

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

RESOLUCIÓN N° 4/2005.

Santiago, seis de abril de dos mil cinco.

PROCEDIMIENTO: NO CONTENCIOSO

ROL : N° 29-04

CONSULTANTE: ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE SAN MIGUEL

OBJETO: CONSULTA SOBRE LICITACIÓN PÚBLICA DEL
SERVICIO DE RECOLECCIÓN Y
TRANSPORTE DE RESIDUOS DOMICILIARIOS
Y DE FERIAS LIBRES DE LA COMUNA DE SAN
MIGUEL

VISTOS:

1.- Con fecha 25 de agosto de 2004 el Sr. Alcalde de la Ilustre Municipalidad de San Miguel, remitió a este H. Tribunal las Bases Administrativas, Bases Técnicas y Anexos de la Licitación Pública del Servicio de Recolección y Transporte de Residuos Domiciliarios y de Ferias Libres de la comuna de San Miguel, para consultar si su contenido se ajusta a la normativa de protección de la libre competencia, en cumplimiento de lo recomendado y resuelto por los Dictámenes Nos. 995, de 23 de diciembre de 1996 y 1015, de 10 de julio de 1997, respectivamente, ambos de la H. Comisión Preventiva Central.

Instrumentos acompañados por la consultante

- a) Bases administrativas de la licitación pública del servicio de recolección de residuos domiciliarios y de ferias libres de la comuna de San Miguel, a fs. 5.
- b) Bases técnicas de la licitación pública señalada en el literal anterior, a fs. 32.
- c) Anexos números 1 a 13, que rolan entre fojas 50 y 67 y que contienen el plano de la comuna, un formato de individualización de oferentes, un formato de declaración jurada notarial sobre conocimiento de las bases, del objeto de la propuesta y de las normas que la regulan, autorizando al Municipio a recabar información sobre el proponente; un formato de información sobre contratos anteriores del proponente, cuatro formatos de descripción de vehículos y equipos, un formato de oferta económica, uno de información de valores unitarios, uno de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

poder, un plano de ubicación de las ferias libres de la comuna, dos formatos de los colores requeridos para los vehículos y equipos, dos de los colores del uniforme del personal y dos cuadros de estadísticas de toneladas de residuos domiciliarios y de ferias libres, respectivamente, que abarcan el período comprendido entre los años 1999 y 2004.

d) Dos fotocopias de la publicación en el Diario Oficial, el día 30 de septiembre, y una de la realizada en el diario La Tercera, en la misma fecha, del decreto de este Tribunal que ordenó la iniciación del presente procedimiento.

2.- Con fecha 31 de agosto de 2004, este Tribunal resolvió tener por presentada la referida consulta y ordenó el inicio del procedimiento contemplado en el artículo 18 del Decreto Ley N° 211, actual artículo 31° del texto refundido de dicho cuerpo legal, publicado en el Diario Oficial con fecha 7 de marzo del año en curso, y solicitó informe a la Fiscalía Nacional Económica, en adelante también FNE, y ordenó notificar a quienes tengan interés legítimo para que aportaran antecedentes en el plazo de 15 días hábiles.

3.- Con fecha 22 de septiembre de 2004, la Fiscalía Nacional Económica informó a este Tribunal a fojas 71 dando cuenta de las disconformidades que, a juicio de ese organismo, presentan las Bases de Licitación materia de la consulta de autos, con los principios establecidos en el citado Dictamen N° 995 de la H. Comisión Preventiva Central. Estas disconformidades serían las siguientes:

I.- Limitaciones a la Participación de Oferentes.

La FNE informó que el artículo 4° de las bases consultadas, a propósito de la “participación” señala en su inciso 2° que:

“Las sociedades que participen no podrán tener un término de duración inferior al plazo de los servicios que se licitan, ni estar asociadas o relacionadas entre si, no pudiendo participar aquellas personas, empresas o grupo de personas o empresas que por el hecho de adjudicarse individual o conjuntamente la presente licitación aumentaren directa o indirectamente su posición dominante de mercado, en los términos determinados por el Dictamen N° 995/700 de la Comisión Preventiva Central, de 23 de diciembre de 1996, en la recolección, manejo y tratamiento de residuos sólidos domiciliarios o de ferias libres de la Región Metropolitana”.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

La FNE informó que el dictamen citado estableció que el conglomerado Kiasa-Demarco detentaba una posición dominante en el mercado de la basura del gran Santiago, por lo que encomendó al señor Fiscal Nacional Económico observar el mercado con el objeto de velar porque no se produjese un abuso por parte de estas empresas. No obstante lo anterior, a juicio de la FNE, en parte alguna dicho dictamen prohibió que este conglomerado aumentase su participación de mercado adjudicándose futuras licitaciones, toda vez que, esta sola circunstancia no podría constituir una infracción al Decreto Ley N° 211. Así lo precisó con posterioridad el Dictamen N° 1146, de 26 de enero de 2001, de la H. Comisión Preventiva Central. Por lo anterior, en opinión de la FNE, las bases consultadas debieran ser modificadas, eliminando la limitación señalada.

II.- Discrecionalidad en la Adjudicación.

La FNE informó también que el artículo 22° de las bases consultadas, referido a la “Adjudicación”, señala en su inciso 1°, parte final, que:

“...el Concejo podrá adjudicar la propuesta total o parcialmente cada una de las prestaciones de servicios señaladas en la Sección I letras a, b y c de las bases técnicas (sic), así también podrá rechazar una o todas las ofertas, total o parcialmente e incluso declarar desierta la propuesta, si así le pareciere más conveniente para los intereses de la Municipalidad”

A juicio de la FNE, la discrecionalidad que se atribuye a la Municipalidad respecto de la calificación de las ofertas, contraviene el Decreto Ley N° 211 y el Dictamen N° 995, ya aludido, pues no garantiza a los oferentes condiciones objetivas, generales y uniformes de competencia, como lo estableció este Tribunal en la Sentencia N° 4, de 1 de Julio de 2004.

En opinión de la FNE, las bases consultadas también debieran ser modificadas, eliminando la discrecionalidad señalada.

4.- Con fecha 18 de enero de 2005, este Tribunal citó a audiencia pública en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 18, número 2), actual artículo 31°, número 2), del Decreto Ley N° 211, la que se llevó a efecto el día 22 de marzo del presente año, en la que intervinieron los apoderados de la Ilustre Municipalidad de San Miguel y de la Fiscalía Nacional Económica.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la Ilustre Municipalidad de San Miguel ha solicitado un pronunciamiento sobre el contenido de las Bases Administrativas, Bases Técnicas y Anexos de la Licitación Pública del Servicio de Recolección y Transporte de Residuos Domiciliarios y de Ferias Libres de esa comuna, del año 2004, en cumplimiento de las recomendaciones formuladas en los Dictámenes N°s 995 y 1015 de la H. Comisión Preventiva Central.

SEGUNDO: Que las únicas objeciones a dichas bases que se han planteado en este procedimiento, son las que se contienen en el informe evacuado por la Fiscalía Nacional Económica a fs. 71.

TERCERO: Que, como primera objeción, la Fiscalía señala que a propósito de la participación de los concursantes, en el inciso segundo del artículo 4° de las Bases analizadas, el Municipio ha prohibido la participación de aquellas personas, empresas o grupo de personas o empresas que, por el hecho de adjudicarse individual o conjuntamente la licitación en cuestión, “aumentaren directa o indirectamente su posición dominante de mercado, en los términos determinados por el Dictamen N° 995/700 de la Comisión Central Preventiva Antimonopólica, del 23 de diciembre de 1996, en la recolección, manejo y tratamiento de residuos sólidos domiciliarios o de ferias libres de la Región Metropolitana”.

CUARTO: Que el citado Dictamen N° 995 señaló que el conglomerado Kiasa-Demarco detentaba una posición dominante en el mercado de la basura del gran Santiago y encomendó al señor Fiscal Nacional Económico observar dicho mercado, con el objeto de velar porque no se produjesen abusos.

No obstante lo anterior, la Fiscalía Nacional Económica señala en su informe que en parte alguna del dicho dictamen se prohíbe a ese conglomerado aumentar su participación de mercado adjudicándose futuras licitaciones, toda vez que, esta sola circunstancia no podría constituir una infracción al Decreto Ley N° 211. Lo anterior habría sido precisado con posterioridad mediante el Dictamen N° 1146, de 26 de enero de 2001, de la H. Comisión Preventiva Central. La Fiscalía concluye que las bases consultadas debieran ser modificadas, eliminando la limitación señalada.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

QUINTO: Que, en efecto, a juicio de este Tribunal, el Dictamen N° 995 de la H. Comisión Preventiva Central, no obliga a la Ilustre Municipalidad de San Miguel a limitar la participación de actores en el mercado en que incide la propuesta, pues dicho dictamen sólo recomienda al Fiscal Nacional Económico observar el comportamiento de las empresas dominantes en los mercados de la recolección, transporte y tratamiento final de la basura, por lo que las Bases consultadas no deberían contener limitaciones que se basen en la interpretación referida en el considerando precedente.

SEXTO: Que, por otra parte, la Fiscalía Nacional Económica informó también que en el artículo 22° de las bases consultadas, el Concejo Municipal se reservó la facultad de adjudicar la propuesta total o parcialmente respecto de cada una de las prestaciones de servicios señaladas en las Bases Técnicas, como también estableció la facultad de rechazar una o todas las ofertas, total o parcialmente, y de declarar desierta la propuesta, si así le pareciere más conveniente para los intereses de la municipalidad.

SEPTIMO: Que, a juicio de la Fiscalía, la discrecionalidad que se atribuye a la municipalidad respecto de la calificación de las ofertas, contraviene el Decreto Ley N° 211 y el Dictamen N° 995, ya aludido, pues no garantiza a los oferentes condiciones objetivas, generales y uniformes de competencia.

OCTAVO: Que, pronunciándose el Tribunal sobre esta última objeción a las bases, para garantizar el libre acceso y en pro de la transparencia, objetividad y uniformidad con que las distintas propuestas deben ser analizadas en el marco de las licitaciones de servicios ligados a la recolección, transporte y tratamiento final de los residuos sólidos domiciliarios, las municipalidades del país no pueden rechazar una determinada oferta que cumpla con las exigencias definidas en las bases de la respectiva licitación.

NOVENO: Que, no obstante lo anterior, y en la medida que ello no signifique arbitrariedad, es lícito que las municipalidades adjudiquen parcialmente algunas prestaciones licitadas o declaren desierta una licitación en aquellos casos en los que ninguna de las propuestas que reciban se ajuste a sus necesidades.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sin embargo, en caso de declarar desierta una licitación, las municipalidades estarán obligadas a iniciar una nueva, ajustando las bases de la misma a las necesidades identificadas en el proceso declarado desierto.

DECIMO: Que, para efectos de que las empresas interesadas en participar de las licitaciones tengan mejor información del método de evaluación de sus propuestas, las municipalidades deben definir, en las Bases Técnicas de cada licitación, los parámetros objetivos que se considerarán para adjudicar el contrato.

UNDÉCIMO: Que cabe considerar que el Dictamen N° 995 recomendó, además, que las municipalidades consulten ante la H. Comisión Preventiva Central las bases de licitación que elaboren para la contratación de los servicios que se prestan en este mercado, entidad cuyo sucesor legal es este Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Que, dadas las características que tiene el actual procedimiento de consulta, establecido en el artículo 31° del texto refundido en vigor del Decreto Ley N° 211, tal recomendación importaría para los municipios una carga procesal que no se justificaría como requisito para todas y cada una de las licitaciones que sobre esta materia sean convocadas en el país.

DUODÉCIMO: Que, para prevenir eventuales atentados a la libre competencia, este Tribunal estima conveniente que, en lo sucesivo, las bases de las licitaciones de servicios ligados a la recolección, transporte y tratamiento final de los residuos sólidos domiciliarios sean remitidas por las municipalidades del país a la Fiscalía Nacional Económica para su conocimiento, lo que permitirá abordar de forma más eficiente la situación de mercado descrita en el Dictamen N° 995, sin necesidad de que las municipalidades tengan que consultar directamente a este Tribunal las bases de los procesos de licitación que pretendan iniciar.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3° y 31° del texto refundido del Decreto Ley N° 211, publicado en el Diario Oficial con fecha 7 de marzo de 2005, se RESUELVE:

1°.- Que se deja sin efecto, en su parte pertinente, el numeral 14° del Dictamen N° 995, 23 de diciembre de 1996, de la H. Comisión Preventiva Central, que recomendaba la consulta de las bases de las licitaciones públicas a que se llame

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

por cualquier municipio para el desarrollo de las actividades de recolección, transporte y tratamiento final de la basura;

2°.- Que se recomienda a las municipalidades del país remitir a la Fiscalía Nacional Económica copia de las bases de las licitaciones públicas a que se llame por cualquier municipio para el desarrollo de las actividades de recolección, transporte y tratamiento final de residuos sólidos domiciliarios, antes del inicio del proceso de licitación;

3°.- Que este Tribunal estima que no cumple con el Dictamen N° 995, antes citado, la limitación contenida en el artículo 4°, inciso segundo, de las Bases materia de la consulta –para la Licitación Pública del Servicio de Recolección y Transporte de Residuos Domiciliarios y de Ferias Libres de la Municipalidad de San Miguel, del año 2004- en cuanto a que no podrán participar aquellas personas, empresas o grupo de personas o empresas que, por el hecho de adjudicarse individual o conjuntamente la licitación en cuestión, aumentaren directa o indirectamente su posición dominante de mercado en la recolección, manejo y tratamiento de residuos sólidos domiciliarios o de ferias libres de la Región Metropolitana, por lo que deberían poder participar en dicha licitación todas aquellas personas o empresas que cumplan con los demás requisitos generales establecidos en la referidas bases; y,

4°.- Que, en lo demás, se aprueban las Bases antes referidas, materia de esta consulta.

Notifíquese a la I. Municipalidad de San Miguel y la Asociación de Municipalidades. Transcríbese la presente resolución a la Fiscalía Nacional Económica y archívese en su oportunidad.

Rol NC N° 29 - 04.

Pronunciada por los Ministros señores Jara (Presidente), Sra. Butelmann, Sr. Depolo, Sr. Menchaca y Sr. Serra.