

ORD. N°: 1227 /

ANT.: Consulta sobre Bases de la propuesta pública para la concesión del "Servicio de Recolección y Transporte de Residuos Sólidos Domiciliarios y Asimilables de la Comuna de Iquique". Rol N° 1944-11 FNE.

Su Ord. N° 971, de 29 de julio de 2011.

MAT.: Informa.

Santiago, **05 SET. 2011**

DE : SUBFISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)

A : SRA. MYRTA DUBOST JIMENEZ
ALCALDESA I. MUNICIPALIDAD DE IQUIQUE
ANÍBAL PINTO N° 50, EX ADUANA
IQUIQUE

Con fecha 2 de agosto de 2011, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas Especiales y Técnicas, para la licitación pública de la concesión del "Servicio de Recolección y Transporte de Residuos Sólidos Domiciliarios y Asimilables de la Comuna de Iquique", 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 Generales").

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

I. CRONOGRAMA DEL PROCESO

1. El numeral 7.1 de las Bases Administrativas Especiales establece las etapas y el calendario de licitación. No obstante, este cronograma no cumple las formalidades indicadas en el Resuelvo 3° de las citadas Instrucciones, el cual

dispone, entre otros requisitos, que entre la publicación y el cierre de ofertas debe mediar un plazo no inferior a 60 días.

2. Por otro lado, la firma del contrato no presenta una fecha determinada, lo cual incrementa los niveles de incertidumbre que enfrentan los potenciales oferentes.
3. Con el objeto de disminuir los niveles de incertidumbre, esta Fiscalía recomienda a esa I. Municipalidad incorporar un cronograma detallado que no solo contemple la totalidad de los hitos del proceso, sino que además establezca para cada uno fechas ciertas, de tal modo que los potenciales oferentes tengan completa certeza en relación al proceso licitatorio facilitando así el libre acceso al proceso.
4. Más aún, de acuerdo al calendario de licitación, el plazo entre la firma del contrato y el inicio de los servicios podría ser de un mes.
5. A este respecto se hace presente a ese Municipio que las Bases de Licitación deben establecer plazos prudentes entre cada etapa del proceso, cautelando siempre, que éstos no se constituyan en barreras a la entrada para potenciales participantes.
6. Confirma lo anterior la Sentencia N° 77, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la cual en su considerando quincuagésimo señala que las Bases de Licitación deben 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”*.

II. DURACIÓN DEL CONTRATO

7. El ya referido numeral 7.1 de las Bases Administrativas Especiales dispone que el plazo de duración del Contrato será de seis años.

8. Este plazo no se condice con los plazos comunes en la industria que, según antecedentes recopilados por esta Fiscalía, no superan los cuatro a cinco años. El plazo que se ha establecido es excesivo por cuanto rigidiza innecesariamente la disputa por la provisión del servicio. Esta cláusula contraría el Resuelvo primero de las Instrucciones, que señala: *“Las bases de licitaciones de servicios recolección, transporte y disposición de residuos sólidos domiciliarios deberán cautelar la debida transparencia y garantía de libre acceso, estableciendo condiciones generales, uniformes y objetivas”*.

III. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

9. El numeral 10.5 de las Bases Administrativas Especiales, establece la modalidad en que el potencial oferente demostrará su experiencia, solicitándose, en el literal b), que el oferente presente *“listado de empresas y los años en los cuales desempeño el servicio”*, mientras que el literal c) exige que se acompañe *“certificados de experiencia del oferente”*.
10. Hacemos presente a usted que la aplicación práctica de esta exigencia debe realizarse de manera tal que dicho requisito no se constituya en una barrera a la entrada al mercado para nuevas empresas, por lo que bastaría 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. Sobre el particular, cabe tener presente lo resuelto por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en su Sentencia N° 77, 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”*.
11. Por otro lado, el numeral 21.1 de las Bases, relativo a los Daños o deterioros en el área entregada, señala que *“será de responsabilidad del Concesionario, cualquier desperfecto, deterioro o destrucción del mobiliario urbano causado por uso normal y vandalismo. En estos casos, el Concesionario deberá proceder a su reparación, reconstrucción y/o reposición en el plazo que la D.A.O determine para ello”*.

12. A juicio de esta Fiscalía la imposición de responder por daños a la totalidad del mobiliario urbano, inclusive por actos de vandalismo, constituye una exigencia desproporcionada, absolutamente ajena al objeto del servicio, además de constituir una barrera a la entrada que tiene el efecto de reducir injustificadamente la participación de los oferentes. Se recomienda modificar dicha exigencia de modo de ajustarla a lo pertinente del contrato.
13. En otro orden de cosas, el Plan de Trabajo, detallado en el numeral 5 de las Bases Técnicas, impone que el oferente deberá “presentar carta compromiso (de) compra venta de los equipos solicitados en las bases técnicas o presentados en su plan de trabajo”. Asimismo, el numeral 6 letra a) de las Bases Técnicas dispone que *“Todos los vehículos, maquinarias y equipos, que se utilizarán en la ejecución de este contrato, deberán ser de dominio del Concesionario, podrán ser subcontratados durante los 6 primeros meses de contrato pero deberá quedar especificado en su plan de trabajo.”*
14. Sobre el particular, esta Fiscalía estima que las Bases no deben exigir a los participantes acreditar 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.
15. Todo ello conforme lo establece el 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

16. En el numeral 3 de las Bases Administrativas Especiales se señala como obligación para quien se adjudique el servicio *“Trasladar todos los residuos comunales al Relleno Sanitario El Boro o aquel que indique el mandante”*¹.

¹ Énfasis agregado.

17. Una disposición en los mismos términos se encuentra en el numeral 14.1 literal K) relativo a las obligaciones del concesionario, al efecto se dispone: *“El contratista deberá trasladar los residuos recolectados al Relleno Sanitario “El Boro” localizado en la Comuna de alto Hospicio, a su propio cargo o aquel sitio que a futuro indique el mandante”.*
18. Cláusulas similares se establecen en los numerales 1 y 1.1 de las Bases Técnicas, que señalan que el servicio comprende, entre otros, el traslado de *“todos los residuos comunales al Relleno sanitario El Boro o aquél que indique el mandante”,* así como en el literal s) del numeral 4.1 de las Bases Técnicas, que puntualiza que *“todos los residuos recolectados, deberán ser depositados en el relleno sanitario El Boro, o aquel que designe la municipalidad”.*
19. Si bien esta Fiscalía reconoce que pueden existir 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.
20. En efecto, establecer en las Bases que el depósito de residuos se realizará en “El Boro” o bien donde indique la Municipalidad, significa para el proponente un cambio en las condiciones una vez adjudicado el contrato, lo que implica a su vez la posibilidad de asumir costos no previstos, pues se desconoce la distancias y condiciones de ese nuevo lugar de depósito.
21. 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.
22. 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”.

V. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

23. El inciso tercero, del numeral 13.2 de las Bases Administrativas Especiales, puntualiza que *“vencido el plazo, el ‘Concesionario’ dejará de prestar servicio no teniendo derecho a compensación alguna”.*
24. Por otro lado, el numeral 24 de las Bases Administrativas Especiales, que dice relación con la Fuerza Mayor o el Caso Fortuito, establece *“Si durante la ejecución del servicio se produjeran atrasos parciales ocasionados por fuerza mayor o caso fortuitos, el Concesionario deberá notificar por escrito a la Dirección de Aseo y de Ornato, en el momento de producirse. La Dirección de aseo y Ornato, estudiará las razones invocadas por el Concesionario para justificar los atrasos y resolverá la aceptación o rechazo de la justificación, sin ulterior recurso”.*
25. Al respecto, cabe tener presente que las cláusulas que establecen la renuncia anticipada de acciones legales, jurisdiccionales y/o administrativas, en especial las que son irrenunciables, podrían desincentivar la participación de oferentes en estos proceso, y vulnerar normas de orden público, tal como lo establecen las Instrucciones Generales, que en su Considerando 4 señalan: *“la incorporación en las bases de licitación de cláusulas o disposiciones de renuncia anticipada de acciones legales, jurisdiccionales y/o administrativas (...) además de desincentivar la participación de oferentes en estos proceso al introducir un elemento de incertidumbre, podría vulnerar normas de orden público ...).* Adicionalmente, podrían contravenir el Resuelvo N° 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”.*
26. De esta manera, las instancias internas de apelación contempladas en las Bases Administrativas, o la ausencia de ellas, no puede afectar el derecho a la jurisdicción que tienen los oferentes, ni los recursos especiales establecidos

en la ley N° 19.886, ley de bases de contratos administrativos, en la ley N° 18.695, ley orgánica de municipalidades, así como otros que corresponda.

VI. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

27. El inciso tercero, del numeral 3.1 de las Bases Técnicas señala que “la frecuencia y horario de recolección podrán ser modificados si el interés general de la comunidad así lo aconseja, previa solicitud de la ITS previa autorización del Alcalde”.
28. Sobre el particular, hacemos presente que la posibilidad de efectuar modificaciones a las Bases, se contraponen 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, garantidos por el Resolvo N° 1 de las Instrucciones de Carácter General.
29. En consecuencia, resulta necesario que los ajustes al contrato respondan a la aplicación de parámetros objetivos previamente establecidos en las Bases.

VII. OTROS

30. En el articulado de las Bases se hace mención a los Anexos, o bien se refiere al formato tipo adjunto para el ingreso del currículum del oferente, los cuales, sin embargo, no fueron acompañados a los documentos remitidos a esta Fiscalía.
31. Al respecto, 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 señora Alcaldesa que las Bases consultadas sean modificadas conforme a lo observado.

Saluda atentamente a usted,

Por orden del Fiscal Nacional Económico,


**CRISTIÁN R. REYES CID**
SUBFISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)

Encargado FNE
Ximena Castillo
Fono: 7535604 7535602