

ORD. N°: 1221 /

ANT.: Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases Administrativas y Especificaciones Técnicas de la "Concesión Servicios de Recolección y Transporte Residuos Sólidos Domiciliarios a Relleno Sanitario, Barrido de Calles y Servicio de Mantenimiento, Riego y Conservación de Áreas Verdes en la Comuna de Rauco", de la comuna de Rauco, Rol N° 1943-11 FNE.

Su Of. N°0444, recibido el 3 de agosto de 2011.

MAT.: Informa.

02 SET. 2011

DE : SUBFISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)
A : SRA. SILVIA ESPINOZA ELGUETA
ALCALDESA I. MUNICIPALIDAD DE RAUCO
AV. BALMACEDA N° 35
RAUCO

Con fecha 3 de agosto, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas y Especificaciones Técnicas de la "Concesión Servicios de Recolección y Transporte Residuos Sólidos Domiciliarios a Relleno Sanitario, Barrido de Calles y Servicio de Mantenimiento, Riego y Conservación de Áreas Verdes en la Comuna de Rauco", 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 (en adelante las "Instrucciones").

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

I. CRONOGRAMA DEL PROCESO

1. El cronograma del proceso presenta diversos hitos del proceso licitatorio, tales como: fecha de publicación, fecha de adjudicación, fecha de inicio de servicios, consultas, etc.

2. En particular, las Bases Administrativas en su punto 5.3.1 número 9 y 11, contemplan los plazos de adjudicación y de inicio del contrato y servicios, entre los cuales median 45 días. De igual forma, el Anexo D ratifica dichos plazos al establecer las etapas y plazos del proceso.
3. En el mismo orden, las Especificaciones técnicas establecen en su Sección 1.9.1, que: *“El Contratista comenzará todos los servicios de recolección y barrido de calles a más tardar 30 días después de la fecha de firma del contrato, momento en que se deberá poseer la capacidad para prestar el servicio completo de recolección de residuos domiciliarios y barrido de calles a lo menos en las condiciones en que se realiza el servicio actualmente”*.
4. Se recomienda a ese municipio establecer plazos consistentes 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 3° de las citadas Instrucciones. Considerando el volumen de residuos y de habitantes de la comuna, dicho plazo no debiera ser inferior a 90 días contados desde la fecha de suscripción del contrato.

II. DESIGNACIÓN OBLIGATORIA DEL RELLENO SANITARIO

5. El artículo 7 de las Bases Administrativas señala que: *“La Municipalidad se reserva el derecho de determinar el o los lugares donde será depositada una parte o la totalidad de los residuos recolectados; se define como lugar de disposición final el Relleno Sanitario Parque el Guanaco de la Empresa RESAM S.A., ubicado en el Sector Cuesta El Peral de la Comuna de Teno”*.
6. Si bien esta Fiscalía reconoce que pueden existir modificaciones a contratos en curso entre esa I. Municipalidad y determinados Rellenos Sanitarios para el depósito de residuos domiciliarios sólidos, el hecho de dejar a absoluta discreción del mandante el cambio de condiciones puede generar efectos anticompetitivos en este proceso licitatorio.
7. De tal modo, esta Fiscalía recomienda modificar dichas cláusulas, o bien establecer un pago por distancia adicional en caso que la Municipalidad

determine otro lugar de disposición final, a objeto de dotar de certidumbre a los potenciales participantes.

8. Confirma lo anterior, la Resolución N° 13/2006 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la cual señala: *“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 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. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

9. En su numeral 6.2, Especificaciones Técnicas disponen que: *“Todos los vehículos o equipos que se utilizarán en la ejecución de este contrato, deberán ser de propiedad del concesionario al momento de comenzar la fase definitiva, o en su defecto deberán presentarse los respectivos contratos de compraventa (ya sea compraventa al contado o por leasing), cumpliendo con lo estipulado en las Bases Administrativas Especiales para la presentación de al Propuesta Técnica. No se aceptará la utilización de vehículos y equipos arrendados.”*
10. Sobre el particular, se hace presente que las Bases no deben exigir a los participantes la propiedad de los vehículos y maquinarias necesarias para prestar el servicio licitado, bastando con que los proponentes garanticen la existencia de un compromiso de arriendo u otro suficiente, siempre y cuando cumplan los requerimientos técnicos correspondientes.
11. Por otra parte, el citado documento en su Sección 1.8.1 letra a) inciso 3°, sobre personal y formación de la dotación, dispone: *“La mano de obra no calificada a contratar para la entrega del servicio, deberá vivir en la comuna de Rauco y tener inscripción vigente en la Oficina Municipal de Inserción Laboral (OMIL). En caso de despido o renuncia de alguno de los trabajadores, este deberá obligatoriamente ser reemplazado por alguien que viva en Rauco y tenga inscripción vigente en la OMIL. Si en el registro indicado no existe*

personal disponible para efectuar estas labores, la empresa podrá contratar otras personas, pero que vivan en la Comuna de Rauco”.

12. Sobre el particular, y teniendo en cuenta lo dificultoso que puede llegar a ser la contratación de la dotación completa sujetándose a las condiciones antes citadas, se considera que el precepto beneficiaría a las empresas ya establecidas en desmedro de las empresas nuevas o con menor antigüedad.
13. En este mismo orden, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en la Sentencia 34/2005, en el considerando Vigésimo Quinto¹ señaló: *“Que las exigencias referidas en el considerando precedente, a juicio de este Tribunal, podrían resultar en una discriminación a favor de operadores que ya se encuentran ofreciendo el servicio, o bien de potenciales operadores locales, por cuanto ambos grupos tienen ventajas de información sobre los trabajadores de la comuna aptos para las labores en cuestión. Si, como sostiene la Municipalidad, se requieren trabajadores con experiencia, esta cualidad se puede adquirir en cualquier otra localidad”.*
14. Al respecto se considera que la obligación de contratar sólo trabajadores que tengan domicilio en la Comuna de Rauco, en caso de renuncia o despido de los actuales, puede favorecer artificialmente a operadores locales o bien al operador incumbente y contraviene, en los términos planteados, el referido Resuelvo 6° de las Instrucciones al imponer exigencias que otorgan ventajas artificiales que reducen la competencia en el proceso de licitación.
15. Lo anterior, 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”.*

¹ Sentencia 34/2005, “Demanda de Enasa S.A contra la Ilustre Municipalidad de Cauquenes”, 7 de diciembre de 2005 en atención a la justificación de ese Municipio en relación “(...) a la necesidad de contar con trabajadores con experiencia y por tratarse de habitantes de Cauquenes, los que, de no ser contratados, quedarían cesantes”.

IV. DISCRECIONALIDAD

16. Las Bases Administrativas en su artículo 3°, sobre la contratación de los servicios, dispone: *“La Municipalidad de Rauco se reserva el derecho de rechazar todas las ofertas que no convengan a los intereses o de aceptar cualquiera de ellas, aunque sea de menor valor, no dado lugar por estos motivos a solicitud de indemnización de alguna clase o especie por parte de los oferentes.”*
17. 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, disminuye la competencia ex ante”².*
18. Más aún, a juicio de esta Fiscalía, los numerales señalados podrían facultar a esa Corporación 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 resuelto 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”* (el énfasis es nuestro).

V. DURACIÓN DEL CONTRATO

19. Al respecto, el artículo 1° inciso 3 de las Bases Administrativas contempla que: *“La Licitación será por un periodo de **CUATRO AÑOS prorrogables por un periodo no superior 1 año**, previo acuerdo de ambas partes y del Concejo Municipal.”*

² Resolución N° 13 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de fecha 27 de junio de 2006. Consulta de la DGAC sobre Bases de Licitación de Redes Hidrantes, Rol NC 103-05. Considerando Décimo quinto, página 10.

20. Al respecto, esta Fiscalía considera que la posibilidad de prórroga debiese supeditarse a la concurrencia de circunstancias especiales, de buen servicio apreciables objetivamente, y extenderse por un plazo máximo de 6 meses contados desde la fecha pactada originalmente para el término del contrato.

21. Lo anterior, considerando, por una parte la necesaria certidumbre sobre el objeto licitado que han de tener todos los eventuales interesados y, por otra, la duración normal del ciclo del negocio, asociado a la depreciación de activos que requiere. Una menor certidumbre atenta contra la transparencia del proceso y el libre acceso, en tanto que una duración excesiva imposibilita innecesariamente la disputa por la provisión del servicio. Todo esto, de conformidad con los Resueltos 1° y 2° de las citadas Instrucciones.

Hago presente a ese Municipio que, de acuerdo al considerando sexagésimo séptimo de la sentencia N° 77, el H. Tribunal de Defensa 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,



CRISTIAN REYES CID
SUBFISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)

Paulo Oyanedel
Coordinador División Investigaciones
Fono: 7535604 7535602