

ORD. N° 1490
ANT.: Bases de Licitación Pública para la propuesta denominada "Servicio de Disposición Final de Residuos Sólidos Domiciliarios"; Rol N°1901-11 FNE.

Su Ord. N°1093, de 07 de septiembre de 2011.

Ord. FNE N° 1065, de 4 de agosto de 2011.

MAT.: Informa.

Santiago, 28 de octubre de 2011

DE : SUBFISCAL NACIONAL

**A : SR. HUGO REY MARTÍNEZ
ALCALDE
I. MUNICIPALIDAD DE CURICÓ
ESTADO N° 279
CURICÓ
MAULE**

Con fecha 8 de septiembre de 2011, se ha recibido en esta Fiscalía una nueva versión de las Bases Administrativas, para la propuesta pública de la concesión denominada "Servicio de Disposición Final de Residuos Sólidos Domiciliarios y Asimilables de la comuna de Curicó", con el objeto de establecer 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:

I. CRONOGRAMA DEL PROCESO

1. Si bien se asignaron fechas a las etapas contenidas en el calendario del proceso de licitación, se hace presente a esa I. Municipalidad la necesidad de adecuar el plazo que existe entre el llamado de licitación y el cierre de las ofertas.

2. Sobre el particular, el calendario contenido en las Bases Generales establece 46 días corridos entre las etapas ya señaladas, contraviniendo así lo dispuesto por el Resuelvo tercero de las Instrucciones Generales.

3. En efecto, este señala: "Las Municipalidades deberán publicar el llamado a licitación que realicen, con una anticipación mínima de 60 días corridos previos a la fecha prevista para la recepción de las ofertas, en al menos dos diarios de circulación nacional o alternativamente, en uno de circulación nacional y en otro de circulación en la región que corresponda. A la fecha de las publicaciones, las respectivas bases de licitación deberán estar disponibles para los interesados".

4. Además se hace presente que en ninguna parte del calendario se señala con claridad la fecha de suscripción del contrato, estableciéndose solamente la fecha de adjudicación y la de inicio de los servicios.

5. A juicio de esta Fiscalía, la inclusión de dicha etapa del proceso licitatorio, como así la adecuación de los plazos a lo establecido por las "Instrucciones Generales", resulta de la mayor relevancia puesto que dotar de certeza y de tiempos prudentes a los proponentes, elimina barreras a la entrada en el proceso y aumenta la desafiabilidad entre oferentes.

II. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

6. En el primer Informe enviado por esta Fiscalía a esa I. Municipalidad se recomendó la necesidad de modificar el artículo 6.1, literal m) en cuanto este establecía una serie de requisitos para participar en el proceso, tales como "Listado de los contratos vigentes celebrados por el proponente...; toneladas y metros cúbicos recepcionados al mes; inicio y término del contrato...".

7. Así las cosas, se señaló a esa Ilustrísima Municipalidad que la exigencia de experiencia no puede transformarse en una barrera a la entrada al mercado para nuevas empresas, por tanto, era recomendable que la acreditación de experiencia solo dijera relación con los socios y no con la experiencia previa en el rubro de los oferentes.

8. En este sentido, es menester considerar 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".

9. Ahora bien, en la nueva versión de las Bases, no se observa ninguna modificación sustantiva ni atingente al tema en cuestión, estableciéndose el artículo 6.1, literal m), de la siguiente forma: "Listado de los contratos vigentes celebrados por el proponente, indicando nombre, domicilio y teléfono del organismo o empresa al que le prestan servicio de disposición final en relleno sanitario. Nombre del contrato, toneladas y metros cúbicos recepcionados al mes; nombre, cargo, domicilio y número telefónico de las personas responsables de la evaluación y aprobación de la actuación del oferente; inicio y término del contrato".

10. En relación con lo anterior, agregan al pie de página la siguiente nota: "La Municipalidad deja constancia, por recomendación de la Fiscalía Nacional Económica, que esta exigencia no es requisito para participar en la presente licitación, sino, sólo la solicitud de información necesaria para ponderar el cumplimiento del oferente con otros contratantes y su capacidad de manejo de tonelaje de residuos".

11. La referida nota no reviste ninguna validez formal en las presentes Bases, más aún cuando, este literal pertenece al artículo 6.1 el cual en su enunciado señala expresamente que los requisitos que en él se contienen son de carácter imperativo para los proponentes.

12. 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".

III. CRITERIOS DE EVALUACION

13. El artículo 10 de las Bases referido a la Pauta de Evaluación señala en su inciso tercero "Con todo el Municipio podrá no adjudicar al precio más bajo ofertado si por razones de distancia entre la comuna de Curicó y el relleno sanitario u otras condiciones técnicas o administrativas expresamente justificadas, la elección del relleno que ofrezca el precio más bajo aumente el costo del traslado de los residuos hasta el relleno ya que el servicio de recolección y transporte se licita por separado y sus costos se relacionan necesariamente con la distancia entre los puntos de recolección y el de disposición".

14. Se hace presente a esa l. Municipalidad que el hecho de que la ubicación geográfica del relleno sanitario pueda aumentar el costo de los servicios de recolección y traslado, no faculta en ningún caso para desatender el criterio "precio" en la elección. Siendo posible por ese Municipio, por ejemplo, corregir el precio ofertado por el relleno sanitario en atención a la distancia de éste a un punto cierto de la Comuna.

15. El artículo 10 de las referidas Bases de Licitación, si bien puede perseguir un objetivo razonable por parte de ese Municipio, en las condiciones en las cuales ha sido redactado es fuente de discrecionalidad en la actuar y puede convertirse en un obstáculo para que potenciales oferentes realicen ofertas serias en esta licitación. Adicionalmente, contraviene lo señalado en la Condición 7° de las Instrucciones Generales que señala: "Las bases de licitación no podrán contener disposiciones que sean fuente de arbitrariedad en la adjudicación".

16. Por lo anterior se solicita a ese Municipio modificar las bases a fin de que éstas cautelen la transparencia y garantía de libre acceso, estableciendo condiciones generales, uniformes y objetivas.

IV. DISCRECIONALIDAD

17. El numeral 6.1, en su literal h) inciso tercero, exige como contenido de la oferta Técnica para poder participar en la licitación: “Declaración jurada ante Notario Público que exponga el estado de cumplimiento de las exigencias establecidas en su respectiva RCA y todas sus modificaciones, señalando específicamente si cumple o no cumple respecto” y agrega: “la municipalidad tasaré las obras faltantes de las que tiene conocimiento sin necesidad de declaración de las empresas, como todas aquellas que sean informadas...”.

18. Por su parte la letra i), del numeral en análisis agrega: “Si de la declaración jurada o de la información que obra en poder de la Municipalidad y en caso de que el proponente no cuente o no opere en condiciones óptimas las “instalaciones Juniores del relleno sanitario”, de acuerdo con las exigencias hechas por la autoridad competente y por la Municipalidad, deberá presentar una boleta de garantía por cada obra inconclusa o faltante, equivalente a 10% de valor de las obras inconclusas o faltantes, a nombre de la Municipalidad de Curicó, con el fin de garantizar que éstas sean materializadas en un plazo no superior a tres meses...”. Continúa refiriéndose a las Instalaciones mayores, esto es, la Planta de Tratamiento de Lixiviados o percolados o líquidos emanados de los residuos: “En caso de que las instalaciones mencionadas precedentemente (Planta de Tratamiento de Lixiviados) no sea materializada, en los términos que exige la autoridad competente, la Municipalidad de Curicó queda facultada para hacer efectivo el cobro de la boleta (s) de garantía (s) que corresponda (n)...Las obras inconclusas o faltantes serán tasadas por la Secretaría común al de Planificación”.

19. Al respecto, debe señalarse que de las cláusulas citadas no se observa la posibilidad de determinar con algún grado de precisión el monto de las garantías que debían presentar los oferentes que presentaran obras inconclusas. Lo anterior puede convertirse en un obstáculo para que potenciales oferentes que presentan obras inconclusas realicen ofertas en el marco de la licitación. Sobre el respecto, 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”.

20. 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”.

21. Por último, cabe tener presente que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 64, de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, modificada por la ley N° 20.417, de 26 de enero de 2010, la fiscalización del permanente cumplimiento de las normas y condiciones sobre las cuales se han aprobado o aceptado

los Estudios y Declaraciones de Impacto Ambiental, será efectuada por la Superintendencia del Medio Ambiente. Sobre la materia, cabe señalar que, de conformidad a los artículos transitorios de la ley N° 20.417, esta Superintendencia sólo entrará en funciones cuando entren en vigencia los Tribunales Ambientales. Sin embargo, en forma transitoria, para efectos de fiscalización, control y sanción ambiental, rige lo dispuesto en la ley N° 20.473, publicada en el Diario Oficial de 13 de noviembre de 2010, que otorga transitoriamente las facultades Fiscalizadoras y sancionadoras que indica a la Comisión de Evaluación Ambiental señalada en el artículo 86, de la ley N° 19.300.

V. OTROS

22. Se hace presente que las bases acompañadas no contemplan una pauta de evaluación, asimismo no se han acompañado las Bases Técnicas ni los Anexos correspondientes a este proceso de licitación pública.

23. En relación a la pauta de evaluación las Instrucciones Generales, señalan en su Resuelvo 5°: "Las bases de licitación de todo proceso de licitación (...) y establecer las pautas que se utilizarán para la calificación de los oferentes y sus propuestas.

24. La referida omisión ya le fue objetada en el informe signado en el Antecedente señalándose lo siguiente: "Las Bases en análisis no contemplan una pauta de evaluación, lo que 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".

25. "En consecuencia, las bases remitidas a esta Fiscalía deben incorporar las pautas para la calificación de los oferentes y sus propuestas, estableciendo como criterio principal de adjudicación el precio ofrecido por las oferentes".

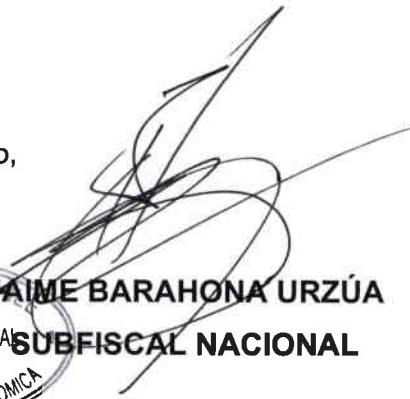
26. Sobre el particular, cabe tener presente lo señalado por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el Considerando Trigésimo segundo de la Sentencia N° 92/2009, que dispone: "lo relevante es que el principal criterio de asignación de la licitación –no necesariamente el único– sea el precio ofrecido y que en caso que se estimase necesario utilizar otros parámetros distintos del precio, éstos se encuentren debidamente justificados".

27. Por último, hago presente a ese 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,

Por orden del Fiscal Nacional Económico,


* REPÚBLICA DE CHILE
* SUBFISCAL NACIONAL
* FISCALIA NACIONAL ECONOMICA
JAIME BARAHONA URZÚA
SUBFISCAL NACIONAL

Abogada FNE
Ximena Castillo
Fono: 7535602 - 604