



EN LO PRINCIPAL: Requerimiento.

EN EL PRIMER OTROSI: Acompaña documentos.

EN EL SEGUNDO OTROSI: Personería, patrocinio y poder.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ENRIQUE VERGARA VIAL, FISCAL NACIONAL ECONOMICO, con domicilio en Agustinas N° 853, piso 2, Santiago, a ese H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente digo:

Que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 5°, 18, 19 y siguientes, 26 y 39 letras b), c) y d) del Decreto Ley N° 211, y fundado en los antecedentes de hecho, de derecho y económicos que a continuación expondré, formulo requerimiento en contra de la I. Municipalidad de Antofagasta, rol único tributario N° 69.020.300-6, representada por su Alcalde, señor Daniel Adaro Rivera, ignoro profesión u oficio, cédula nacional de identidad N° 5. 378.172 -1, ambos domiciliados en avenida Séptimo de Línea N° 3505, ciudad y comuna de Antofagasta.

La requerida ha incurrido en actos contrarios a la libre competencia, vulnerando el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 y las Instrucciones de Carácter General N° 01/2006 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.

En efecto, mediante el establecimiento y modificación posterior de determinadas cláusulas de las bases del proceso de licitación del contrato de recolección y transporte de residuos sólidos domiciliarios y reciclaje, correspondiente al sector Centro Sur de Antofagasta, la requerida ha impedido o, al menos, restringido la competencia, infringiendo el artículo 3° del Decreto Ley N° 211.

Por otra parte, la requerida ha vulnerado diversos resueltos de las Instrucciones, pese a observaciones perentorias de esta Fiscalía, lo que ha generado el efecto exclusorio que se acusa.

El requerimiento tiene por objeto que ese H. Tribunal declare que la requerida ha infringido, del modo señalado, el Decreto Ley N° 211 y las Instrucciones, razón por la cual ha de poner término a los actos constitutivos de infracciones y aplicándosele la multa que se solicita, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto Ley N° 211.

I. LOS HECHOS

1. El servicio de recolección de los residuos sólidos domiciliarios en la ciudad de Antofagasta se divide dos zonas, el Sector Norte, adjudicado mediante Decreto Exento N° 1034, de 26 de octubre de 2005, a la Aseos Industriales Casino Ltda., "Casino", y el Sector Centro Sur, adjudicado a esta misma empresa en el marco del proceso de licitación que motiva el requerimiento de autos, mediante Decreto Exento N° 1112, de 20 de noviembre de 2007.
2. La licitación de los servicios de recolección de residuos domiciliarios correspondiente al sector Centro Sur se origina en el término anticipado del contrato suscrito entre el Municipio y la empresa de servicios Himce Ltda., fundado en lo dispuesto en el punto vigésimo, letra f), del mismo, en orden a que *"la municipalidad podrá resolver el contrato en el evento que el contratista acumule durante un mes multas por valores superiores al 5% del monto mensual actualizado del contrato"*.
3. Con fecha 12 de junio de 2007, de conformidad a lo dispuesto en el Resuelvo 9° de las Instrucciones, el Sr. Alcalde de la I. Municipalidad de Antofagasta remitió a la Fiscalía Nacional Económica las bases de la propuesta pública nacional para la licitación del "Contrato para el suministro del servicio de recolección y transporte de residuos sólidos domiciliarios", las que fueron objeto de observaciones por parte de esta Fiscalía, mediante Ord. N° 852, de 24 de julio de 2007.

4. Así, entre otras, esta Fiscalía objetó las cláusulas 10.6 y 12.8 b), que otorgaban al municipio facultades discrecionales para adjudicar la licitación o resolver el contrato, y la cláusula 10.5.1, que establecía una pauta de evaluación que no se conformaba con el Resuelvo 4° de las Instrucciones, por cuanto no establecía como criterio principal de la adjudicación el precio ofertado, sujeto a un estándar mínimo de calidad, sino que ponderaba la evaluaciones económicas y técnicas en un 30% y 70%, respectivamente, sin justificar fundadamente la utilización de parámetros distintos del precio, conforme lo ordenan las referidas Instrucciones.
5. Con fecha 10 de agosto de 2007, la I. Municipalidad de Antofagasta publicó en el Portal Chilecompra la adquisición identificada con el N° 2430-69-LP07, cuyo objeto era la contratación del suministro del servicio de recolección y transporte de residuos sólidos domiciliarios y reciclaje, Sector Centro Sur de la ciudad de Antofagasta, incorporando de manera incompleta las observaciones efectuadas por esta Fiscalía mediante el referido Ord. N° 852, de 24 de julio de 2007.
6. En efecto, no obstante morigerarse la infracción al Resuelvo 4° de las Instrucciones, mediante la asignación de una ponderación de 70% al precio ofertado y de 30% a la evaluación técnica, las pautas de adjudicación continuaron estableciendo parámetros distintos del precio, sin justificar fundadamente su utilización, conforme lo exige el referido Resuelvo.
7. Adicionalmente, aún cuando el Municipio requerido accedió formalmente a modificar la cláusula 10.6 de las Bases¹, que otorgaba al Alcalde facultades discrecionales para adjudicar el contrato, lo cierto es que, en los hechos, a través del acto de adjudicación igualmente desobedeció la nueva redacción de la misma.
8. Por otra parte, la propuesta pública para la licitación del contrato para el suministro del servicio de recolección y transporte de residuos sólidos

¹ El texto original de la cláusula 10.6, que establecía que *"El Alcalde, una vez recepcionada la evaluación de la Comisión elegirá seleccionando al proponente que presente la oferta más viable y conveniente al interés de la Municipalidad, no siendo necesariamente la de menos valor"*, fue modificado por el siguiente: *"El Alcalde, una vez recepcionada la evaluación de la*

domiciliarios del sector Centro Sur de Antofagasta estableció un sistema mixto de recolección, que combinó el mecanismo tradicional de carga trasera con el sistema de carga lateral de contenedores.

9. De acuerdo con las Bases, la operación de este último mecanismo exigía el emplazamiento de al menos 1.300 contenedores, los que debían ser recogidos de manera automática, esto es, sin intervención de trabajadores, a través de cinco camiones, especialmente acondicionados para ello mediante brazos hidráulicos que atraen, levantan, vacían y depositan en su lugar los contenedores.
10. Conscientes de que el plazo de entrega de estos equipos puede demorar un período que fácilmente excede los seis meses, en el evento de que la empresa Themac S.A., que es prácticamente el único proveedor, carezca de aquéllos en stock y deba importarlos, y del tiempo aparejado a la implementación del servicio, una vez adquiridos los equipos necesarios para proveer el mismo, el numeral 16.2 de las bases, razonablemente estableció que:

“El contratista deberá hacerse cargo de la totalidad del servicio en la zona licitada en base a los tiempos ofertados en su propuesta (Proyecto) Deberá con ese objeto entregar un plan detallado de zonas y plazos de contenerización y modalidades de recolección y transporte de los residuos en el período de implementación (este período debe entenderse como el tiempo en el cual el contratista ejecutará la totalidad de sus acciones preliminares que tengan por objeto realizar el servicio ofertado enteramente de acuerdo al proyecto propuesto)”. Más adelante la misma disposición indicaba: “En anexo –7- Información Complementaria, se debe indicar el período de implementación que requerirá el oferente para iniciar el servicio con equipos nuevos”.

11. Sin embargo, con fecha 14 de septiembre de 2007, dando respuesta a la pregunta N° 69, realizada en el marco del período de consultas y aclaraciones, la requerida desnaturalizó, días antes de que venciera el plazo para presentar las propuestas, aquella disposición de las bases, al

ordenar que se incorporara, a continuación de la cláusula 16.2 de esas bases, la siguiente frase:

“Déjese establecido que en ningún caso este periodo podrá exceder del 31 de enero de 2008. En este sentido, señálese como fecha tope de inicio del 100% del servicio, es decir, de entrada en vigencia de este contrato el 01 de febrero de 2008”

12. La modificación de las bases no solo redujo ex post el plazo presupuestado por los interesados para implementar íntegramente el servicio licitado sino que, además, estableció un tiempo máximo de ejecución que, en la práctica, resultó notoriamente exiguo en atención a la envergadura y naturaleza de los servicios licitados. En efecto, entre la adjudicación del contrato y la fecha de inicio completo de los servicios mediaron solo 82 días, insuficiencia de plazo que benefició a Casino, pues a diferencia de los otros interesados en participar de la propuesta pública, no solo contaba con conocimiento pleno del sector perimetral de la ciudad (necesario para el emplazamiento de los 1.300 contenedores), sino que, además, con trabajadores contratados y una base de operaciones activa, con permisos vigentes.
13. Ante el escenario descrito hubo empresas que optaron por no presentar ofertas en consideración a que existía una altísima posibilidad de incumplimiento del plazo de inicio establecido por parte del municipio, agregando a ello el antecedente que suponía que la concesión anterior fuera cancelada producto de la imposición de multas, lo que hacía lógico prever la aplicación de las mismas en caso de atraso en el inicio de los servicios.
14. Así las cosas, el día 12 de octubre de 2007 se efectuó el acto de apertura de ofertas, presentando tales las sociedades Casino, Cosemar S.A. o “Cosemar”, Enasa S.A., Gestión Ambiente S.A., y Gestión Ecológica de Residuos S.A. o “Gersa”. Las sociedades Comercial Alvarez y Alvarez Ltda., o Socoal, y Servitrans S.A., que habían participado en el proceso, se excusaron de efectuar propuestas.

15. Estas ofertas fueron analizadas por la Comisión Evaluadora establecida en las bases y con la pauta de evaluación también allí estipulada, remitiéndose, con fecha 22 de octubre de 2007, al señor Alcalde, los resultados de la evaluación de las ofertas presentadas en el marco del proceso, calificando con el puntaje más alto Cosemar.
16. Sin embargo, mediante Decreto Exento N° 1112, de fecha 20 de noviembre de 2007, la I. Municipalidad de Antofagasta adjudicó la licitación a Casino, desatendiendo la propuesta efectuada por la Comisión Evaluadora, de acuerdo a las reglas estipuladas en las bases de licitación.
17. Llamado a explicar su decisión, el señor Alcalde expresó al Concejo Municipal que: *"Para que tengan conocimiento los asistentes en esta sala, esta propuesta se hace por intermedio de Chilecompra y participaron cinco empresas y se analizó cual era la empresa más barata, la comisión proponía la que había salido segunda, y como alcalde tengo la facultad propuse la primera, que era la más barata y la más cómoda, que al final hubieron algunos problemas, porque no se sabía del terreno para el nuevo vertedero que iba a tener el municipio comprendía más allá de los 21 KM., no fue así, se va a comprar un terreno que está dentro de los 17 Km."*
18. Ante esta Fiscalía la I. Municipalidad de Antofagasta explicó el asunto señalando que el factor de la tabla de evaluación que habría incidido en la mejor evaluación de Cosemar fue aquel denominado "kilómetro adicional"², el cual habría perdido sentido, pues se previó para el caso que el nuevo vertedero en que debieran disponerse los residuos sólidos – el actual estaría próximo a cerrar por haber superado su capacidad- se ubicare a una distancia superior a los 20 Km. de la ciudad, pero resulta que el Municipio

² Las bases en el numeral 13.4 denominado "Ajuste compensatorio adicional", señalaban: "Para afrontar a futuro, posibles cambios de ubicación del lugar actual de disposición final de los residuos municipales y que pudiesen implicar un mayor costo por el transporte derivado de una mayor distancia que afecte la estructura de costo del contratista se ha considerado un ajuste compensatorio por kilómetro adicional al nuevo relleno sanitario y conforme al precio ofertado por el contratista. (...) Por lo tanto, la mayor distancia se calculará de la siguiente forma: Kilómetro Adicional = nueva distancia mediada en kilómetros – 21 kilómetros. El detalle de este valor debe reflejarse en el Anexo 8.1. El valor por kilómetro adicional corresponde al mayor recorrido que deberá efectuar toda la flota de camiones destinados exclusivamente a la función de recolección y transporte".

habría obtenido una autorización para la compra de un terreno que podía servir de vertedero, ubicado a una distancia de aproximada de 12 Km. de la ciudad.

19. Como se aprecia, en la práctica, el Municipio requerido modificó intempestivamente las bases, reponiendo la discrecionalidad eliminada con la nueva redacción de la cláusula 10.6 – de lo que da cuenta el propio Alcalde en la explicación que entrega al Concejo Municipal - y optando ahora por adjudicar exclusivamente en base a precio, no obstante haber rechazado previamente este criterio.
20. Por lo demás, recién con fecha 20 de diciembre de 2007, dos meses después de que se adjudicara la propuesta, el Secretario Municipal de Bienes Nacionales de la Región de Antofagasta comunicó a la I. Municipalidad la autorización del Contrato de Arriendo del Inmueble Fiscal ubicado en el salar del Carmen, Km. 12, lote 1 de la Comuna, Provincia y Región de Antofagasta, sin que aún siquiera se cuenten con autorizaciones ambientales para construir allí un vertedero o relleno sanitario, lo que fácilmente puede demorar un año, más todo el tiempo que tome el proceso de licitación pública para la construcción y/o administración del vertedero o relleno sanitario, licitación que, obviamente, aún no ha sido aún convocada.

II. EL DERECHO

21. La requerida ha incurrido en actos contrarios a la libre competencia, vulnerando el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 y las Instrucciones de Carácter General N° 01/2006 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.
22. En efecto, mediante el establecimiento y modificación posterior de las cláusulas de las bases del proceso de licitación del contrato de recolección y transporte de residuos sólidos domiciliarios y reciclaje, correspondiente al sector Centro Sur de Antofagasta, aludidas en esta presentación, la

requerida ha impedido o, al menos, restringido la competencia, infringiendo el artículo 3° del Decreto Ley N° 211.

23. Por otra parte, la requerida ha vulnerado diversos resueltos de las Instrucciones, lo que ha generado el efecto exclutorio que se acusa. Así, las alteraciones unilaterales y ex post de las cláusulas de las bases de licitación publicadas en el portal de Chilecompra, referidas a la evaluación de las propuestas y a la discrecionalidad del acto de adjudicación, se contraponen con el principio de inmutabilidad de las bases, conforme al cual una vez iniciado el proceso de licitación no puede alterarse, ni siquiera por la vía de las aclaraciones, enmendaduras, adiciones o supresiones, el contenido esencial de las mismas, sin que se lesionen a su turno los principios de debida transparencia y garantía de libre acceso, garantidos por el Resuelvo N° 1 de las Instrucciones.
24. Adicionalmente, el establecimiento de un plazo perentorio, no contemplado en las bases, de inicio íntegro de los servicios licitados, el que originalmente debía ser propuesto por cada oferente de acuerdo con su propia planificación, contraviene el Resuelvo N° 6 de las Instrucciones, que señala expresamente 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.

POR LO TANTO,

Con el mérito de lo expuesto y de lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 5°, 18, 19 y siguientes, 26 y 39 letras b, c) y d) del Decreto Ley N° 211 y en las Instrucciones de Carácter General N° 01/2006 del H. Tribunal, así como en las demás normas aplicables,

AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA SOLICITO tener por deducido requerimiento en contra de la Ilustre Municipalidad de Antofagasta, ya individualizada, acogerlo a tramitación y, en definitiva, hacerle lugar en todas sus partes, declarando que la requerida ha infringido el Decreto Ley N° 211 y las

los actos constitutivos de infracciones y aplicando a la requerida una multa de 250 Unidades Tributarias Anuales o la que ese H. Tribunal estime prudente, con costas.

PRIMER OTROSÍ: Sírvase el H. Tribunal tener por acompañados los siguientes documentos, con citación:

- 1.- Copia de las bases de licitación para el "Suministro del servicio de recolección y transporte de residuos sólidos domiciliarios y reciclaje, sector Centro Sur de la ciudad de Antofagasta" presentadas en consulta a esta Fiscalía.
- 2.- Copia del Ord. 852, de 24 de julio de 2007 de esta Fiscalía mediante el cual se formularon observaciones a las bases consultadas.
- 3.- Copia de la apertura electrónica de la adquisición 2430-69-LP07, -técnica y administrativa-, y copia de las bases publicadas en el portal de Chilecompra.
- 4.- Copia del Decreto N° 757/2007 Ex. que dispuso el llamado a propuesta pública.
- 5.- Copia de la Aclaratoria N° 1 de la licitación pública.
- 6.- Copia del Decreto N° 1112/2007 Ex. que adjudicó la propuesta a la Empresa de Aseos Industriales Casino Ltda.

SEGUNDO OTROSÍ: Sírvase ese H. Tribunal tener presente que mi personería para representar a la Fiscalía Nacional Económica consta del Decreto Supremo de mi nombramiento en el cargo de Fiscal, copia autorizada del cual se encuentra bajo la custodia de la Secretaría de ese H. Tribunal.

Asimismo, sírvase ese H. Tribunal tener presente que, en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, con el domicilio ya indicado, asumo la defensa de la Fiscalía Nacional Económica en estos autos, y confiero poder a los abogados de la Fiscalía don Boris Santander Cepeda y doña Ximena Castillo Canales, habilitados para el ejercicio de la profesión, de mi mismo domicilio, con quienes podré actuar conjunta, separada e indistintamente, y que firman junto a mí en señal de aceptación.