

ORD.: 195 /

ANT.: Consulta de la I. Municipalidad de Longaví sobre bases técnicas y administrativas especiales de la licitación para la concesión del servicio de aseo de esa comuna. Rol N° 851-07 FNE.

MAT.: Informa.

SANTIAGO, 07 FEB. 2007

DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO (S)
A : MARIO ANTONIO BRIONES ARAICE
I. MUNICIPALIDAD DE LONGAVI
CALLE 1 ORIENTE N° 224
LONGAVI.

Con fecha 28 diciembre de 2006, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas Especiales y Técnicas de la licitación para la "Concesión del servicio de aseo en la comuna de Longaví", con el objeto de consultar si su contenido se ajusta a las Instrucciones de Carácter General N° 1/2006, dictadas por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, para el mercado de la recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios.

A continuación informo las disconformidades que, respecto a tales instrucciones a juicio de esta Fiscalía, presentan las bases en consulta.

I.- DURACIÓN DEL CONTRATO.

El numeral 2 de las Bases Administrativas Especiales, denominado "Objetivo y Ubicación de la Obra", punto 2.1, referido al **Objetivo**, señala: «Las presentes bases tienen por objeto reglamentar las concesión del "Servicio de Aseo de la comuna de Longaví", durante un periodo de 10 años, a partir del día 1° de enero de 2007». Asimismo, tal plazo es incorporado también en el numeral 7 de dichas Bases, referente al **Número de Propuestas**.

A juicio de esta Fiscalía, el periodo de duración del contrato propuesto por esa Municipalidad, resulta excesivo considerando las características de los municipios, cuyas autoridades requieren definir y gestionar los servicios en el mediano plazo. Por lo demás, en la industria de la recolección, y disposición final de residuos, de los antecedentes recopilados por esta Fiscalía, para años recientes, se desprende que el plazo promedio de dichos contratos no supera los cuatro años, sin que se observen plazos tan extensos como el que se propone.

Por tanto, en tales condiciones, el referido plazo tornaría rígido el mercado, al ser demasiado extenso, retardando el flujo normal de información y de competidores. Es por ello que la cláusula que se observa, a juicio de esta Fiscalía, contraría el sentido de las Instrucciones de Carácter General, las cuales persiguen otorgar certeza y movilidad a los actores que intervienen en el mercado de los residuos sólidos domiciliarios y promover a su vez una adecuada competencia en el mismo.

II.- INTEGRACIÓN DE SERVICIOS

El numeral 4 de las Bases Administrativas Especiales, titulado **Condiciones de la Licitación**, punto 4.1, **Descripción del Servicio a Contratar**, señala: "Recolección de Residuos Sólidos, Barrido de Calles, en sector urbano, Recolección de Residuos Domiciliarios en el Sector Rural y su Disposición Final. Servicios detallados y normados en las Bases Técnicas y que serán ejecutados de acuerdo con la oferta presentada por el proponente y aceptada por la I. Municipalidad de LONGAVÍ".

El H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en las "Instrucciones de carácter general N°1/2006, en sus considerandos N° 5°, 6 y 7, se refiere expresamente a la materia, al señalar: "...en las bases de licitación respectivas debe definirse con claridad los servicios a licitar y en qué consiste cada uno de ellos. Asimismo, para efectos de aumentar la competencia y participación en este mercado, resulta apropiado que en las bases de licitación se exija a los participantes que formulen ofertas por separado respecto de cada uno de los servicios que se licitan"; "que, por otra parte, es conveniente que, siempre que sea posible y no existan fundamentos que lo desaconsejen, que las municipalidades efectúen licitaciones separadas para los servicios de recolección, transporte y disposición final de residuos; de aseo y limpieza

de calles y de ferias libres; y el servicio de retiro y transporte de escombros y ramas, salvo que existan fundamentos en contrario".

En relación con lo anterior, según antecedentes recopilados por esta Fiscalía para años recientes, la mayoría de las empresas en la industria prestan sólo los servicios de recolección y barrido, o únicamente los de disposición final, pero no ambos a la vez.

Se advierte que las Bases en estudio no contemplan la posibilidad de presentar propuestas para distintos servicios, ni descripciones técnicas suficientes para dividir el proceso en diferentes etapas, por ejemplo, no se contemplan procesos intermedios de acopio, ni estaciones de transferencia y transporte de la basura.

Asimismo, las Bases Administrativas especiales otorgan a la Municipalidad en el punto 12.1, la facultad de adjudicar a una sola empresa el total de los servicios licitados, frustrando con ello todo intento de dividir las ofertas por los distintos servicios, lo que a juicio de esta Fiscalía implicaría la posibilidad de que se produzca la integración vertical de los servicios.

En concordancia con lo dispuesto en las bases analizadas, a juicio de esta Fiscalía, las disposiciones analizadas consignan la integración vertical de los servicios, situación no recomendable para el desarrollo de la competencia, según lo señalado por el H. Tribunal de Defensa de la Competencia, en sus Instrucciones de Carácter General N°1/2006.

III.- PROPIEDAD, ADMINISTRACIÓN O ARRENDAMIENTO DEL RELLENO SANITARIO.

En las Bases Técnicas numeral 2.1.6, se exige que el lugar de disposición final de residuos sólidos se acredite, por el proponente en su Oferta Técnica – Plan de Operaciones, mediante documentos de propiedad, contratos de arriendo o administración con un plazo no inferior a 10 años de concesión.

Por su parte, la cláusula N° 12 denominada "**Documentos oferta técnica**" indica en su literal a) - "Acreditar propiedad, administración o contrato de arriendo, del Relleno Sanitario en que se realizará la Disposición Final".

La exigencia impuesta al proponente de acreditar la propiedad o administración o presentar un contrato de arrendamiento del relleno sanitario, aparece como un elemento distorsionador, que puede constituir una barrera a la entrada de nuevos oferentes no vinculados a un relleno sanitario habilitado para la disposición final de residuos sólidos domiciliarios, tal como lo señaló la H. Comisión Resolutiva en el considerando séptimo de la Resolución N° 650 de 17 de mayo de 2002. Dicha exigencia contraría además las "Instrucciones de Carácter General", en su resuelto 6,° ya que reduce injustificadamente el número de potenciales participantes en la licitación.

IV.- ASPECTOS SOBRE LA PROPUESTA TÉCNICA

El numeral 9.4 de las Bases Administrativas Especiales, se titula "Sobre N° 1 Propuesta Técnica", en su letra d) se requiere adjuntar "Original y dos copias o fotocopias de Certificado de Capital Comprobado, emitido por una Institución Bancaria con una antigüedad no superior a quince días, de la fecha de apertura."

Al respecto, conforme a las Instrucciones de Carácter General, se estima que no resulta procedente solicitar información sobre un capital comprobado, sin una justificación y una ponderación clara.

III.- EXPERIENCIA PREVIA.

La cláusula N° 5, de las Bases Administrativas Especiales, denominada "**Participantes**", indica en su numeral 5.1: "Podrán participar en la propuesta, empresas del giro residuos sólidos, personas naturales y/o jurídicas, con experiencia en servicios de aseo en comunas de similares dimensiones a las de LONGAVÍ y que acrediten capacidad financiera. También podrán participar empresas del giro de reciente formación, que acrediten capacidad financiera y sus ejecutivos demuestren la experiencia requerida."

Luego, en la cláusula N° 9, referida al “**Contenido y forma de presentación de la propuesta**”, su numeral 9.4, denominado “Sobre N° 1 Propuesta Técnica, indica, en los literales f) y g): “Que se deberán incluir: Original y dos copias de documento elaborado por el proponente, en que se acredite la experiencia en servicios de aseo, nómina de contratos ejecutados (indicando causa de termino), en ejecución o con plazo vigente hasta la fecha de la apertura”. “En el caso de empresas de reciente formación, los ejecutivos deberán acreditar su experiencia, presentando nómina de contratos en que han participado”.

Las aludidas cláusulas contrarían lo dispuesto en el resuelvo 6° de las “Instrucciones de carácter general”, antes citado, fundado en el considerando tercero: “Que, para lograr el cumplimiento de los objetivos antes expuestos, las municipalidades deberán abstenerse de incorporar exigencias en las bases de licitación que dificulten la participación de la mayor cantidad posible de oferentes. Así, entre otras de la misma naturaleza, debe evitarse que las bases exijan, por ejemplo, contar con contratos vigentes en Chile, que exijan al participante acreditar su condición de operador de un relleno sanitario, o que exijan contar con una experiencia previa injustificadamente específica en el o los servicios que se licitan, o cualquier otra exigencia que entregue ventajas de información a unos licitantes sobre otros”.

V.- CRITERIOS DE EVALUACION Y COMISION EVALUADORA

En cuanto a las pautas de evaluación y los criterios de selección, en las Instrucciones Generales se ordena lo siguiente:

“4°.- Las bases de licitación deberán fijar un estándar mínimo de calidad exigible a todas las propuestas y establecer como criterio principal de adjudicación el precio ofrecido, sujeto a este estándar mínimo de calidad. En caso que para la asignación final de la licitación se utilicen parámetros distintos al precio, ellos deberán justificarse fundadamente;

5°.- Las bases de todo proceso de licitación deberán precisar cómo se integrará la comisión evaluadora y establecer las pautas que se utilizarán para la calificación de los oferentes y sus propuestas;”

Las Bases Administrativas Especiales, en su cláusula 11 denominada **"Evaluación de las propuestas"** señala, en su numeral 11.1: "El análisis y evaluación de las propuestas se efectuará por parte de la Comisión de Licitación establecida por Decreto Alcaldicio en base a los criterios establecidos en este documento y publicados en el portal Chile- Compra".

Sobre el particular, las bases no señalan la forma en que se integrará la comisión evaluadora, con lo cual contradicen el texto expreso del resuelvo 5° de las "Instrucciones de carácter general".

Continúa la cláusula en análisis, refiriéndose en el numeral 11.1 a la **"Oferta técnica:40%"**

"Se evaluarán los siguientes parámetros con notas enteras de 1 a 7

- experiencia
- dotación de vehículos
- capacidad económica
- cantidad de personal
- antecedentes laborales
- antecedentes comerciales

Oferta económica: 60%

Se evaluará en notas enteras de 1 a 7"

Las bases consultadas son notoriamente escuetas, en este aspecto, en circunstancias que se trata precisamente, de lo que más interesa conocer a los concurrentes a la licitación. En efecto, a juicio de esta Fiscalía la Municipalidad de Longaví debería, al menos, definir en que consisten los parámetros que enumera. ¿Qué experiencia (cuánto tiempo, en qué, de quién) es la que le interesa? La dotación de vehículos ¿se apreciará en términos de su cantidad, o bien de su modelo o capacidad de carga, o todo ello? ¿Se deberá entender que la "capacidad económica" alude al patrimonio de la empresa? ¿Qué monto y forma deberá tener éste para obtener la máxima calificación? La calificación que se conceda a la cantidad de personal ¿variará directa o inversamente con esta cantidad, y en qué proporción? ¿Qué habrá que entender por antecedentes laborales (de quién o de qué?).

Además de esclarecer lo anterior, las bases deberían indicar cómo se obtendrá (si por suma de las calificaciones, o por promedio lineal, o de alguna otra manera) la puntuación final a ponderar

Todo lo anterior es aplicable, en lo pertinente, a la evaluación de la oferta económica. Es dable suponer que la que se considere más deseable es la que proponga la menor tarifa, pero esto suscita, entre otras, la pregunta de cómo irá bajando la ponderación de 60%, a medida que la tarifa sea más alta (por ejemplo, ¿en cuánto se ponderará la segunda mejor tarifa?).

En conclusión, al parecer de esta Fiscalía, la forma en que se han establecido los criterios de evaluación vulnera lo resuelto en los resuelvo 4° y 5° de las Instrucciones de carácter general, en cuanto las bases no dejan claro cuál es el órgano encargado de realizar la evaluación económica y la forma en que la Comisión y/o el Alcalde o Consejo adoptarán el acuerdo.

En el mismo orden de ideas, la instancia que se pronunciará respecto de la adjudicación no se ajusta al resuelvo 5° de las Instrucciones de carácter general, según el cual señala que las bases deberán precisar la forma en que se integrará la comisión evaluadora y establecer las pautas que se utilizarán para la calificación de los oferentes y sus propuestas.

En definitiva, los criterios de análisis de las propuestas deben estar claramente definidos y ser iguales, previos y conocidos para todos los proponentes; y, en la medida de lo posible, asignarse escalas, índices o indicadores, idealmente mensurables, cuyo puntaje vaya en relación proporcional con el criterio que se califique.

V.- DISCRECIONALIDAD

El numeral 11.4 de la cláusula denominada "**Evaluación de las propuestas**", señala: " Igualmente, la Comisión de Licitación, previa autorización del, mandante, se reserva la facultad de declarar desierta la Licitación Pública, en caso de que los montos ofertados no sean convenientes a los intereses municipales".

“Sin embargo, la propuesta que se considere más conveniente a los intereses municipales, se le podrá rebajar y/o seleccionar una o más partidas de la propuesta económica, con el propósito de adecuarla al financiamiento disponible.”

“Por estas causales, el proponente, no podrá reclamar y/o exigir indemnización alguna”.

Las dos primeras partes de la cláusula anterior se contradicen entre sí: puesto que “los montos convenientes a los intereses municipales” no pueden ser otros que los que estén por debajo del presupuesto disponible, ¿por qué, en tal caso, “rebajar o seleccionar una o más partidas de la propuesta económica, con el propósito de adecuarla al financiamiento disponible”? Si la Municipalidad va a proceder así, no tiene para qué reservarse “la facultad de declarar desierta la licitación”, ya que no tendrá ocasión de ejercerla.

Lo que la Municipalidad inadvertidamente está diciendo es que seleccionará la oferta técnica que, por alguna razón, prefiera y sea cual sea su valor, se lo ajustará de manera de pagarle el monto que tiene dispuesto.

Sobre el particular, cabe señalar, en primer término, que la referida facultad no constituye un criterio uniforme, objetivo y no discriminatorio, por lo que se vulnera abiertamente el resuelto N° 1 de las “Instrucciones de carácter general”. Asimismo, se hace presente que las “Instrucciones de Carácter General”, en su resuelto N° 7°, han dispuesto: “En la medida que ello no signifique arbitrariedad, es lícito que las municipalidades adjudiquen parcialmente algunas prestaciones licitadas o declaren desierta una licitación en aquellos casos en que ninguna de las propuestas se ajuste a sus necesidades. En caso de declarar desierta, una licitación, las municipalidades estarán obligadas a iniciar una nueva, ajustando las bases de la misma a las necesidades identificadas en el proceso desierto”.

Los principios de defensa de la competencia exigen que la facultad de esa Corporación para resolver y adjudicar la licitación conforme a los intereses municipales, cuya calificación le corresponde efectuar, no perjudique la debida transparencia ni implique discriminaciones arbitrarias. La sentencia N° 13/2006 del H. Tribunal de

Defensa de la Libre Competencia ilustra el punto, al señalar: "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*".

En cuanto a la facultad de interponer acciones respecto del proceso de licitación, por parte de los adjudicatarios, corresponde informar que, conforme lo señala el considerando cuarto de las Instrucciones de Carácter General, la renuncia anticipada de acciones legales, jurisdiccionales y/o administrativas, en especial las que son irrenunciables, además de desincentivar la participación de oferentes en estos procesos, podría vulnerar normas de orden público.

VI.- EL CONTRATO.

La cláusula N° 14, denominada "**Plazo, reajustabilidad, incrementos y modificaciones de contrato**", señala en su numeral 14.4: "Durante el periodo establecido el contrato podrá ser modificado de común acuerdo entre las partes, no así los valores de la oferta económica, ni los plazos ofertados en esta. Ninguna nueva condición económica, sanitaria u otra, durante el período contractual dará lugar a cambios en desmedro económico para el mandante. Los riesgos deben ser asumidos por el proponente o concesionario."

Esta facultad del municipio se contrapone con la inmutabilidad de las bases, las que, a su vez, iniciado el proceso de licitación no pueden alterarse siquiera por la vía de las aclaraciones, enmendaduras, adiciones o supresiones el contenido esencial de las mismas, sin que se lesionen los principios de debida transparencia, y la garantía de libre acceso, establecidas por el resuelvo N° 1 de las "Instrucciones de Carácter General".

VII. AUMENTO DEL RANGO DE COBERTURA

Respecto de la posibilidad de aumentar el rango de cobertura del servicio, las Bases Técnicas en el punto 3.1.3 titulado "**Crecimiento Poblacional**", indican: "El

concesionario debe estar preparado para atender, las nuevas poblaciones que se incorporen en la comuna, como consecuencia del crecimiento poblacional, durante el periodo de vigencia del contrato.

“Las nuevas áreas de servicio serán incorporadas en su oportunidad previa disposición documentada del mandante (I. Municipalidad de LONGAVI), documento que deberá detallar el número de viviendas, ubicación, nombre de la nueva población, si se considera barrido de calles y los metros lineales. Para tal efecto el proponente deberá presentar en su Oferta Económica, el valor por vivienda y metro línea de barrido, incluido en ambos servicios la disposición Final de los Residuos. Dichos valores serán reajustados anualmente conforme a la variación que experimente el índice de precios al consumidor (IPC) o el organismo que le reemplace.”

“Dicho servicio deberá prestarse desde la recepción municipal de las nuevas viviendas, pero su incorporación al contrato para su cobro se efectuara los primeros días de Enero de cada año.”

A juicio de esta Fiscalía, tal disposición merece las siguientes observaciones:

- 1.- De lo transcrito, no queda claro si el mayor valor por aumento de las obras va a ser compensado por la Municipalidad, al indicarse por una parte que es el operador el que debe estar preparado para ello y, por otra, que dicho cobro será incorporado al contrato.
- 2.- Independiente de la facultad del Municipio para requerir y demandar mayor cobertura del servicio, sin mediar otra licitación previa, no parece apropiado imponer que el riesgo de su cobertura sea de parte del proponente y que las nuevas áreas que serán incorporadas en su oportunidad sean agradas unilateralmente por la Municipalidad sin que exista previamente un acuerdo.
- 3.- Por último, de lo transcrito, no queda claro cuales son las variables a considerar en el caso de aumentarse el área de cobertura, ni la fijación clara de un criterio de valoración o una forma de determinarlo objetivamente. En la fijación de dichos criterios de ampliación, deben considerarse factores tales como: las áreas de extensión del servicio por ampliación urbana, ya que ellas pueden implicar aumentar significativamente los kilómetros recorridos o las toneladas de residuos que esta ampliación implique, que pueden requerir una modificación en el plan de trabajo o

mayores costos operacionales o, incluso, la necesidad del servicio de transporte de un camión adicional.

VIII.- CONCLUSIÓN.

Analizadas las Bases Técnicas y Administrativas Especiales del llamado a licitación pública para la "Concesión del servicio de aseo en la comuna de Longavi", esta Fiscalía es de opinión que las mismas no se ajustan cabalmente a los criterios establecidos en las Instrucciones de carácter general.

En consideración a lo anterior, y conforme lo dispuesto en el artículo 39, letra d) del D.L. N° 211, se sugiere al señor Alcalde que las bases consultadas sean modificadas en lo observado precedentemente, de manera de cumplir con las condiciones de generalidad, transparencia y libre acceso que deben existir en los procesos de licitación pública.

Saluda atentamente a usted,

Por orden del Fiscal Nacional Económico,



JAIM ESPONDA FERNANDEZ
FISCAL NACIONAL ECONOMICO (S)