

ANT.: Presentación de la I. Municipalidad de Cabildo, referida a las *"Bases de licitación pública de la Concesión servicio de recolección, de RSD, barrido y aseo de calles y ferias libres y disposición final en Vertedero"*.
Rol N° 2544-19 FNE.

MAT.: Minuta de Archivo.

Santiago, 16 MAY 2019

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

DE : JEFE DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS

Por medio del presente, informamos sobre las diligencias realizadas en el expediente Rol FNE N° 2544-19, relativas a las *"Bases de licitación sobre servicios de residuos domiciliarios, Municipalidad de Cabildo"*, recomendando su archivo en virtud de las consideraciones que a continuación se exponen:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 21 de febrero de 2019, el Alcalde (S) de la I. Municipalidad de Cabildo remitió a esta Fiscalía las Bases de Licitación Pública para la *"Concesión del servicio de recolección de residuos sólidos domiciliarios, barrido y aseo de calles y ferias libres y disposición final en vertedero"* ("Bases"), fundándose en las Instrucciones de Carácter General N° 3, de 21 de marzo de 2013, en atención a que fue advertido por el Observatorio de Chilecompra de posibles infracciones a dichas Instrucciones¹.
2. Las Bases fueron aprobadas por el Decreto alcaldicio N° 4.400, de fecha 5 de diciembre de 2018, siendo publicadas en el portal de Chilecompra el día 12 de diciembre del mismo año, con el código ID 3621-62-LR18, cerrándose en el referido sistema el 15 de enero de 2019.
3. Este proceso fue suspendido con ocasión de un reparo del Observatorio de este organismo remitido mediante correo electrónico de 30 de enero de 2019 por el encargado de Gestión de Reclamos y Mediación y que señala *"...informamos a usted que en Observatorio de Chilecompra, hemos monitoreado el proceso de compra en comento, a raíz de que proveedores han tomado contacto con nosotros, informando que la licitación no se ajustaría a lo indicado por la Fiscalía Nacional Económica,*

¹ Debe considerarse que dichas Instrucciones eliminaron la obligación establecida en las ICG N° 1/2006, que indicaba que las municipalidades debían remitir a esta Fiscalía las bases de licitación de estos servicios para un análisis preventivo previo a su publicación. Actualmente esta Fiscalía sólo realiza un análisis de estos tipos de licitaciones cuando toma conocimiento de posibles conductas ilícitas, sea de oficio en base a hechos públicos y notorios, o previa denuncia.

respecto a los servicios de recolección y transporte de residuos domiciliarios. Al respecto la F.N.E. ha indicado que, 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”².

4. Indica también *“Que, por otra parte, 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. Considerando que la licitación actualmente se encuentra en pleno proceso de evaluación de antecedentes, consideramos oportuno entregar a ustedes esta información, con la finalidad de que sea analizada por parte de la comisión evaluadora, en conjunto con asesor o área jurídica del Municipio, con la finalidad de evitar cualquier tipo de inconveniente posterior”.*
5. En consideración al señalado reparo, en Sesión Ordinaria N° 88 del Concejo Municipal, de 5 de febrero de 2019, se resolvió suspender el proceso de adjudicación, dictándose al efecto el Decreto Alcaldicio N° 669, de 11 de febrero de 2019, y remitir los antecedentes de la licitación a esta Fiscalía a fin de que se pronuncie respecto a si las bases se ajustan a los criterios que resguardan la libre competencia en la adjudicación de este tipo de servicios.

II. OBSERVACIONES A LAS BASES DE LICITACIÓN

6. El objeto de las Bases es *“la concesión del servicio de recolección de residuos domiciliarios, barrido y aseo de calles y ferias libres y disposición final en vertedero”* y la duración del contrato que se celebraría es de dos años corridos, prorrogable por un año más previa autorización del Concejo Municipal³. Sobre el particular, resulta conveniente señalar que -como señaló el H. TDLC en la consideración séptima de las Instrucciones de Carácter General N° 1/2006- siempre que sea posible y no existan fundamentos en contrario, se recomienda que se 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 de escombros y ramas.
7. Respecto del lugar de disposición final, las Bases Técnicas, en su numeral 5.1, indican que los residuos se trasladarán al vertedero ubicado en la comuna de Cabildo. Al respecto, no resulta conveniente para la competencia en la licitación restringir la oferta de otros lugares de disposición final o circunscribirla sólo la comuna de Cabildo

² Cabe hacer presente que la referencia a la FNE a que alude el Observatorio de Chilecompra debe entenderse efectuada a lo señalado en las Instrucciones de Carácter General N° 1/2006, Rol TDLC, NC N° 98-05, “Dictación de Instrucciones Generales General para el mercado de la recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios”, aplicables a todo el territorio nacional.

³ Cláusula 2 de la Bases Técnicas. En relación con la prórroga del contrato resulta útil tener en consideración lo dispuesto en el artículo 10, N° 7, letra a) del Decreto N° 250, de 2004 que aprueba el Reglamento de la ley N° 19.886 de bases de contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, que autoriza la prórroga en los casos y requisitos que indica y en cuya parte pertinente señala: *“...siempre que el monto de dicha prórroga no supere las 1.000 UTM”.*

si no hay fundamentos técnicos que lo justifiquen, pues limita libre concurrencia e impone la contratación con sólo un proveedor del servicio de disposición final.

8. Por su parte, en el numeral 5.2 de las Bases se indica que el concesionario deberá contar con un sistema que permita entregar a la municipalidad la información respecto del tonelaje de residuos retirados. Esta exigencia se efectúa en consideración a que el único vertedero autorizado en la comuna no cuenta con balanza de pesaje, por lo que resulta necesario exigir un sistema que permita determinar objetivamente las toneladas de residuos que se dispondrán en él, pero no sería requerido en caso de disponer los residuos en otro lugar, según lo señalado en el punto anterior.
9. En cuanto al plazo para la presentación de las ofertas, éste es exiguo –del 28 de diciembre, que es la fecha de las respuestas, al 15 de enero– considerando las características de la licitación, más aún al tratarse de servicios integrados, lo que reduce la intensidad competitiva de oferentes distintos al incumbente. Así lo ha señalado el H. TDLC, considerando que los plazos deben ser suficientes para favorecer la participación del mayor número de oferentes posibles: *“...las ya mencionadas bases, no contemplan los plazos necesarios para que las empresas del rubro puedan oportunamente formular ofertas serias, por lo que dicho calendario a la luz de lo resuelto precedentemente, es constitutivo de una barrera de entrada al mercado y, por consiguiente, dicha disposición es contraria a la libre competencia”*⁴.
10. Las Bases contemplan cláusulas que permitirían la discrecionalidad del ente licitante. Así, el numeral 11.3.2 N° 2 de las Bases, denominada “Licitación Desierta”, consigna que *“cuando todas las ofertas no resulten convenientes a los intereses de la Municipalidad”* y, en la cláusula 11.3.3., denominada “Revocación de la Licitación”, indica que *“La Comisión Evaluadora propondrá que el proceso licitatorio deberá revocarse, cuando por razones de mérito, oportunidad y conveniencia...”*. Sobre el particular, el H. TDLC en su sentencia N° 77/2008, considerandos sexagésimo primero y sexagésimo segundo, señaló *“Que en opinión de este Tribunal, lo reprochable de la cláusula transcrita anteriormente no es la facultad de rechazar las ofertas que no se ajusten a las bases, cuestión que no merece reparo alguno y respecto del cual es inoficioso detenerse, sino la facultad que otorga a la Municipalidad la frase final de esa cláusula, toda vez que le permite desatenderse de criterios objetivos de evaluación propuesta y “aceptar cualquier oferta que estime conveniente a los intereses Municipales”, continúa “Que en efecto, a juicio de este Tribunal, una estipulación como esa lleva el riesgo de un comportamiento oportunista o arbitrario por parte del licitador, lo cual, por si 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”*.
11. El numeral 11.1. de las Bases no especifica quiénes integrarán la Comisión Evaluadora. Como ya ha señalado reiteradamente esta Fiscalía, las bases de todo

⁴ Resolución N° 7/2005, resuelvo 2°

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. Esto con miras a asegurar la debida transparencia en la adjudicación e igualdad entre los oferentes.

12. Respecto de los criterios de evaluación considerados en el numeral 10 de las Bases, ha sido criterio uniforme del H. TDLC⁵ que el precio ofertado sea el principal factor de adjudicación y, en los casos en que para la asignación final se utilicen parámetros distintos al precio, ellos deberán justificarse fundadamente, lo que no ocurre en este caso. En particular, en este caso la oferta económica tiene sólo un 10% de ponderación en la evaluación, mientras que el factor "Remuneraciones" alcanza el 30%.
13. En cuanto a la infraestructura, el numeral 8 de las Bases Técnicas exige que el concesionario debe contar con un lugar ubicado en la Comuna de Cabildo para el emplazamiento de la Base Administrativa y de Operaciones. Considerando las limitaciones a la obtención de permisos de la autoridad sanitaria y ambiental, dicha cláusula podría restringir las condiciones de competencia respecto de oferentes distintos del incumbente, sin que se haya explicitado una justificación fundada para ello.

III. CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS QUE FUNDAMENTAN EL ARCHIVO DE LOS ANTECEDENTES

14. Con fecha 11 de abril de 2019, funcionarios de la División Antimonopolios de esta Fiscalía concurrieron a la I. Municipalidad de Cabildo con el objeto de participar en la reunión de Concejo Municipal convocada especialmente para analizar la problemática de las bases detectada por el Observatorio de Chilecompra. En dicha reunión se expusieron los principales criterios de los organismos de defensa de la libre competencia en materia de bases de licitación pública para la prestación de servicios en el mercado de la recolección transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios. Se analizaron en general las bases remitidas por la I. Municipalidad de Cabildo y se absolvieron las consultas planteadas por las autoridades de la I. Municipalidad y los integrantes del Concejo Municipal.
15. Considerando lo anterior, el Concejo Municipal en sesión extraordinaria N° 96, de fecha 11 de abril de 2019, aprobó levantar la suspensión de la adjudicación de la licitación y acordó revocar el proceso hasta la etapa previa de la elaboración del análisis del informe técnico económico, por tratarse de una licitación de alta complejidad, teniendo presente las observaciones formuladas por la FNE en la reunión de Concejo de ese mismo día y que se indican en la sección II de este informe.

⁵ Véase, entre otras, Rol TDLC NC N° 425-14 Resolución N° 46/2015, considerando 123; Rol TDLC NC N° 103-05, Resolución N° 13/2006, considerandos 5 y 9; Rol TDLC NC N° 303-08 Informe N° 4/2009; Rol TDLC NC N° 313-08 Informe N° 5/229; Rol TDLC NC N° 317-08, Informe N° 6/2009; Rol TDLC NC N° 408/12, Informe N° 9/2013; Rol TDLC NC N° 415/13 TDLC, Informe N° 10/2014; Rol TDLC NC N° 416/2013 Informe N° 11/2014; Rol TDLC N° AE-4-2011, Acuerdo Extrajudicial entre la FNE y SCL Terminal Aéreo de Santiago S.A.

16. En consecuencia, el Señor Alcalde procedió a dictar el Decreto Alcaldicio N° 1903, de fecha 3 de mayo de 2019, mediante el cual se levantó la suspensión ordenada por Decreto Alcaldicio N° 669 citado precedentemente, revocando a su vez el proceso licitatorio público ordenado por el Decreto Alcaldicio N° 4400, de 5 de diciembre de 2018, que aprobó las bases y autorizó el llamado a licitación pública para la "Concesión del servicio de recolección de residuos domiciliarios, barrido y aseo de calles y ferias libres y disposición final de vertedero", por contener las bases administrativas, bases técnicas y demás documentos aprobados disposiciones que podrían vulnerar la libre competencia y la normativa de compras públicas. El referido decreto fue publicado en el portal de Chilecompra con fecha 6 de mayo de 2019 y comunicado a esta Fiscalía con fecha 13 de mayo de 2019, mediante ingreso FNE N° 02294-19.

IV. CONCLUSIÓN

17. En atención a que el proceso licitatorio cuestionado fue revocado y que, por tanto, no existe un acto administrativo vigente que pueda contener las eventuales infracciones anticompetitivas que inicialmente motivaron la suspensión de la licitación, así como la voluntad expresada por la I. Municipalidad de Cabildo de considerar las observaciones informadas por esta Fiscalía al momento de elaborar las bases de un nuevo proceso licitatorio –lo cual constituye un cambio de conducta por parte de la entidad edilicia–, esta División recomienda archivar los antecedentes, salvo su mejor parecer.
18. Lo anterior es sin perjuicio de la facultad de esta Fiscalía de velar permanentemente por la libre competencia en los mercados y de abrir nuevas investigaciones respecto de este tipo de licitaciones, si existieren antecedentes que lo justificaren.

Saluda atentamente a usted,



GASTÓN PALMUCCI
JEFE DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS

ccc