellas.

Finalmente, hago presente a ese Municipio que, 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."* Por lo tanto, solicito a usted remitir todos los documentos que se refieran al proceso licitatorio incluidos los anexos.

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,



CHRISTIAN REYES CID
FISCAL NACIONAL ECONOMICO (S)