

ANT.: Denuncia por licitaciones de basuras en Municipalidades de San Rafael y Pencahue.
Rol N° 2564-19 FNE.

MAT.: Minuta de Archivo.

Santiago, 20 AGO 2019

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

DE : JEFE DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS

Por medio de la presente, esta División informa al Sr. Fiscal acerca de la admisibilidad de la denuncia del Antecedente, recomendando su archivo en virtud de las consideraciones que se exponen a continuación:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 14 de junio de 2019, se recibió una denuncia¹ referida a un eventual incumplimiento de las directrices de esta Fiscalía en los procesos de licitaciones públicas para las concesiones del servicio de recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios². En concreto, fueron denunciados los procesos de licitación pública de los servicios ya indicados, para las comunas de San Rafael ("Concesión de San Rafael")³ y Pencahue ("Concesión de Pencahue")⁴.
2. Específicamente, se indicó que los procesos licitatorios vulnerarían los principios de igualdad y no discriminación de oferentes, así como las recomendaciones de la Fiscalía en el sentido de realizar procesos licitatorios separados para los servicios de

¹ Denuncia electrónica N° 1243427.

² La referencia a la Fiscalía que hace la denuncia, debe entenderse efectuada a lo señalado en las Instrucciones de Carácter General ("ICG") N° 1/2006 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("H. TDLC"), que indicaban 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. Dichas Instrucciones fueron dejadas sin efecto por la ICG N° 3/2013 del H. TDLC.

³ Mercado Público. Licitación ID: 552578-14-LQ19, "Concesión de retiro de basura domiciliaria". I. Municipalidad de San Rafael, SECPLAN. Disponible en: <http://www.mercadopublico.cl/Procurement/Modules/RFB/DetailsAcquisition.aspx?qs=KU+zkn+8Ecizs1bmXW3smg==> [Última visita: 19 de agosto de 2019].

⁴ Mercado Público. Licitación ID: 3559-2-LQ19, "Servicios de recolección, transporte y disposición". I. Municipalidad de Pencahue, SECPLAN. Disponible en: <http://www.mercadopublico.cl/Procurement/Modules/RFB/DetailsAcquisition.aspx?qs=rX5ReKmVB436+drM63kvyQ==> [Última visita: 19 de agosto de 2019].

recolección y para los servicios de disposición final de residuos. Asimismo, agregó que ninguno de los municipios dio respuesta satisfactoria a los reclamos interpuestos a través de la plataforma web de compras públicas (www.mercadopublico.cl).

II. OBSERVACIONES A LAS BASES DE LICITACIÓN Y CIRCUNSTANCIAS QUE FUNDAMENTAN EL ARCHIVO DE LOS ANTECEDENTES

A. I. Municipalidad de San Rafael

3. Como se desprende de sus bases⁵, el objeto de la licitación consistía en adjudicar los servicios de: a) recolección de residuos sólidos públicos domiciliarios y asimilables a domiciliarios; b) transporte de los residuos para su disposición final; c) barrido y aseo de calles; d) barrido y aseo de ferias libres y rotativas; y e) recolección de residuos de mayor tamaño una vez al año⁶. La duración del contrato de concesión tendría un plazo de 24 meses, renovable por seis meses adicionales⁷.
4. En consideración a la denuncia recibida, se hizo presente al municipio que las bases de licitación en cuestión consideraban cláusulas que no se ajustaban a los criterios establecidos por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“H. TDLC”), ni por esta Fiscalía, respecto de la entrega de concesiones para la prestación de servicios de recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios⁸.
5. Particularmente, y tal como señaló el H. TDLC en 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 ramas⁹.

⁵ Las bases de licitación (“BALI”) fueron aprobadas mediante el Decreto Exento N° 1987 de la I. Municipalidad de San Rafael, de fecha 22 de mayo de 2019.

⁶ Numeral 6 de las Bases Administrativas Especiales.

⁷ 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 (“Reglamento de Compras Públicas”), 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”.

⁸ Este Servicio también remitió al denunciado documentación concerniente a criterios de libre competencia aplicables al caso particular, a saber: Instrucciones de Carácter General N°1/2006 y N°3/2013 del TDLC; compendio de criterios de esta Fiscalía aplicables a licitaciones de servicios de recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios; resolución de archivo del expediente Rol N° 2544-19 FNE y la Directiva N° 18 emitida por la Dirección de Compras y Contratación Pública (“Chilecompra”) que considera recomendaciones para la licitación de concesiones de los servicios señalados, de fecha 10 de marzo de 2015.

⁹ H. TDLC. Instrucciones de Carácter General N° 1/2006, consideración séptima.

6. Respecto de los criterios de evaluación considerados en las BALI¹⁰, el H. TDLC ha indicado que el precio ofertado debiera ser el principal factor de adjudicación y, en los casos en que para la asignación final se utilicen parámetros distintos al precio, éstos deberán justificarse fundadamente¹¹. Lo anterior, no se cumpliría en el caso de esta licitación en particular, en que la oferta económica corresponde sólo a un 30% de ponderación final¹².
7. Por otra parte, en relación a la experiencia que se exige a los oferentes¹³, se observa que ésta podría constituir una barrera de entrada, en consideración a que se indica que “[...]a comisión evaluadora considerará y calificará sólo aquella experiencia que se acredite mediante certificados emitidos por organismos públicos a nombre del proponente, siendo consideradas las experiencias relativas a contratos en ejecución o ejecutados”. Así, la experiencia requerida, pareciera ser injustificadamente específica al circunscribirla sólo a entidades públicas y/o municipios, no contemplando experiencia que los oferentes puedan tener respecto a la provisión de los mismos servicios en el sector privado.
8. Sobre el particular, el H. TDLC también se ha pronunciado, señalando que “la exigencia que debiera hacerse en un proceso de licitación como el que motiva esta causa, debiera referirse más bien a ‘experiencia relevante’ y no necesariamente en el rubro de los servicios que se licitan propiamente tales”¹⁴.
9. En cuanto a la infraestructura, las BALI exigen que el concesionario deba contar con instalaciones en la comuna de San Rafael para el emplazamiento de sus oficinas administrativas, estacionamiento y espacio para lavado de camiones, los que requieren de permisos y autorizaciones sanitarias y ambientales difíciles de obtener¹⁵.

¹⁰ Numeral 13 de las Bases Administrativas Especiales.

¹¹ Véase, entre otras, H. TDLC: Resolución N° 46/2015, considerando 123°; Resolución N° 13/2006, considerandos 5° y 9°; Informe N° 4/2009; Informe N° 5/2009; Informe N° 6/2009; Informe N° 9/2013; Informe N° 10/2014; Informe N° 11/2014; Acuerdo Extrajudicial entre la FNE y SCL Terminal Aéreo de Santiago S.A.

¹² Numeral 13 de las Bases Administrativas Especiales. En la misma línea, otros factores como “Mejores condiciones de empleo y remuneraciones”, “Experiencia en materia de la concesión”, “Comportamiento contractual anterior”, iban a ser ponderados con un 20%; y el factor “Cumplimiento de requisitos formales”, con un 10%.

¹³ Numeral 12.4.3.1, de las Bases Administrativas Especiales, denominado “Antecedentes Administrativos”, literal k) “certificados emitidos por entidades mandantes públicas que acrediten la experiencia elaborada por el oferente” y en el numeral 13.3 “Experiencia en materia de la concesión”, que exige acreditar la experiencia “...mediante el correspondiente certificado otorgado por la Inspección Técnica del Servicio del Municipio respectivo”, concluyendo la parte final del numeral “La comisión evaluadora considerará y calificará solo aquella experiencia que se acredite mediante certificados emitidos por organismos públicos a nombre del proponente, siendo consideradas las experiencias relativas a contratos en ejecución o ejecutados”.

¹⁴ H. TDLC. Sentencia N° 77/2008, considerando quincuagésimo quinto.

¹⁵ Numeral 13 de las Bases Técnicas.

Considerando lo anterior, dicha cláusula podría restringir las condiciones de competencia respecto de oferentes distintos del incumbente con domicilio en comunas aledañas, sin justificación aparente.

10. El plazo para la presentación de las ofertas también parece ser más exiguo de lo conveniente (desde el día 11 de junio de 2019, que es la fecha de las respuestas, hasta el día 24 de junio de 2019). Considerando las características de la licitación y tratándose de servicios integrados, este plazo puede generar desventajas para oferentes distintos al incumbente. En la misma línea, el H. TDLC ha mencionado que los plazos debieran ser suficientes para favorecer la participación del mayor número de oferentes posibles¹⁶.
11. Por último, se hace presente que en el portal web de Chilecompra, dentro de los documentos anexos de la licitación, consta un documento denominado “*Bases Administrativas Generales, Proyecto de ejecución de obras*”, cuyo contenido está claramente dirigido a licitaciones que tienen por objeto la ejecución de obras de infraestructura y que no se refieren al objeto específico de la concesión en análisis, circunstancia que puede generar incertidumbre en los oferentes de forma innecesaria.
12. Informadas al municipio las consideraciones anteriores, el I. Alcalde procedió a dictar el Decreto Exento N° 2523, de fecha 27 de junio de 2019, mediante el cual revocó el proceso licitatorio para la concesión del servicio de barrido de calles, recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios de la comuna de San Rafael, con el fin de dar estricto cumplimiento a la normativa de libre competencia y a la Directiva N° 18 emitida por la Dirección de Compras y Contratación Pública¹⁷.

B. I. Municipalidad de Pencahue

13. Como se desprende de sus bases¹⁸, el objeto de la licitación consistía en adjudicar los servicios de: a) recolección de residuos sólidos domiciliarios y hospitalarios; b) transporte de los residuos; y c) disposición final de los residuos y su tratamiento respectivo¹⁹. La duración del contrato de concesión tendría un plazo de 24 meses, renovable por seis meses adicionales²⁰.

¹⁶ H. TDLC. Resolución N° 7/2005, resuelvo 2°.

¹⁷ El referido decreto fue publicado en el portal de Chilecompra con fecha 3 de julio de 2019.

¹⁸ Las bases de licitación “BALI” fueron aprobadas mediante el Decreto Alcaldicio N° 180, de la I. Municipalidad de Pencahue, de fecha 14 de marzo de 2019, siendo publicadas en el portal de Chilecompra con fecha 7 de mayo del mismo año.

¹⁹ Según lo dispone el numeral 1 y 3 de las bases administrativas especiales.

²⁰ Según lo establece el numeral 12 de las bases administrativas especiales.

14. Al igual que la licitación previamente analizada, se hizo presente al municipio que las BALI consideraban cláusulas que no se ajustaban a los criterios establecidos por el H. TDLC y por esta Fiscalía respecto de la entrega de concesiones para la prestación de servicios de recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios²¹.
15. Por un lado, la inclusión de los residuos hospitalarios dentro de los residuos a recolectar²², no parece del todo pertinente desde el punto de vista de la libre competencia, por cuanto existe normativa específica relativa a la gestión de ese tipo de residuos, con estrictos protocolos referidos a su generación, manejo interno, retiro, transporte, tratamiento y disposición final²³. En consecuencia, su inclusión dentro de la licitación de residuos domiciliarios podría erigirse como una barrera a la entrada para aquellos oferentes que no cuentan con los permisos necesarios para la recolección, transporte y disposición final de residuos hospitalarios²⁴. Sobre este punto también aplica lo señalado por el H. TDLC, conforme se indicó previamente²⁵.
16. Por otro lado, el plazo para la presentación de las ofertas también parecería ser muy acotado (desde el día 22 hasta el día 31 de mayo de 2019), considerando las características de la licitación y la multiplicidad de servicios licitados, lo que reduciría la intensidad competitiva de oferentes distintos al incumbente, como ya se explicó previamente²⁶.
17. Informadas al municipio las consideraciones anteriores, y teniendo en cuenta la existencia de dos reclamos interpuestos en contra de esta licitación en la plataforma

²¹ Este Servicio también remitió al denunciado documentación concerniente a criterios de libre competencia aplicables al caso particular, a saber: Instrucciones de Carácter General N°1/2006 y N°3/2013 del TDLC; compendio de criterios de esta Fiscalía aplicables a licitaciones de servicios de recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios; resolución de archivo del expediente Rol N° 2544-19 FNE y la Directiva N° 18 emitida por la Dirección de Compras y Contratación Pública ("Chilecompra") que considera recomendaciones para la licitación de concesiones de los servicios señalados, de fecha 10 de marzo de 2015.

²² Bases técnicas, numeral 2 "Objetivo del Servicio". El objetivo del servicio a prestar es recolección domiciliaria y hospitalaria, transporte y disposición final de los residuos que se describen y se definen a continuación [...] "c) Residuos hospitalarios: Residuos con riesgo infeccioso, generados por los establecimientos de salud, se clasifican según su categoría y riesgo, se refiere a cuatro categorías: peligrosos; radioactivas de baja intensidad; especiales y asimilables a domiciliarios".

²³ La normativa se encuentra dispersa en múltiples reglamentos y disposiciones legales, siendo los más atinentes: Decreto N° 6/2009 del Ministerio de Salud, publicado el 4 de diciembre de 2009, que Aprueba el Reglamento sobre Manejo de Residuos de Establecimientos de Salud (REAS). Y el Decreto N° 148/2003 del Ministerio de Salud, publicado el 16 de junio de 2004, que Aprueba el Reglamento sanitario sobre Manejo de Residuos Peligrosos.

²⁴ Esta Fiscalía entiende que el generador de los residuos debe contar con un convenio con una empresa autorizada sanitariamente para el manejo, retiro y disposición final de estos residuos. Ello restringiría la competencia sólo a aquellas empresas y/o lugares de disposición final que cuenten con dichas autorizaciones.

²⁵ Ver *supra*, párrafo N° 5.

²⁶ Ver *supra*, párrafo N° 10.

de reclamos de Mercado Público²⁷, además de un informe jurídico elaborado por el municipio relativo a la legalidad de la licitación, el I. Alcalde de la Municipalidad de Pencahue procedió a dictar el Decreto Alcaldicio N° 448, de fecha 26 de junio de 2019, mediante el cual revocó el proceso licitatorio en cuestión, con el fin de dar estricto cumplimiento a la normativa de libre competencia y a la Directiva N° 18 emitida por la Dirección de Compras y Contratación Pública²⁸.

III. CONCLUSIÓN

18. En suma, los procesos licitatorios denunciados fueron revocados y, por tanto, no existe un acto administrativo vigente que contenga las eventuales infracciones anticompetitivas. Adicionalmente, ambos municipios manifestaron su voluntad de considerar las observaciones informadas por esta Fiscalía al momento de elaborar las bases para los nuevos procesos licitatorios –lo que constituye un cambio de conducta por parte de ambas entidades edilicias–.
19. Conforme a lo anterior, se recomienda declarar inadmisibles la presente denuncia, sin perjuicio de las facultades de la Fiscalía Nacional Económica de seguir velando por la libre competencia en este mercado y de la posibilidad de analizar la apertura de una investigación, en caso de contar con nuevos antecedentes que así lo ameriten.

Saluda atentamente a usted,



XCC



GASTÓN PALMUCCI
JEFE DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS

²⁷ Reclamos de fecha 30 de mayo y 6 de junio de 2019.

²⁸ El referido decreto fue publicado en el portal de Chilecompra con fecha 2 de julio de 2019.