

ORD. N° 0304
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 2058 -12 FNE.
MAT.: Su Ord. N° 1300/201
Informa

Santiago, 12 de marzo de 2012

DE : SUBFISCAL NACIONAL

**A : SR. DAVIS MORALES NORDETTI
ALCALDE I. MUNICIPALIDAD DE ISLA DE MAIPO
I. MUNICIPALIDAD DE ISLA DE MAIPO
ALCALDE DAVID LÓPEZ N° 9
ISLA DE MAIPO
REGIÓN METROPOLITANA DE SANTIAGO**

Con fecha 20 de febrero de 2012, 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 Municipalidad de Isla de Maipo" 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. Las Bases Administrativas Generales están caratuladas como "Licitación de Servicios de Recolección y Transporte de Residuos Sólidos Domiciliarios y Comerciales; Limpieza y Extracción de Desechos de Ferias Libres, Barrido, Aseo de Calles y Traslado a Vertedero sin disposición Final y Plan Piloto de Reciclaje". Sin embargo en su interior, las Bases establecen en el punto 1.1, el llamado de licitación pública conjunta de los servicios de recolección de residuos domiciliarios, limpieza, aseo de calles, traslado y depósito en

relleno sanitario, plan piloto de reciclaje, limpieza, extracción y retiro de residuos de ferias libres y otras actividades especiales.

2. 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".

3. Adicionalmente, se hace presente que el Considerando Séptimo 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".

4. 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.

5. 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 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.

6. Finalmente, la falta de precisión respecto de los servicios que se licitan podría generar incertidumbre a los posibles oferentes vulnerándose de esta forma lo previsto por el Resuelvo 2° de las Instrucciones Generales que señalan que "[E]n los procesos de licitación, deberán definirse en forma explícita los distintos servicios que se liciten".

II. EXIGENCIAS DESMEDIDAS

7. Las Bases establecen en la letra H correspondiente al punto 4.3 del Título IV que "[E]l contratista que se adjudique la licitación deberá, preferentemente, contratar personal con experiencia en el rubro, domiciliados en la comuna e inscrito en los registros de la Oficina Municipal de Información Laboral".

8. Además, en el punto 7.3 del Título VII, las Bases Generales establecen un

requisito de certificación de experiencia consistente en “una nómina detallada de las últimas corporaciones edilicias con las cuales mantienen contratos vigentes y de aquellas prestó servicio en los últimos tres años”.

9. Finalmente, en el punto 7.5 del mismo título anterior se señala que debe acreditarse “la propiedad de los vehículos”. Conforme a los criterios que se desprenden de las Instrucciones Generales, las Bases no deben exigir a los participantes que acrediten la propiedad, bastando establecer alguna relación contractual como el Leasing.

10. 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”.

11. 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.

12. Además, el Considerando Tercero señala que “deben evitarse en las bases el uso de cláusulas que exijan, por ejemplo (...) comprometerse a contratar a determinados trabajadores, o que exijan contar con experiencia previa injustificadamente específica en el o los servicios que se licitan”.

13. 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.

III. DISCRECIONALIDAD

14. Las Bases de Licitación establecen en sus puntos 5.1.3 y 5.1.4 del Título V, la posibilidad que la municipalidad modifique, “cuando así lo determine”, el lugar de disposición de los residuos. Esta situación se repite en el punto 10.5 donde la Municipalidad “se reserva el derecho a aumentar o disminuir hasta en un 20% el valor del monto del contrato.”

15. Además, el punto 9.7 del Título IX de las Bases establece que “[E]l alcalde podrá efectuar la adjudicación de entre los tres primeros oferentes que obtuvieren los tres más altos puntajes...”

16. 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”.

17. 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 resuelvo 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”.

18. A mayor abundamiento, en relación a la discrecionalidad en la selección de las propuestas, 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”.

19. 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.

20. Respecto a la eventualidad que se declarara desierta la licitación, el Resuelvo 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”.

IV. CRONOGRAMA

21. Las bases no cuentan con un cronograma detallado que especifique de

manera clara los hitos de la licitación. En efecto, el calendario de la propuesta del título XV no es claro en establecer la fecha de resolución de la licitación, la fecha de publicación de los resultados definitivos, etc.

22. Las Bases deben cumplir las formalidades indicadas en el Resuelvo N°3 de las Instrucciones Generales, incorporando un cronograma detallado que contemple la totalidad de los hitos del proceso, con fechas ciertas que otorguen a los potenciales oferentes certeza en relación al proceso licitatorio.

23. 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".

24. Es por tanto recomendación de esta Fiscalía que la Municipalidad configure un cronograma detallado donde se establezcan con claridad todos los hitos del proceso de licitación.

Por último, 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,



JAIME BARAHONA URZÚA
SUBFISCAL NACIONAL

Abogado FNE
George Lambeth