

ORD. N°: **1236 /**

ANT.: Consulta sobre Bases de la propuesta pública para la concesión de los "Servicios de Recolección, Transporte y Disposición Final de Residuos Sólidos Domiciliarios; y Barrido de Calles y Ferias Libres", Rol N° 1930-11 FNE.

Sus Ords. N° 1679, de 24 de junio y 11 de agosto de 2011.

MAT.: Informa.

Santiago, **08 SET. 2011**

DE : SUBFISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)

A : SR. OSCAR PEREIRA TAPIA
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE COQUIMBO
BILBAO N° 348
COQUIMBO

Con fecha 6 de julio y 19 de agosto de 2011 respectivamente, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas Generales y Especificaciones Técnicas para la licitación pública de la concesión de los "Servicios de Recolección, Transporte y Disposición Final de Residuos Sólidos Domiciliarios; y Barrido de Calles y Ferias Libres de la comuna de Coquimbo" y el oficio ordinario signado en el Antecedente, 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. DEFINICIÓN DE LOS SERVICIOS LICITADOS

1. Aun cuando las bases están caratuladas como "Servicios de Recolección, Transporte y Disposición Final de Residuos Sólidos Domiciliarios; y Barrido de Calles y Ferias Libres", el artículo 45 de las Bases Administrativas Generales señala que deberán presentarse ofertas por (a) valor total mensual por el servicio de recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios, (b) valor mensual por unidad habitacional del servicio y transporte de recolección de los residuos sólidos, para los sectores urbanos y con una frecuencia de 3 veces por semana, (c) valor mensual por metro lineal de barrido de calle para el sector urbano; y (d) valor mensual por instalación, mantención y retiro de contenedores.
2. En efecto, el literal (i) del numeral 6 de las especificaciones técnicas establece que, entre otros, la empresa adjudicada deberá proporcionar 30 contenedores de 1000 litros. Al respecto, resulta necesario definir con precisión los servicios que se licitan.
3. Sobre el particular las Instrucciones Generales establecen en su Considerando Sexto que: *"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"*.
4. Adicionalmente, se hace presente que el Considerando 7° de las Instrucciones Generales dispone que *"es 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 ramas, salvo que existan fundamentos en contrario"*.
5. Es necesario tener en consideración que los servicios licitados podrían implicar una integración vertical en el caso que la empresa que se adjudique los mismos sea dueña del relleno sanitario. Desde la perspectiva de la libre competencia esta situación no sería recomendable ya que la empresa

propietaria del relleno podría postular a la licitación, con costos referidos a la disposición final, inferiores a los que cobra a otras empresas que utilizan el relleno sanitario.

6. De esta manera, a fin de aumentar la competencia en el mercado, esta Fiscalía recomienda a esa Municipalidad, a menos que existan causas justificadas, establecer licitaciones separadas que comprendan los servicios de: recolección, transporte y disposición final de residuos domiciliarios; recolección de voluminosos; aseo de ferias libres y avenidas principales; contenedores de basura o bien permitir en un mismo proceso licitatorio ofertas separadas por cada uno de los servicios que se licitan.

II. CRONOGRAMA DEL PROCESO

7. El anexo 1 presenta el programa del proceso de licitación, el cual señala las fechas de algunos hitos del mismo, tales como fecha de publicación, período de consultas y cierre y apertura de las ofertas. Sin embargo, no se presenta la fecha de inicio de los servicios, lo cual incrementa los niveles de incertidumbre que enfrentan los potenciales oferentes.
8. Más aún, el inciso primero del numeral 6 de las Especificaciones Técnicas dispone que el “adjudicatario comenzará con la prestación de servicio en la fecha estipulada en el cronograma de este proceso de licitación...”, la cual, como se señaló, no es indicada en el cronograma incorporado en el anexo 1.
9. Esta Fiscalía recomienda a esa I. Municipalidad incorporar a las Bases de Licitación un cronograma detallado, que contemple todos los hitos relevantes del proceso, como son: fecha de publicación del llamado a licitación, de presentación de las ofertas, de adjudicación, de suscripción del contrato, inicio de los servicios, etc.
10. 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”.¹

III. DURACIÓN DEL CONTRATO

11. Las Bases Administrativas Generales en el inciso cuarto del artículo 3° establece que la duración del contrato “será de siete años, contados desde la suscripción del contrato”.
12. 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 y por tanto 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”*.
13. Por otro lado, el mismo inciso cuarto puntualiza que se podrá “renovar la concesión por períodos anuales, previo acuerdo del Concejo Municipal”. Al respecto, cabe representar a esa Municipalidad que para ajustarse a las Instrucciones las Bases, la posibilidad de ser prorrogado por un plazo breve debe ser aplicada sólo en caso de circunstancias especiales a fin de asegurar la continuidad del servicio.

IV. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

14. El artículo 15° de las Bases Administrativas Generales presenta los criterios de evaluación de las diferentes ofertas, los cuales incorporan, entre otros, experiencia en el mercado del oferente, nómina de contratos, proyecto operativo a implementar, servicios adicionales, etc.

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

15. Respecto a los criterios que se puntuarán conforme a las tablas señaladas anteriormente, esta Fiscalía considera que su margen de interpretación resulta demasiado amplio, dado que no se define qué parámetros se utilizarán para evaluar los diferentes criterios, lo cual incrementa los niveles de incertidumbre que enfrentan los potenciales oferentes.
16. En el evento que la I. 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. Adicionalmente la pauta de evaluación analizada establece una ponderación de un 30% para la propuesta económica.
18. Sobre el particular, cabe considerar que al no contemplarse el precio ofrecido como principal criterio de adjudicación, se vulnera lo establecido en el Resuelvo 4° de las Instrucciones Generales, el cual 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”*².
19. De esta manera, resulta necesario que las Bases de Licitación remitidas a esta Fiscalía establezcan como criterio principal de adjudicación el precio ofrecido por las oferentes.

² Al respecto, cabe tener presente lo señalado por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en la Sentencia N° 92/2009, en su considerando trigésimo segundo dispone: *“lo relevante es que el principal criterio de asignación de la licitación –no necesariamente el único– sea el precio ofrecido y que en caso que se estimase necesario utilizar otros parámetros distintos del precio, éstos se encuentren debidamente justificados”*.

V. COMISIÓN EVALUADORA

20. El artículo 14° de las Bases Administrativas Generales establece que “la selección, estudio y evaluación de las ofertas, la realizará la Comisión Evaluadora designada por Decreto Alcaldicio”.
21. Lo anterior contraviene las “Instrucciones Generales”, toda vez que el Resuelvo 5° de las mismas dispone: *“Las bases de todo proceso de licitación deberán precisar cómo se integrará la comisión evaluadora.”*

VI. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

22. El Artículo 7° de las Bases Administrativas Generales establece la exigencia que el capital de la empresa o persona natural que licite el servicio de recolección, transporte y disposición no podrá ser inferior a \$500 millones, mientras que en el caso de la empresa o persona natural que licite el servicio de barrido de calles y ferias libres, la exigencia de capital mínimo alcanza a \$100 millones.
23. Al respecto, se hace presente a ese Municipio que las exigencias de capital deben ser tales que no se erijan en barreras a la entrada de nuevos competidores a este mercado, en conformidad 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”*.
24. Por otro lado, el artículo 9°, en su literal c) establece que el proponente debe presentar su experiencia en servicios similares. Asimismo, como se señaló precedentemente, la pauta de evaluación asigna puntaje de acuerdo a la experiencia en el mercado del oferente.
25. Cabe tener presente lo resuelto por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que en su Sentencia N° 77, de 4 de noviembre de 2008, 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».

26. Sumado a ello, bastaría tener por suficiente la experiencia acreditada por los socios o profesionales de las empresas participantes en la licitación, de esta forma se evita que empresas cuyo personal disponga de experiencia relevante, queden excluidas de disputar este mercado.
27. Por lo indicado, se recomienda a esa I. Municipalidad establecer un mínimo de experiencia relevante, a fin de evitar reducir injustificadamente el número de potenciales participantes en la licitación respectiva, de acuerdo al ya citado resuelvo 6° de las Instrucciones de Carácter General.

VII. DISCRECIONALIDAD

28. El artículo 4° de las Bases Administrativas Generales, en su inciso segundo, dispone que “la Municipalidad se reserva el derecho de adjudicar exclusivamente el servicio principal, de adjudicar ambos servicios o algunos de ellos, e incluso declarar desierta la Licitación si se considerare que ninguna de las ofertas es la opción que más se ajusta a sus intereses”.
29. Por otro lado, el artículo 15° de las Bases, en su inciso final, señala que “la Comisión Evaluadora elaborará un informe comparativo y fundado de las ofertas presentadas, proponiendo la que sea más conveniente al interés municipal...”.
30. Por otro lado, el artículo 19°, en su penúltimo inciso, señala que “si el o los proponente(s) adjudicatario(s) no firmase el contrato dentro del plazo establecido, la Municipalidad de Coquimbo (...) podrá dejar sin efecto el Decreto de Adjudicación, dictando un nuevo decreto y adjudicando la licitación al Oferente seleccionado en el segundo o en el tercer lugar de acuerdo al orden de prelación establecido, o en su defecto, podrá rechazar todas las ofertas”.

31. Sobre el particular, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, señaló en su Resolución N° 13/2006: *“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, disminuya la competencia ex ante”*.

32. Más aún, a juicio de esta Fiscalía, las cláusulas que permiten a la autoridad desechar ofertas y adjudicar el proceso licitatorio en virtud de disposiciones discrecionales, podrían facultar a esa Municipalidad para desentenderse de los criterios de evaluación establecidos en las Bases para la adjudicación de la propuesta, otorgando la licitación a cualquier oferente válido, vulnerarían 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”*.

33. A mayor abundamiento, en relación a la discrecionalidad, la Sentencia N° 77/2008 del mismo H. Tribunal, confirmada por Sentencia de la Excma. Corte Suprema, en su parte considerativa señaló: **“Sexagésimo primero.** *Que en opinión de este Tribunal, lo reprochable de la cláusula transcrita anteriormente no es la facultad de rechazar ofertas que no se ajusten a las Bases, cuestión que no merece reparo alguno y respecto de la cual es inoficioso detenerse, sino la facultad que otorga a la Municipalidad la frase final de esa cláusula, toda vez que le permite desentenderse de criterios objetivos de evaluación de propuestas y “aceptar cualquier oferta que estime conveniente a los intereses Municipales”;* **Sexagésimo segundo.** *Que, en efecto, a juicio de este Tribunal, una estipulación como esa eleva el riesgo de un comportamiento oportunista o arbitrario por parte del licitador, lo cual, por sí sólo, incrementa el riesgo de negocio y, por tanto, el costo esperado de participación por parte de eventuales interesados en competir en el proceso de licitación, generándose de esta forma desincentivos artificiales de participación que reducen la probabilidad de lograr una competencia ex ante vigorosa y eficiente en dicho proceso”*.

34. En definitiva, la adjudicación de la licitación debe realizarse a aquel oferente que obtenga el mayor puntaje de acuerdo a los criterios de evaluación y ponderaciones previamente establecidos en las bases administrativas, tal como lo establece el artículo 10 de la ley 19.886, ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, en concordancia con los artículos 37 y 41 de su reglamento.
35. Respecto a la eventualidad que se declarara desierta la licitación, el Resolvo 7°, de las Instrucciones es preciso al señalar: "(...) *En caso de declarar desierta una licitación, las municipalidades estarán obligadas a iniciar una nueva, ajustando las bases de la misma a las necesidades del proceso declarado desierto*".

VIII. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

36. El inciso primero del artículo 21° dispone que "para el caso de la prestación del servicio de: recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios; la Municipalidad se reserva el derecho de aumentar el costo total de los servicios contratados, hasta un tope de 10% por aumento de número de viviendas en la comuna, por año, durante el período que dure la concesión. Asimismo podrá aumentar las frecuencias y/o recorridos, en uno o más sectores, hasta un 10% adicional del costo total del contrato a la fecha que estos eventos pudiesen ocurrir."
37. Sobre el particular, 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, reguardados por el Resolvo N° 1 de las Instrucciones de Carácter General. En consecuencia, resulta necesario que los ajustes al contrato respondan a la aplicación de parámetros objetivos previamente establecidos en las Bases, tales como incremento en el número de viviendas o en el número, extensión de calles sujetas a barrido y circunstancias calificadas como de emergencia o catástrofe por la autoridad competente.

IX. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

38. El artículo 23° dispone que en caso que el concesionario considere que a una orden de servicio está fuera del alcance de los términos del contrato, podrá notificar por escrito al Jefe del Departamento de Aseo. La respuesta de éste podrá ser apelable ante el Alcalde, como última instancia, en un plazo no superior a cinco días corridos (...)" Por otro lado, el Formato N°2 exige al proponente declarar, de acuerdo al numeral 4, que "reconoce que la decisión de la Municipalidad de Coquimbo, respecto de la adjudicación de esta propuesta, será inapelable y definitiva".
39. Más aún, en el numeral 7 del citado Formato N°2 se le exige al proponente declarar que "renuncia a toda acción legal y/o administrativa si su oferta no fuese aceptada, sea total o parcialmente y en el caso de aceptarse, para el evento que la Municipalidad de Coquimbo, disponga la nulidad o rescindir la adjudicación o contrato según proceda".
40. En relación a la imposibilidad de los oferentes para reclamar, apelar y exigir indemnizaciones, cabe señalar que, la incorporación de cláusulas que establezcan 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, tal como lo señalan las Instrucciones Generales en su Considerando 4°. Adicionalmente, se contraviene el Resuelvo 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 (...)*".

Finalmente, 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 señor Alcalde que las Bases consultadas sean modificadas conforme a lo observado.

Saluda atentamente a usted,

Por orden del Fiscal Nacional Económico,



CRISTIAN R. REYES CID
SUBFISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)

Encargado FNE
Paulo Oyanedel
Fono: 7535604 7535602