

ORD. N°: 882 /

ANT.: Consulta de esa I. Municipalidad sobre Bases de la propuesta pública para la licitación denominada "Concesión del servicio de extracción, recolección y transporte de residuos sólidos urbanos, limpieza y barrido de vías y espacios públicos, ferias libres y propaganda de la comuna". Rol N° 1519-09 FNE.

MAT.: Informa.

Santiago, 28 JUL. 2009

DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO
A : SR. AUDITO RETAMAL LAZO
ALCALDE
I. MUNICIPALIDAD DE SAN PEDRO DE LA PAZ
LOS ACACIOS N° 43
SAN PEDRO DE LA PAZ

Con fecha 13 de julio de 2009, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas y Especificaciones Técnicas del llamado a licitación de la propuesta pública denominada "Concesión del servicio de extracción, recolección y transporte de residuos sólidos urbanos, limpieza y barrido de vías y espacios públicos, ferias libres y propaganda para la Comuna de San Pedro de la Paz", 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, dictadas de conformidad al Decreto Ley N° 211, sobre defensa de la libre competencia.

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

I. DEFINICION DE LOS SERVICIOS LICITADOS

1. Si bien el proceso licitatorio está caratulado como *"Concesión del Servicio de Extracción, Recolección y Transporte de Residuos Sólidos Urbanos, Limpieza y Barrido de Vías y Espacios Públicos, Ferias Libres y Propaganda para la*

Comuna de San Pedro de la Paz,” el artículo 1° de las Bases Administrativas presenta una definición de los servicios diferente, al establecer que dicho proceso se refiere a los servicios de “Recolección de Residuos Sólidos Urbanos, Barrido y Limpieza de Vías y Espacios Públicos y Transporte hasta un Relleno Sanitario o Planta de Transferencia.”

2. Por su parte, el artículo 4° de las Bases Administrativas, establece que *“La presente licitación tiene por objeto entregar en concesión el servicio de recolección y el transporte de los residuos sólidos urbanos y el servicio de barrido y limpieza de las vías y espacios públicos (...).”*
3. Y, por último, en la sección N° 6 de las Especificaciones Técnicas para recolección de residuos sólidos urbanos a través del sistema de recolección tradicional, literal E, se señala que la empresa adjudicataria deberá *“(...) suministrar 20.000 contenedores plásticos de 120 litros (...).”*; lo que da a entender que este proceso licitatorio sería más amplio que lo establecido en la definición del objeto de la licitación.
4. En aras de presentar información unívoca y adecuada a los potenciales oferentes, se solicita que se especifiquen claramente los servicios a licitar.

II. CRONOGRAMA DEL PROCESO Y DURACION DEL CONTRATO

5. Las Bases Administrativas no incorporan un cronograma con los principales hitos del proceso licitatorio, tales como la fecha estimada de suscripción del contrato, ni la fecha de inicio de los servicios.
6. La falta de claridad respecto a los plazos considerados en licitaciones como la consultada, incrementa los niveles de incertidumbre que enfrentan los potenciales oferentes.
7. Esta Fiscalía recomienda a esa I. Municipalidad incorporar a las Bases un cronograma detallado, que contemple todos los hitos relevantes del proceso, como son: la fecha de adjudicación, la fecha de suscripción del contrato, la fecha de inicio de los servicios, etc., y sus respectivos plazos, de manera de reducir los niveles de incertidumbre.

8. Cabe hacer presente que, según prevé el Resuelvo 3° de las Instrucciones de Carácter General, las municipalidades deben publicar el llamado a licitación que realicen, con una anticipación mínima de 60 días corridos a la fecha prevista para la recepción de ofertas.
9. Además, en virtud del Resuelvo 6° de las Instrucciones, el que señala 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”*, se deben establecer en las Bases 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.
10. Cabe hacer presente a ese Municipio, además, que la Sentencia N° 77, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 4 de noviembre de 2008 ¹, señala que la Bases deben ser hechas llegar a esta Fiscalía con la debida antelación, de manera tal que *“...la revisión de Bases de licitación, así como el intercambio de información... 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.”*
11. Por otra parte, el artículo 5° de las Bases Administrativas establece que el contrato tendrá una duración de seis años, prorrogables por doce meses.
12. En base a los antecedentes recopilados, esta Fiscalía estima que la duración de este contrato debiese estar en torno a los cuatro a cinco años, incluido un eventual período de prórroga el cual debe ser breve, el cual debería ser por un breve espacio de tiempo, no superior a seis meses y sólo bajo circunstancias especiales de buen servicio, apreciables objetivamente. Esto, porque un mayor período de duración restringe la competencia a la firma adjudicataria al prolongar la falta de disputa para ese proveedor de servicios; mientras que, un

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

menor plazo, podría eventualmente desalentar la entrada de nuevos competidores debido a que la duración del contrato no sería suficiente para recuperar la inversión realizada.

III. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

13. El artículo 13 de las Bases Administrativas señala los Criterios de Evaluación utilizados por la comisión para examinar las ofertas:

| Concepto | Ponderación |
|--------------------------------------|-------------|
| Oferta Económica | 70% |
| Experiencia Relevante | 10% |
| Capital Comprobado | 05% |
| Plan de Trabajo | 10% |
| Mano de Obra contratada de la comuna | 05% |

14. Pues bien, el Resuelvo 4° de las Instrucciones Generales dispone que *“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 deberían justificarse fundadamente”*.

15. Para ajustarse a las Instrucciones, las Bases remitidas a esta Fiscalía deben establecer los requerimientos técnicos mínimos, calificando positivamente a todo aquel oferente que los cumpla, y luego decidir entre estos por el que realice la mejor oferta económica.

16. En el evento que la Municipalidad decida ponderar elementos distintos del precio, deberá justificar la inclusión de estos criterios en la evaluación de las propuestas, más allá de la descripción o definición de cada uno de ellos, así como también debe indicar en forma clara la manera que cada uno de estos criterios será evaluado, de manera de cautelar la *“debida transparencia y garantía de libre acceso, estableciendo condiciones generales, uniformes y objetivas”*, tal como agrega el Resuelvo 1° de las Instrucciones Generales.

17. Por otro lado, respecto del criterio de evaluación “Experiencia,” se ha observado que en el artículo 9°, literal E, de las Bases Administrativas se señala que se deben presentar “Listado de Municipalidades Chilenas, y/o empresas según corresponda, a las cuales se le esté prestando o halla (sic) prestado servicios similares o afines al de la presente licitación.”
18. Al respecto, cabe tener presente lo resuelto por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que 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.”*
19. Hago presente a usted, además, que precaviendo que dicho requisito se constituya en una barrera a la entrada al mercado para nuevas empresas, es recomendable tener por suficiente la experiencia acreditada por los socios o profesionales de las participantes en la licitación, de manera de evitar que aquellas cuyo personal disponga de experiencia relevante, queden excluidas de disputar este mercado.

IV. COMISION EVALUADORA

20. El artículo 7° de las Bases Administrativas hace mención a la “Comisión Técnica de Estudio y Evaluación.” Además, en el referido artículo 13 se señala que “La Comisión propondrá, (...) una nómina de los tres oferentes de mejor puntaje (...)”.
21. No obstante, las Bases Administrativas no señalan la conformación de la referida Comisión.
22. Al respecto, se hace presente a ese Municipio que las Instrucciones de Carácter General, en su Resuelvo 5°, señalan que: *“Las Bases de todo proceso de licitación deberán precisar cómo se integrará la comisión evaluadora.”*

V. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

23. El artículo 6° de las Bases Administrativas señala los requisitos que debe cumplir un potencial oferente, entre los cuales se contempla la siguiente cláusula: "(...) podrán participar como oferentes (...) Personas Naturales o Jurídicas (...) cuyo capital social no sea inferior a seiscientos millones de pesos (...)".
24. Hacemos presente a esta Municipalidad, que, de acuerdo al ya señalado resuelvo 6° de las Instrucciones de Carácter General, "*(...) 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*".
25. Sobre el particular el Considerando tercero de las citadas Instrucciones señala: "*Que, para lograr el cumplimiento de los objetivos antes expuestos, las municipalidades deben 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 en la bases el uso en las bases de cláusulas que exijan, por ejemplo, contar con un capital mínimo no razonable o desproporcionado (...)*".

VI. OFERTA DE SERVICIOS

26. Los artículos 1° y 4° de las Bases Administrativas se refieren a los servicios objeto de la licitación, señalando que se refieren a los servicios de recolección de residuos sólidos urbanos, barrido y limpieza de vías y espacios públicos y transporte hasta un relleno sanitario o planta de transferencia. Por su parte la carátula de las Bases agrega los servicios de extracción y transporte de residuos sólidos urbanos, ferias libres y propaganda.
27. A este respecto, el Considerando Séptimo de las Instrucciones de Carácter General N° 1/ 2006, dispone que resulta conveniente que, "*(...) siempre que sea posible y no existan fundamentos que lo desaconsejen, 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 retiro de ramas, salvo que existan fundamentos en contrario”.

28. De acuerdo con lo expuesto, esta Fiscalía recomienda a ese Municipio, como una manera de generar mayor competencia en los servicios de limpieza de vías y espacios públicos, ferias libres y propaganda; y extracción, recolección y transporte de residuos sólidos urbanos hasta un relleno sanitario o planta de transferencia, permitir ofertas separadas para los mismos habida consideración de que su escala de negocios es muy distinta a la del servicio recolección de residuos sólidos urbanos.

VII. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

29. El artículo 7° de las Bases Administrativas señala que la “Comisión Técnica de Estudio y Evaluación se reserva el derecho de hacer, de oficio, en cualquier momento, hasta 72 horas antes de la fecha de apertura, aclaraciones, enmiendas o rectificaciones a las Bases Administrativas, Planos y Especificaciones Técnicas de la presente propuesta”.
30. 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 se lesionen los principios de debida transparencia y garantía de libre acceso, garantidos por el Resolvo N° 1 de las Instrucciones de Carácter General.
31. Además, una cláusula como la señalada altera el principio de inmutabilidad de las Bases, incrementando los niveles de incertidumbre que enfrenta un potencial oferente.
32. Finalmente, hago presente a su 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”.

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,




ENRIQUE VERGARA VIAL
FISCAL NACIONAL ECONOMICO

Abogado FNE
Ximena Castillo C.
Fono: 7535662