

REPUBLICA DE CHILES
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA Nº 92/2009.

Santiago, veintinueve de diciembre de dos mil nueve.

VISTOS:

1. Requerimiento

1.1. Con fecha 31 de julio de 2008, la Fiscalía Nacional Económica (en adelante FNE) interpuso un requerimiento en contra de la Ilustre Municipalidad de Antofagasta, por actos contrarios a la libre competencia que vulnerarían el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 y las Instrucciones de Carácter General N° 01/2006 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). Estos consistirían en el establecimiento y modificación posterior de determinadas cláusulas de las Bases de licitación del contrato de recolección y transporte de residuos sólidos domiciliarios y reciclaje, correspondiente al sector Centro Sur de Antofagasta, lo que habría impedido o, al menos, restringido la competencia en la licitación. Por otra parte, acusa que la requerida habría vulnerado diversas disposiciones de las Instrucciones, pese a observaciones perentorias de la Fiscalía, lo que habría generado el efecto exclusorio señalado;

1.2. Señala la FNE que el servicio de recolección de los residuos sólidos domiciliarios en la ciudad de Antofagasta se divide en dos zonas, el Sector Norte, adjudicado en octubre de 2005 a la empresa Aseos Industriales Casino Ltda., (en adelante, "Casino"); y el Sector Centro Sur, adjudicado a esta misma empresa en el marco del proceso de licitación que motiva el requerimiento de autos, en noviembre del año 2007;

1.3. La licitación de los servicios de recolección de residuos domiciliarios correspondiente al sector Centro Sur se realizó luego del término anticipado del contrato suscrito entre el Municipio y la empresa Himce Ltda., debido a la ejecución de una condición resolutoria ante reiteradas multas por incumplimiento de las condiciones del contrato;

1.4. En junio de 2007, de conformidad a lo dispuesto en las Instrucciones, el Sr. Alcalde de la I. Municipalidad de Antofagasta remitió a la FNE las Bases de la propuesta pública nacional para la licitación del "Contrato para el suministro del

REPUBLICA DE CHILES
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

servicio de recolección y transporte de residuos sólidos domiciliarios” (en adelante, “el Contrato”), las que fueron objeto de observaciones por parte de la Fiscalía;

1.5. Entre otras materias, la Fiscalía objetó las cláusulas que otorgaban al municipio facultades discrecionales para adjudicar la licitación o resolver el contrato, y la cláusula que establecía una pauta de evaluación que, a juicio de dicho servicio, no se conformaba con lo establecido en las Instrucciones, por cuanto no consideraba como criterio principal de la adjudicación el precio ofertado, sujeto a un estándar mínimo de calidad, sino que ponderaba la evaluaciones económicas y técnicas en un 30% y 70%, respectivamente, sin justificar fundadamente la utilización de parámetros distintos del precio;

1.6. Con fecha 10 de agosto de 2007, la I. Municipalidad de Antofagasta publicó en el Portal Chilecompra la adquisición identificada con el N° 2430-69-LP07, cuyo objeto era la contratación del suministro del servicio de recolección y transporte de residuos sólidos domiciliarios y reciclaje para el Sector Centro Sur de la ciudad de Antofagasta, haciéndose cargo de manera incompleta, a juicio de la Fiscalía, las observaciones efectuadas por dicho Servicio;

1.7. En particular señala que, no obstante que se estableció la asignación de una ponderación de 70% al precio ofertado y de 30% a la evaluación técnica, las pautas de adjudicación continuaron estableciendo parámetros distintos del precio, sin justificar fundadamente su utilización. Adicionalmente, aún cuando el Municipio requerido accedió formalmente a modificar la cláusula de las Bases que otorgaba al Alcalde facultades discrecionales para adjudicar el contrato, considera la FNE que, en los hechos, a través del acto de adjudicación igualmente se habría incurrido en dicha conducta, al modificar las Bases durante el periodo de consultas y aclaraciones, estableciendo como fecha límite para el inicio de la totalidad del servicio el 1 de febrero de 2008;

1.8. La modificación de las bases no solo habría reducido *ex post* el plazo presupuestado por los interesados para implementar íntegramente el servicio licitado sino que, además, consideraba un tiempo máximo de ejecución que, en la práctica, resultaba claramente exiguo en atención a la envergadura y naturaleza de los servicios licitados;

1.9. Afirma la FNE que, como consecuencia del escenario descrito, hubo empresas que optaron por no presentar ofertas, en consideración a que existía una altísima posibilidad de incumplimiento del plazo de inicio establecido por el Municipio, con el antecedente de que la concesión anterior ya había sido cancelada producto de la imposición de multas, lo que hacía lógico prever la aplicación de las mismas en caso de atraso en el inicio de los servicios.

REPUBLICA DE CHILES
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.10. El día 12 de octubre de 2007 se efectuó el acto de apertura de ofertas, presentadas por las sociedades Casino, Cosemar S.A., Enasa S.A., Gestión Ambiente S.A., y Gestión Ecológica de Residuos S.A. o "Gersa". Las sociedades Comercial Alvarez y Alvarez Ltda., o "Socoal", y Servitrans S.A., que habían participado en el proceso, se excusaron de efectuar propuestas;

1.11. Estas ofertas fueron analizadas por la Comisión Evaluadora establecida en las bases de acuerdo con la pauta de evaluación también allí estipulada, remitiéndose al señor Alcalde, con fecha 22 de octubre de 2007, los resultados de la evaluación, calificando con el puntaje más alto a la empresa Cosemar.

1.12. Sin embargo, señala la FNE que, mediante Decreto Ex. N° 1112, de 20 de noviembre de 2007, la I. Municipalidad de Antofagasta adjudicó la licitación a la empresa Casino, sin considerar la propuesta efectuada por la Comisión Evaluadora. El Municipio habría justificado dicha decisión en que el factor de la tabla de evaluación que habría incidido en la mejor evaluación de Cosemar - denominado "kilómetro adicional", esto es, el ajuste compensatorio por la distancia adicional al futuro nuevo relleno sanitario- habría perdido sentido, pues estaba diseñado considerando que el nuevo vertedero se ubicaría a una distancia superior a 20 km. de la ciudad, mientras que el Municipio habría obtenido una autorización para la compra de un terreno que podía servir de vertedero, ubicado a una distancia aproximada de sólo 12 km. de la ciudad;

1.13. Considera la Fiscalía que, en la práctica, el Municipio requerido modificó intempestivamente las bases, reponiendo la discrecionalidad eliminada con la nueva redacción de la cláusula 10.6 -de lo que daría cuenta el propio Alcalde en la explicación que entregó al Concejo Municipal- y optando ahora por adjudicar exclusivamente en base a precio, no obstante haber rechazado previamente este criterio;

1.14. Hace presente también la FNE que sólo en diciembre de 2007, dos meses después de que se adjudicara la propuesta, el Seremi de Bienes Nacionales de la Región de Antofagasta comunicó a la I. Municipalidad la autorización del Contrato de Arriendo del Inmueble Fiscal ubicado en el salar del Carmen, en que se ubicaría el nuevo vertedero, sin que aún siquiera se cuenten con las autorizaciones ambientales necesarias para ello;

1.15. Considera la FNE que, en los términos descritos, los actos de la requerida han impedido o, al menos, restringido la competencia, infringiendo el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, y ha vulnerado diversos "re sultos" (sic) de las Instrucciones, generando el efecto excluyente que se acusa. Así, las alteraciones unilaterales y *ex post* de las cláusulas de las Bases, referidas a la evaluación de

REPUBLICA DE CHILES
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

las propuestas y a la discrecionalidad del acto de adjudicación, se contraponen con el principio de inmutabilidad de las bases, lesionando los principios de debida transparencia y garantía de libre acceso recogidos en el Resuelvo N° 1 de las Instrucciones;

1.16. Asimismo, la FNE considera que el establecimiento de un breve plazo máximo de inicio íntegro de los servicios licitados, no contemplado en las Bases y que originalmente debía ser propuesto por cada oferente de acuerdo con su propia planificación, contraviene el Resuelvo N° 6 de las Instrucciones, pues otorgaría ventajas artificiales a la empresa incumbente y reduciría injustificadamente el número de potenciales participantes en la licitación respectiva.

1.17. En mérito de lo descrito, solicita la FNE que:

- a) se declare que la I. Municipalidad de Antofagasta ha infringido el D.L. N° 211 y las Instrucciones de Carácter General N°01/2 006 del H. Tribunal;
- b) se ponga término a los actos constitutivos de infracciones;
- c) se aplique a la requerida una multa de 250 U.T.A. o la que este H. Tribunal estime prudente; y,
- d) se condene en costas a la requerida.

2. Contestación de la I. Municipalidad de Antofagasta

2.1. Con fecha 24 de octubre de 2008, a fojas 194, contesta el requerimiento la I. Municipalidad de Antofagasta, solicitando su rechazo con expresa condena en costas, por los siguientes antecedentes y argumentos:

2.2. Afirma que los hechos descritos en el requerimiento, si bien son efectivos, han sido interpretados por la FNE en forma muy particular, dándole una connotación errónea y señalando, en forma genérica, que éstos significarían una vulneración del artículo 3° del DL N° 211 y de las Instrucciones N° 1. Estima la Municipalidad que, en el proceso de licitación materia de la causa, actuó dentro del marco de sus facultades, sin infringir las normas de defensa de la libre competencia;

2.3. Explica que, atendiendo las observaciones de la FNE contenidas en el Oficio Ord. N° 852 de dicho Servicio, modificó la cláusula 10.6 de las Bases de manera tal que se restringía la discrecionalidad que pudo haber tenido originalmente, estableciendo que el Alcalde seleccionaría la oferta más viable y conveniente al interés de la Municipalidad, según la evaluación realizada por la

REPUBLICA DE CHILES
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Comisión de Propuesta, y eliminando la facultad de rechazar una o todas las ofertas sin expresión de causa;

2.4. Respecto de la cláusula 12.8b de las Bases, que establece la facultad de la Municipalidad para resolver el contrato por incumplimiento grave de las obligaciones de la empresa, la requerida argumenta que, no obstante considerar que este tipo de cláusulas es común y normal en contratos de servicio, además es una norma de buena administración de los recursos municipales, y un resguardo frente a situaciones de emergencia sanitaria en relación a la recolección, transporte y tratamiento de la basura. Señala que tomó en consideración las observaciones de la FNE respecto de la calificación del incumplimiento –que en el texto original de las Bases correspondía a una facultad exclusiva del Alcalde- y modificó la cláusula 12.8b indicada de forma tal que, para establecer el incumplimiento grave que le faculte a resolver el contrato se requeriría un informe fundado de la Dirección de Aseo de la Municipalidad y su ratificación por el Alcalde, lo que eliminaría -a juicio de la requerida- la discrecionalidad que inicialmente objetó la FNE;

2.5. En cuanto a los criterios de evaluación, objetados en el requerimiento, la I. Municipalidad señala que si bien el texto original de las Bases establecía que la evaluación técnica se ponderaría en un 70% y la evaluación económica en un 30%, al recibir las observaciones de la FNE y luego de entrevistarse con personal de la FNE, se modificaron dichos criterios, quedando la evaluación técnica en un 30% y la económica con un 70%, con una pauta de evaluación que especifica los rubros a evaluar por la Comisión de Propuesta. La requerida estimó que con esas modificaciones se satisfacían los criterios establecidos en las Instrucciones N° 1 - que el criterio principal de adjudicación sea el precio ofrecido y se fundamente el uso de otros parámetros- así como las observaciones formuladas por la FNE, y luego publicó las Bases definitivas en el portal de Chilecompra;

2.6. Hace presente también que, respecto a la acusación de haber adjudicado el contrato en forma discrecional, a pesar de haber modificado formalmente las cláusulas ya referidas respecto de esa materia, la Municipalidad actuó conforme a las facultades de sus órganos regulares en el proceso de adjudicación. Precisa que la recomendación de la Comisión Técnica de Evaluación no es vinculante, y que la decisión de adjudicación del contrato es tomada por el Consejo Municipal a proposición del Alcalde, por las razones y fundamentos expuestos en la Sesión Extraordinaria N° 5/2007 considerando, entre otros aspectos, que era la más barata, tenía más frecuencia, más inversión y mejor equipo tecnológico, y luego reafirmado por lo declarado por el Alcalde en la Sesión Extraordinaria N° 7/2007.

REPUBLICA DE CHILES
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Específicamente respecto del parámetro denominado “km. adicional”, precio relacionado a la distancia del futuro vertedero, en caso que fuera superior a 20 km., indica que se consideró que éste se ubicaría a una distancia menor a la inicialmente considerada, por lo que pierde relevancia y, en esa situación, la oferta de la empresa Casino podía pasar a ser la más conveniente;

2.7. Se hace cargo también de la acusación de haber restringido la competencia en la licitación al establecer, durante el periodo de consultas y aclaraciones de las Bases, una fecha límite para la implementación completa de los servicios de recolección de basura (que correspondió al 1 de febrero de 2008). Señala que el proceso de aclaración y consultas precisamente se establece para este tipo de situaciones, y que no actuó arbitrariamente sino que, por el contrario, ante una pregunta de una empresa que pretendía participar en la licitación era necesario aclarar dicho punto y generar certeza entre todos los interesados, a los que se aplicaría sin distinción;

2.8. En cuanto al supuesto beneficio para la empresa Casino que habría significado el establecimiento de este plazo, señala la requerida que si esta empresa tenía un conocimiento del sector, contaba con trabajadores contratados, una base de operaciones activa y con permisos vigentes, no es un demérito que tuviera ese tipo de sinergias y seguramente explica porqué en definitiva el Consejo Municipal optó por elegir a esa empresa;

2.9. Afirma que en esta licitación participaron siete empresas, cinco de las cuales presentaron ofertas y dos se excusaron, lo que para este tipo de procesos considera como un éxito, pues normalmente sólo concurren tres o cuatro participantes. Adicionalmente, señala que ninguna de las empresas que participaron en la licitación ha reclamado respecto al procedimiento, que la FNE no objetó las Bases cuando fueron publicadas en el portal Chilecompra, por lo que consideró que todas las observaciones que dicho servicio le formuló estaban resueltas, que el proceso permitió solucionar oportunamente un problema mayor, evitando un daño ambiental y una emergencia sanitaria, y que en su actuar cumplió con todas las normas y disposiciones legales correspondientes;

2.10. Por último, hace presente que las Municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, mientras que la facultad de este Tribunal para dictar Instrucciones de carácter general (numeral 3 del artículo 18 del D.L. N° 211) limita el ámbito de éstas sólo a los “particulares”, únicos sujetos a los cuales pueden dirigirse las Instrucciones, y no a los órganos públicos como lo es la requerida. Aún así, señala, no ha infringido lo dispuesto en las Instrucciones N° 1

REPUBLICA DE CHILES
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de este Tribunal, ni ha incurrido en una conducta excluyente o restrictiva de la competencia, como pretende afirmar la FNE;

2.11. Solicita, en consecuencia, que se rechace el requerimiento, por no caberle participación ni responsabilidad en las acciones contenidas en ella, y porque no se han infringido las normas de libre competencia;

3. A fojas 208, se fijan como hechos pertinentes y controvertidos de la causa los siguientes:

a) Estructura y características del mercado de recolección y disposición de residuos sólidos en la comuna de Antofagasta. Existencia de barreras de entrada, economías de escala u otras condiciones relevantes;

b) Objeto y efectos de las condiciones establecidas en las bases de licitación N° ID 2430-69-LP07, de agosto de 2007, materia del requerimiento.

4. Prueba rendida en la causa:

4.1. Se acompañaron documentos a fojas 127, 156, 790 y 1286, por la FNE, y a fojas 978, 990, 1055 y 1075 por la I. Municipalidad de Antofagasta;

4.2. Prestaron declaración los testigos presentados por la FNE, don Luis Izquierdo Berisso (a fojas 797), don Antonio Quer Cumsille (a fojas 804), doña Yolanda Aqueveque Sánchez (a fojas 814), y don Eugenio Gonzalez Alarcón (a fojas 822). Por la requerida declararon los testigos Sres. Héctor Avalos Araya (a fojas 999), Robert Araya Alquinta (a fojas 1010), Juan Esquivel Osorio (a fojas 1017), y Matías Camacho Ives (a fojas 1028).

5. A fojas 1286, la FNE presentó observaciones respecto de la prueba rendida en autos.

6. A fojas 1034, con fecha 8 de septiembre de 2009, el Tribunal ordenó traer los autos en relación y, en la audiencia del día 12 de noviembre del mismo año, se llevó a cabo la vista de la causa, alegando los apoderados de las partes.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

EN CUANTO A LAS TACHAS:

Primero: Que el testigo Sr. Antonio Quer Cumsille, presentado por la FNE y cuya declaración consta a fojas 804, fue tachado por la requerida, argumentando que concurriría la causal establecida en el numeral 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, pues es el representante legal de la empresa GERSA S.A.,

REPUBLICA DE CHILES
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que participó y perdió en la licitación objeto de la causa, y ha declarado expresamente tener interés en el resultado del juicio. La FNE, por el contrario, estima que el interés declarado por el testigo no es de naturaleza pecuniaria ni respecto del resultado del juicio, pues “...no va a suceder en este caso ya que la licitación ya fue adjudicada” (fojas 805);

Segundo: Que este Tribunal considera que, de los dichos del testigo de fojas 804 y 230, se desprende un interés patrimonial en la asignación de los servicios de recolección de basura en la ciudad de Antofagasta, y que una de las peticiones contenidas en el requerimiento es que “se ponga término a los actos constitutivos de infracciones” -que en opinión de la FNE consistirían precisamente en aquellos que llevaron a la adjudicación de dichos servicios a la empresa Casino- por lo que se acogerá la tacha formulada en contra del testigo Sr. Quer, sin costas;

Tercero: Que los testigos Sres. Héctor Avalos Araya y Juan Esquivel Osorio, presentados por la I. Municipalidad de Antofagasta y cuyas declaraciones rolan a fojas 999 y 1017, respectivamente, fueron tachados por la FNE bajo las causales establecidas en los números 5 y 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil. La requirente argumenta que ambos son funcionarios de la Municipalidad de Antofagasta, que prestan servicios bajo subordinación y dependencia de la parte que los presenta, y que no contarían por tanto con la independencia e imparcialidad necesaria para prestar testimonio;

Cuarto: Que la I. Municipalidad de Antofagasta solicitó se rechazaran ambas tachas, considerando (i) que ninguno de los testigos indicados precedentemente tienen algún interés, ni directo ni indirecto, en los resultados del juicio; y, (ii) que ambos son funcionarios municipales, que participaron y conocieron directamente el proceso de licitación materia de este juicio, y que la propia FNE ha presentado como testigos a otros funcionarios del municipio;

Quinto: Que, ponderados los elementos de hecho y de derecho que fundamentan las tachas planteadas, este Tribunal considera que el estatuto administrativo que rige a los funcionarios municipales otorga suficientes resguardos para presumir la independencia de sus declaraciones, por lo que se rechazarán las tachas formuladas en contra de los testigos Sres. Héctor Avalos Araya y Juan Esquivel Osorio, sin costas. Lo anterior, sin perjuicio del valor probatorio que se le pueda asignar a la declaración de los testigos de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22º, inciso final, del Decreto Ley N° 211;

REPUBLICA DE CHILES
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

EN CUANTO AL FONDO:

Sexto: Que, en primer término, cabe pronunciarse acerca de la alegación de la I. Municipalidad de Antofagasta, en cuanto ha argumentado que, en su calidad de organismo autónomo de derecho público, no le sería aplicable lo dispuesto en las Instrucciones de Carácter General N° 1, de este Tribunal, pues éstas corresponderían al ejercicio de la facultad establecida en el numeral 3 del artículo 18 del D.L. N° 211, cuyo ámbito se limitaría sólo a los “particulares”, únicos sujetos a los cuales pueden dirigirse las Instrucciones, y no a entidades públicas como la requerida. Aún así, señala, no ha infringido lo dispuesto en las Instrucciones N° 1 de este Tribunal;

Séptimo: Que, al respecto, debe reiterarse lo señalado por este Tribunal en la Sentencia N° 77 (FNE contra I. Municipalidad de Curicó) y lo resuelto por la Excm. Corte Suprema en la misma causa. La citada jurisprudencia establece que, para determinar si un organismo público es sujeto de las disposiciones sobre defensa de la competencia, contenidas en el Decreto Ley N°211, ha de ponerse el énfasis en las funciones o actividades que éste realiza y no atender a las características orgánicas formales del mismo. Lo anterior aparece de manifiesto en el inciso segundo del artículo primero del cuerpo legal citado, al hacer referencia a la libre competencia en las “actividades económicas”. Coincidente con el sentido recién indicado es que, en otras disposiciones de la aludida legislación, se utiliza la expresión “agentes económicos” para identificar a aquellos sujetos susceptibles de cometer infracciones;

Octavo: Que en el caso de autos, resulta evidente que el requerimiento de la FNE tiene por objeto que este Tribunal ejerza su jurisdicción especial para, eventualmente, corregir, prohibir o reprimir presuntos atentados a la libre competencia en un conjunto de actividades económicas realizadas por el Municipio, consistentes en la licitación, adjudicación y contratación de servicios en el mercado;

Noveno: Que, por otra parte, las normas de protección de la libre competencia son de orden público y, por ende, aplicables a todas las personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas, en cuanto éstas concurren al mercado. Entonces, con independencia de la naturaleza y fines que un ente pueda tener –sea éste público o privado–, lo relevante para efectos de la legislación de defensa de la competencia es analizar si sus actuaciones como oferente o demandante de bienes y servicios inciden o no en el resultado que debiera prevalecer en un mercado competitivo. Lo que en definitiva se busca al cautelar el bien jurídico de la

REPUBLICA DE CHILES
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

libre competencia, es impedir que se produzcan conductas que la entorpezcan o eliminen, a fin de evitar que se ocasionen pérdidas de bienestar social o, en otras palabras, que se afecte negativamente la eficiencia económica en el uso de recursos escasos;

Décimo: Que, en este sentido, los municipios han sido facultados por ley para proveer a los habitantes de su comuna de un servicio de recolección y transporte de residuos, ya sea directamente o contratando a una empresa privada; y para cobrar los derechos que corresponda por contratar estos servicios. Asimismo, cuando el servicio es provisto por una empresa privada, los municipios contratan con ella pagando un precio, tal como lo haría cualquier otro demandante del mismo y, por consiguiente, la forma como la municipalidad realice esta actividad económica, esto es, el ejercicio de su disposición a contratar y pagar por tal servicio, tendrá efectos en el mercado en que incide, especialmente por medio del diseño del sistema de licitación que permitirá a un solo operador privado –el adjudicatario– hacerse de un mercado por un periodo determinado como único operador del mismo. Adicionalmente, al licitar estos servicios, una municipalidad no actúa simplemente como un demandante directo de ellos, sino que lo hace también en representación de otros –los habitantes de la comuna– quienes soportan en definitiva el costo de esos servicios. De ahí que los efectos en la competencia –o falta de ella– causados por la forma en que el municipio realice estas licitaciones, afectan finalmente a los consumidores y el bienestar general;

Undécimo: Que es en este contexto en el que deben ser entendidas las Instrucciones de Carácter General N° 1 de 2006, impartidas por este Tribunal, una de cuyas finalidades es la promoción de la competencia y la explicitación de criterios y parámetros de conducta que tienden a prevenir infracciones a las normas contenidas en el Decreto Ley N°211, en un mercado en que ello tiene una importancia especial, toda vez que, debido a sus características y estructura, existen riesgos de actuaciones anticompetitivas. Así, la misma Municipalidad ha considerado a las referidas instrucciones como una guía para orientar su actuación en materia de licitaciones como la cuestionada en autos, lo que se desprende de las referencias que hizo a ellas para elaborar las bases de la licitación, como consta de los documentos de fojas 53 y 114;

Duodécimo: Que resuelto así lo anterior, corresponde analizar a continuación el fondo del requerimiento de fojas 127, en el que la FNE sostiene, en primer término, que la I. Municipalidad de Antofagasta habría impedido o al menos restringido la competencia mediante el establecimiento de cláusulas de las bases

REPUBLICA DE CHILES
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

del proceso de licitación del contrato de recolección y transporte de residuos sólidos domiciliarios y reciclaje, correspondiente al sector centro-sur de Antofagasta; y que, en segundo lugar, habría vulnerado mediante dichas estipulaciones diversas disposiciones de las Instrucciones de Carácter General N° 1/2006 (en adelante, las Instrucciones) de este Tribunal;

Decimotercero: Que, según se señala en los documentos de fojas 63, 640 y 658, y en las declaraciones de fojas 797, 814, 822, 999, 1010, 1017 y 1028, el servicio de recolección de los residuos sólidos domiciliarios en la ciudad de Antofagasta se divide en dos zonas: el sector norte, adjudicado a la empresa Casino Ltda. en octubre de 2005; y el sector sur, que era operado por la empresa Himce Ltda. hasta el mes de junio de 2007, y luego fue adjudicado a Casino Ltda. en el marco de la licitación que motiva esta causa;

Decimocuarto: Que, según se acreditó a fojas 482, en el mes de junio de 2007 la Municipalidad decidió poner término a la concesión adjudicada a la empresa Himce Ltda. respecto de los servicios de recolección de residuos en el sector sur de Antofagasta, por reiterados incumplimientos de las condiciones de servicio, e implementó un sistema temporal de recolección con personal y medios del propio municipio hasta que se adjudicara nuevamente el servicio;

Decimoquinto: Que, con fecha 10 de agosto de 2007, se publicaron en el portal de Chilecompra las bases de la licitación N° 2430-69-LP07, rolantes a fojas 63, para la contratación del suministro del servicio de recolección y transporte de residuos sólidos domiciliarios y reciclaje para el sector centro-sur de la ciudad de Antofagasta. Así, según consta a fojas 676, el día 12 de octubre de 2007 se efectuó el acto de apertura de ofertas presentadas por las sociedades Aseos Industriales Casino Ltda., Cosemar S.A., Enasa S.A., Gestión Ambiente S.A., y Gestión Ecológica de Residuos S.A. o "Gersa". Las sociedades Comercial Alvarez y Alvarez Ltda., o "Socoal", y Servitrans S.A., que habían participado hasta entonces en el proceso preparatorio de la licitación propiamente tal, se excusaron de efectuar propuestas;

Decimosexto: Que, para los efectos de la presente causa y sobre la base de la descripción precedente, se considerará como mercado relevante el correspondiente al servicio de recolección y disposición de residuos sólidos domiciliarios en el área sur de la ciudad de Antofagasta, objeto de la licitación de autos;

REPUBLICA DE CHILES
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Decimoséptimo: Que así establecido lo anterior, este Tribunal analizará a continuación cada una de las cláusulas de las bases de licitación final que, en opinión de la FNE, habrían impedido o restringido la libre competencia en el proceso de adjudicación de dicha licitación;

Decimoctavo: Que la primera de las cláusulas que serán analizadas por este Tribunal, corresponde al numeral 10.6 de las bases de licitación materia de autos, cláusula que, en opinión de la FNE, otorgaba a la Ilustre Municipalidad de Antofagasta facultades discrecionales para adjudicar la licitación;

Decimonoveno: Que, tal como consta a fojas 11, en las bases de licitación original, la cláusula 10.6 estipulaba entre otras cosas, lo siguiente: (i) “ *El alcalde una vez recepcionada (sic) la evaluación de la comisión elegirá seleccionando al proponente que presente la oferta más viable y conveniente al interés de la Municipalidad, no siendo necesariamente la de menor valor*” (párrafo 2); (ii) “*El alcalde deberá, previo a la dictación del Decreto Alcaldicio de Adjudicación, presentar su elección al Concejo Municipal, para su aprobación o rechazo*” (párrafo 4); y, (iii) “*La Municipalidad se reserva el derecho a rechazar una o todas las ofertas sin expresión de causa –si así le pareciera más conveniente para sus intereses, previo informe fundado*” (párrafo 6);

Vigésimo: Que en su informe respecto de los antecedentes a la licitación materia de autos, rolante a fojas 53, la FNE señala que la cláusula 10.6 infringiría lo dispuesto en el parágrafo 7º de las Instrucciones, porque contiene fuentes de arbitrariedad respecto de la adjudicación de la señalada licitación;

Vigésimo primero: Que, tal como lo señala la Ilustre Municipalidad de Antofagasta en su contestación de fojas 194, y consta de las bases de licitación definitivas rolantes a fojas 63, la cláusula 10.6 fue modificada considerando las observaciones de la FNE. Así, en el párrafo segundo se sustituyó la frase “...no siendo necesariamente la de menor valor” por “...según la evaluación realizada” lo que, en opinión de la requerida, eliminaba cualquier discrecionalidad de la cláusula en comento. Sin perjuicio de esto, la FNE señala en su requerimiento que, en los hechos, a través del acto de adjudicación, igualmente incumplió dicha cláusula, a pesar de su nueva redacción, al no adjudicar la licitación a la empresa que obtuvo la mejor evaluación;

Vigésimo segundo: Que, en opinión de este Tribunal, debe distinguirse entre la redacción de la cláusula en la bases definitivas –a fin de determinar si ésta generaba condiciones que restringían *ex ante* la competencia- de la conducta

REPUBLICA DE CHILES
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

seguida posteriormente por la Municipalidad al adjudicar la licitación, la que se analizará más adelante;

Vigésimo tercero: Que respecto de la redacción de la cláusula 10.6 de las Bases, citada precedentemente, este Tribunal estima que en ésta no se configura un ilícito contrario a la libre competencia, pues se establece una evaluación reglada de las ofertas presentadas en la licitación, en la que debía respaldar fundadamente su decisión el Alcalde. De esta manera, se limita *ex ante* el ejercicio arbitrario de las facultades discrecionales del Alcalde y, en ese sentido, se genera suficiente certeza jurídica a los posibles interesados de participar en la licitación como para que no tenga por efecto restringir las condiciones de competencia en ese proceso de adjudicación;

Vigésimo cuarto: Que la siguiente cláusula que se analizará es la 12.8 b) de las bases de licitación. En opinión de la FNE, esta cláusula otorgaba a la Ilustre Municipalidad de Antofagasta ciertas facultades discrecionales para resolver el contrato, infringiendo así además lo dispuesto en el párrafo 7º de las Instrucciones;

Vigésimo quinto: Que dicha cláusula estipulaba lo siguiente: *“La municipalidad podrá resolver el contrato, por incumplimiento grave de las obligaciones que impone éste, las que serán calificadas exclusivamente y a su arbitrio por el alcalde”*;

Vigésimo sexto: Que la requerida, a pesar de no estar de acuerdo con la observación formulada por la FNE, según lo expresado en la contestación de fojas 194 y tal como consta de las bases de licitación definitivas rolantes a fojas 63, modificó la cláusula 12.8 b) de tal manera que donde decía *“...las que serán calificadas exclusivamente y a su arbitrio por el alcalde”*, luego dijo *“...previo informe fundado de la Dirección de Aseo la que será ratificada por el señor Alcalde”*;

Vigésimo séptimo: Que, a juicio de este Tribunal, la redacción final de la cláusula 12.8 b) de las Bases, en los términos descritos, no otorga al Alcalde la posibilidad de adoptar decisiones infundadas sobre la materia –como sí lo hacía en su texto preliminar– pues requiere que el término del contrato sea, precisamente, fundado tanto en el informe de la Dirección de Aseo como en la decisión del Alcalde de ratificarlo. En consecuencia, la acusación de la Fiscalía respecto de la ilicitud de esta cláusula será desechada;

REPUBLICA DE CHILES
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Vigésimo octavo: Que ahora corresponde referirse a la acusación realizada por la FNE en su requerimiento, en cuanto a que, en la licitación materia de autos, no se establecía el precio ofertado como criterio principal para adjudicarse el contrato, sin justificar fundadamente la utilización de otros parámetros, vulnerando así las Instrucciones de Carácter General N° 1/2006 de este Tribunal;

Vigésimo noveno: Que en el numeral 10.5 de las bases originales de la licitación N° 2430-69-LP07, se estipulaba que, en la evaluación de las ofertas, se ponderaría la evaluación técnica en un 70%, y la evaluación económica en un 30%, tal como consta del borrador de fojas 1;

Trigésimo: Que en el informe de la FNE respecto de las bases de licitación, rolante a fojas 53, se señaló que este criterio de evaluación no se ajustaba al párrafo 4° de las Instrucciones de este Tribunal, en el que se indica 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*”;

Trigésimo primero: Que, luego de haber recibido este informe, la I. Municipalidad de Antofagasta cambió el criterio de evaluación de tal manera que la ponderación de la evaluación económica tuviera una importancia de un 70% y la técnica el 30% restante, como consta en la cláusula 10.5 de la Bases publicadas en el portal de Chilecompra, que rolan a fojas 63;

Trigésimo segundo: Que, tal como señalan las Instrucciones de Carácter General N° 1 de este Tribunal, 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. En el caso de autos, esto fue cumplido con la estructura de evaluación de ofertas establecida en las Bases de licitación –corregidas en esta materia a raíz de las observaciones formuladas por la FNE– por lo que este Tribunal considera que no se configura, respecto de este punto, un ilícito contra la libre competencia;

Trigésimo tercero: Que, por otra parte, le corresponde a este Tribunal referirse a los posibles efectos exclusorios del plazo de implementación del servicio que, en opinión de la FNE, habría restringido la libre competencia en la licitación N° 2430-69-LP07;

Trigésimo cuarto: Que según consta a fojas 63, en las bases originales de la licitación se indicaba que se exigía el emplazamiento de al menos 1.300

REPUBLICA DE CHILES
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

contenedores, los que debían ser recogidos de manera automática, esto es, sin intervención de trabajadores, a través de cinco camiones, especialmente acondicionados para ello mediante brazos hidráulicos que atraen, levantan, vacían y depositan en su lugar los contenedores. Para esto, en el Anexo N° 7 de las referidas bases se solicitaba indicar el periodo de implementación que requeriría el oferente para iniciar el servicio con los equipos señalados, es decir, era una variable de evaluación de las ofertas;

Trigésimo quinto: Que, tal como consta del documento de fojas 114, el 14 de septiembre de 2007, dando respuesta a la pregunta N° 69, realizada en el marco del período de consultas y aclaraciones, la Ilustre Municipalidad de Antofagasta incorporó la siguiente frase a las bases de licitación: *“Déjese establecido que en ningún caso este periodo podrá exceder del 31 de enero de 2008. En este sentido, señálese como fecha tope de inicio del 100% del servicio, es decir, de entrada en vigencia de este contrato el 01 de febrero de 2008”*;

Trigésimo sexto: Que, según la FNE, el plazo estipulado constituye una práctica contraria a la libre competencia, ya que éste favorecería a la empresa Casino, toda vez que ésta contaba con información sobre el sector perimetral de la ciudad, trabajadores contratados y una base de operaciones activa, todo esto por ser el adjudicatario de la licitación del otro sector de la ciudad. Además, considera que dicho plazo resultaría ser demasiado breve, considerando el tamaño de la inversión necesaria para adjudicarse la licitación;

Trigésimo séptimo: Que la Ilustre Municipalidad de Antofagasta señaló en su contestación que no actuó arbitrariamente, pues el periodo propuesto era necesario para superar una situación de emergencia sanitaria y, además, era igual para todos los posibles participantes en la licitación. En su opinión, que se recibieran ofertas de cinco licitantes resulta ser todo un éxito para este tipo de licitaciones, y prueba que el plazo de implementación establecido no era demasiado exigente;

Trigésimo octavo: Que en relación con esto último, rola a fojas 228 la declaración ante la FNE de don Eugenio González, gerente general de Servitrans S.A., quien, al ser preguntado por qué no postularon a la licitación, contestó que *“... los plazos fijados por el Municipio, nos hacían imposible cumplir con el periodo de implementación establecido en la respuesta a la pregunta 69 de las consultas”*. Asimismo, en su declaración de fojas 822, como testigo de esta causa, don Eugenio González explica que el plazo de implementación estipulado les limitaba la adquisición de los equipos necesarios para prestar los servicios. Señala también

REPUBLICA DE CHILES
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en la declaración ante la FNE que Servitrans S.A. decidió no participar –a pesar que otras empresas se encontraban en la misma situación- porque se arriesgaban a importantes multas en caso de no cumplir;

Trigésimo noveno: Que, finalmente, don Eugenio González explica en la mencionada declaración ante la FNE que, en su opinión, los plazos cortos benefician a la empresa que está operando en la ciudad y que un plazo más largo otorga más igualdad a las empresas para competir;

Cuadragésimo: Que también consta en autos, a fojas 233, la declaración ante la FNE de don Víctor Hugo Amado, gerente de estudios y proyectos de ENASA S.A., quien señala que el plazo de entrega ofrecido por Themac S.A. fue de 80 días desde la orden de compra. Explica también que, en su opinión, los plazos eran ajustados pero cumplibles. Al ser preguntado si consideraba que los plazos establecidos podían excluir a algún participante, don Víctor Hugo Amado explicó que, en su opinión, esto no fue así ya que todos pidieron cotizaciones con el mismo proveedor;

Cuadragésimo primero: Que don Víctor Hugo Amado también sostiene, en la misma declaración citada, que la única ventaja de Casino sobre las otras empresas que participaron en la licitación es que ésta ya se encontraba ofreciendo sus servicios en la otra mitad de la ciudad, lo que le permitía aprovechar economías de escala;

Cuadragésimo segundo: Que, finalmente, rola a fojas 235 la declaración ante la FNE de don Matías Camacho, gerente general de Cosemar S.A., quien, al ser preguntado por los plazos de entrega de los equipos cotizados a Themac S.A., respondió que, *“No tengo la menor idea, ósea (sic) sé que estaba dentro de los plazos que especificaba las bases. Que es lo que uno le exige al proveedor. No tenía problemas con el plazo de entrega”*;

Cuadragésimo tercero: Que, por otro lado, a fojas 224 rola la declaración ante la FNE de don Stefano Rossi, gerente general de Themac S.A., quien señala que en Chile es la única empresa especializada en equipos compactadores y contenedores. Es interesante notar que, al ser preguntado respecto de la licitación de la Ilustre Municipalidad de Antofagasta, señaló lo siguiente: *“Lo que me acuerdo es que di cotización a De Marco, una empresa colombiana que no me acuerdo como se llama, de Casino, de Gestión Ambiente, de Gersa, de Cosemar, de Enasa, Socoval, coticé a todas las que me pidieron”*. Esto se encuentra corroborado por los documentos de fojas 238 a 257, que corresponden a

REPUBLICA DE CHILES
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cotizaciones y comunicaciones entre distintos participantes en la licitación y la empresa Themac S.A., respecto de equipos compactadores, contenedores y camiones del tipo requerido en las bases de licitación;

Cuadragésimo cuarto: Que, asimismo, en la declaración rolante a fojas 224, de fecha 1 de febrero de 2008, don Stefano Rossi indicó: *“El plazo de entrega mío depende de si tengo stock o no, del tiempo que viene dando vuelta la licitación, lo de Antofagasta viene dando vuelta hace como un año. y que se demora aproximadamente un mes en traer un contenedor...”*. Respecto de los equipos comprados por Casino para proveer el servicio en Antofagasta, afirmó: *“Los equipos se tienen que entregar el 1 de febrero [de 2008], los últimos contenedores llegaron hace 15 días directamente a Antofagasta desde Italia. Se demoraron 1 mes en llegar. Si tengo que apurarme consigo en otras fábricas” [...] “Teóricamente en 60 días, 2 a 3 días en embalarlo, 1 semana en embarcarlo, el barco demora 1 mes. En un mes 1 semana los podría tener acá. En 5 días puedo tener montado 1000 contenedores con varios equipos de montaje. Uno organiza el trabajo para armar y tener todo listo, yo me organizo y alcanzo”;*

Cuadragésimo quinto: Que finalmente, este Tribunal estima relevante como evidencia una carta enviada por don Stefano Rossi al Fiscal Nacional Económico, rolante a fojas 238, en la que indica lo siguiente: *“En relación al plazo de entrega, que como podrá Ud. apreciar no está especificado en ninguna de las cotizaciones, estaba sub-entendido con las empresas que dicho plazo debía cumplir con lo solicitado en las bases de licitación”*. En la misma carta, don Stefano Rossi adjunta copias impresas de las cotizaciones emitidas a las empresas que participaron en la licitación, las que también fueron acompañadas al expediente de autos, rolantes a fojas 239 y siguientes;

Cuadragésimo sexto: Que en opinión de este Tribunal, de acuerdo a la evidencia y circunstancias señaladas precedentemente, el plazo establecido en las bases para la implementación total del servicio era razonable para adquirir los equipos necesarios para cumplir con tal obligación, y no se acreditó que favoreciera especialmente a Casino, por lo que se rechazará en este punto también el requerimiento;

Cuadragésimo séptimo: Que ahora en cuanto al acto mismo de adjudicación que motiva la presente causa, consta a fojas 680 que el día 12 de octubre de 2007 se efectuó el acto de apertura de ofertas presentadas por las sociedades Aseos Industriales Casino Ltda., Cosemar S.A., Enasa S.A., Gestión Ambiente S.A., y Gestión Ecológica de Residuos S.A. o “Gersa”. Las sociedades Comercial Alvarez

REPUBLICA DE CHILES
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

y Alvarez Ltda., o "Socoal", y Servitrans S.A., que hasta entonces habían participado en el proceso preparatorio de la licitación, se excusaron de efectuar propuestas;

Cuadragésimo octavo: Que de acuerdo con las actas y documentos de fojas 448, 464, 745, 779, y 986, Cosemar fue la empresa que obtuvo el mejor resultado en la evaluación de ofertas presentadas en el marco del proceso de adjudicación y que, sin embargo, la Municipalidad de Antofagasta decidió adjudicar la licitación a la empresa Casino, mediante Decreto Exento N° 1112 (rolante a fojas 781);

Cuadragésimo noveno: Que la FNE considera que el municipio actuó en forma arbitraria al adjudicar la licitación a la empresa Casino, sin considerar la propuesta efectuada por la Comisión Evaluadora, que había calificado con el puntaje más alto a la empresa Cosemar;

Quincuagésimo: Que, entonces, corresponde analizar a continuación las circunstancias y justificaciones alegadas por la I. Municipalidad de Antofagasta para no adjudicar la concesión de que se viene tratando en esta sentencia a la empresa que realizó la oferta mejor evaluada, y determinar si, en efecto, corresponde a un acto arbitrario que impide, restringe o entorpece la libre competencia, o tiende a producir dichos efectos;

Quincuagésimo primero: Que a fojas 745 rola el documento denominado "Análisis Técnico y Financiero", que resume cada una de las ofertas recibidas en la licitación N° 2430-69-LP07 y su respectivo puntaje. Asimismo, a fojas 675, 680 y 988, se encuentran las ofertas económicas de cada una de las empresas que participaron en la licitación, las que corroboran la información contenida en el referido informe de fojas 745;

Quincuagésimo segundo: Que cabe recordar que, después de que la FNE objetara la distribución de los puntajes de las evaluaciones técnica y económica en las bases originales de la mencionada licitación, la Ilustre Municipalidad de Antofagasta estableció, en las bases definitivas, que las evaluaciones técnica y económica tuvieran una ponderación del 30% y 70% del puntaje final, respectivamente;

Quincuagésimo tercero: Que los puntajes obtenidos por las empresas participantes en la licitación, en lo relativo a la evaluación técnica de las propuestas, se aprecian en la siguiente Tabla N° 1:

REPUBLICA DE CHILES
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tabla N° 1: Puntajes obtenidos por las empresas en la Evaluación Técnica de la licitación N° 2430-69-LP07

	Frecuencia Recolección Mínima (30%)	Equipos Mínimos (70%)	Total Evaluación Técnica
Cosemar S.A.	4	10	8,2
Enasa S.A.	4	10	8,2
Gestión Ambiente S.A.	4	10	8,2
Gestión Ecológica de Residuos S.A.	4	4	4
Aseos Industriales Casino Ltda.	4	10	8,2

Fuente: Elaborada por el TDLC sobre la base de los documentos rolantes a fojas 675, 680, 745 y 988, y las Bases de Licitación de fojas 63.

Quincuagésimo cuarto: Que, asimismo, se presenta a continuación la Tabla N° 2 con los puntajes obtenidos en la evaluación económica de las ofertas realizadas;

Tabla N° 2: Puntajes obtenidos por las empresas en la Evaluación Económica de la licitación N° 2430-69-LP07

	Monto Mensual de Desarrollo del Servicio (70%)	Precios Unitarios Adicionales (20%)	Monto de la Inversión (10%)	Total Evaluación Económica
Cosemar S.A.	9,698511	10	9,272653	9,716223
Enasa S.A.	7,403565	0	9,106481	6,0931436
Gestión Ambiente S.A.	9,608696	2,619240	8,03941845	8,053877
Gestión Ecológica de Residuos S.A.	9,16434792	0,638642	9,06830347	7,449602
Aseos Industriales Casino Ltda.	10	3,831851	10	8,766370

Fuente: Elaborada por el TDLC sobre la base de los documentos rolantes a fojas 675, 680, 745 y 988, y las Bases de Licitación de fojas 63.

Quincuagésimo quinto: Que, así, el resultado final de las ofertas recibidas en el marco de la licitación N° 2430-69-LP07 se aprecia en la siguiente Tabla N° 3:

Tabla N° 3: Puntajes totales obtenidos por las empresas en la licitación N° 2430-69-LP07

	Evaluación Técnica	Evaluación Económica	Puntaje Total
Cosemar S.A.	2,46	6,801356	9,248958
Enasa S.A.	2,46	4,265201	6,725201
Gestión Ambiente S.A.	2,46	5,637714	8,097714
Gestión Ecológica de Residuos S.A.	1,2	5,214722	6,414722
Aseos Industriales Casino Ltda.	2,46	6,136459	8,596459

Fuente: Elaborada por el TDLC sobre la base de los documentos rolantes a fojas 675, 680, 745 y 988, y las Bases de Licitación de fojas 63.

REPUBLICA DE CHILES
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Quincuagésimo sexto: Que la concesión fue otorgada a la empresa Casino, que obtuvo el segundo puntaje más alto, a pesar de que, tal como se aprecia en la Tabla N° 3 anterior, Cosemar S.A. obtuvo el puntaje más alto en la evaluación de las ofertas realizadas en la licitación N° 2430-69-LP07. En opinión de la FNE, este hecho revelaría arbitrariedad en la adjudicación de la licitación materia de autos y, además, sería contradictorio con la nueva redacción dada a la cláusula 10.6., descrita anteriormente;

Quincuagésimo séptimo: Que la explicación del Alcalde a esta situación, señalada en la contestación al requerimiento, es que la oferta económica de la empresa Casino era mejor, para los intereses del municipio, que la de Cosemar, y que la evaluación conforme a las bases de licitación consideraba un parámetro (“valor por kilómetro adicional”) que dejó de ser relevante, al tiempo de adjudicación de la licitación, al conocerse la futura ubicación del nuevo vertedero de la ciudad. En ese sentido, consta del acta de sesión del Concejo Municipal de la Ilustre Municipalidad de Antofagasta de 24 de octubre de 2007, rolante a, fojas 466, que el Alcalde expresó lo siguiente: *“El Jefe comunal refrendó su opinión de por qué cambió la licitación (sic) de la comisión técnica del municipio... Explicó que eligió a la empresa Casino, toda vez que es la más barata, tiene más frecuencia, más inversión y porque tiene un mejor equipo tecnológico... Manifestó que la diferencia que hay es de tres millones de pesos mensuales, lo cual se estarían ahorrando en 12 meses la suma de cuarenta millones de pesos y en seis años el monto que se ahorrarían la suma cercana a los trescientos millones de pesos...”*;

Quincuagésimo octavo: Que en el mismo tenor se pronunció el Alcalde en la sesión de Concejo de fecha 25 de octubre de 2007, cuya acta se encuentra a fojas 448, en que señaló: *“...se analizó cuál era la empresa más barata, la comisión proponía la que había salido segunda, y como alcalde tengo la facultad propuse la primera, que era la más barata y la más cómoda, que al final hubieron algunos problemas, porque no se sabía del terreno para el nuevo vertedero que iba a tener el municipio comprendía más allá de los 21 KM., no fue así, se va a comprar un terreno que está dentro de los 17 Km”*. Esa explicación fue comunicada por el Alcalde a la FNE en mayo del año 2008, como consta del documento de fojas 462;

Quincuagésimo noveno: Que cabe decir que, en el requerimiento de fojas 127, se indica que el alcalde declaró ante la FNE que el factor por el cual Cosemar obtuvo una mejor evaluación económica fue aquel denominado “kilómetro

REPUBLICA DE CHILES
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

adicional”, factor que, de acuerdo con las bases de licitación, rolantes a fojas 63, se fundaría en lo siguiente: *“Para afrontar a futuro, posibles cambios de ubicación del lugar actual de disposición final de los residuos municipales y que pudiesen implicar un mayor costo por el transporte derivado de una mayor distancia que afecte la estructura de costo del contratista se ha considerado un ajuste compensatorio por kilómetro adicional al nuevo relleno sanitario y conforme al precio ofertado por el contratista”*;

Sexagésimo: Que en las mismas bases de licitación de fojas 63 se explica que el cálculo del factor “kilómetro adicional” se calcularía de la siguiente manera: *“Por lo tanto, la mayor distancia se calculará de la siguiente forma: Kilómetro Adicional = nueva distancia mediada en kilómetros – 21 kilómetros. El detalle de este valor debe reflejarse en el Anexo 8.1. El valor por kilómetro adicional corresponde al mayor recorrido que deberá efectuar toda la flota de camiones destinados exclusivamente a la función de recolección y transporte”*;

Sexagésimo primero: Que, de acuerdo con lo expuesto en la contestación del requerimiento por la Municipalidad de Antofagasta, dicho factor habría perdido relevancia al momento de adjudicarse la licitación pues, si bien al publicar las bases de ésta se había previsto que el vertedero en que se deberían disponer los residuos sólidos se ubicaría a una distancia superior a los 21 Km. de la ciudad, durante el desarrollo del proceso de licitación el municipio habría obtenido un terreno para ser utilizado como vertedero, ubicado a una distancia aproximada de tan sólo 12 Km., haciéndose en consecuencia innecesaria la utilización del referido factor;

Sexagésimo segundo: Que, en efecto, si se realiza la evaluación económica de las ofertas presentadas en la licitación N° 2430-69-LP07 sin considerar el factor “km. adicional” -y asumiendo que ninguno de los participantes tenía información privilegiada o adicional respecto de la futura ubicación del nuevo vertedero, pues no se ha acreditado en autos lo contrario- este Tribunal concuerda con que la mejor oferta efectivamente fue la de la empresa Casino, pues considera un monto mensual menor y una mayor inversión, mientras que la oferta de Cosemar pasaría al segundo lugar, tal como se aprecia en la siguiente Tabla N° 4:

REPUBLICA DE CHILES
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tabla N° 4: Ofertas económicas presentadas en la licitación N° 2430-69-LP07

EMPRESA	Monto Mensual de Desarrollo del Servicio (\$m)	Precio Unitario Adicional (UTM/km)	Monto de Inversión (\$m)
Cosemar S.A.	118.578	12,37	90.566
Enasa S.A.	144.859	35	88.943
Gestión Ambiente S.A.	119.500	21,50	78.521
Gestión Ecológica de Residuos S.A.	124.610	23,95	88.570
Aseos Industriales Casino Ltda.	115.000	20,00	97.670

Fuente: Elaborada por el TDLC sobre la base de los documentos rolantes a fojas 675, 680, 745 y 988, y las Bases de Licitación de fojas 63.

Sexagésimo tercero: Que, en efecto, el hecho que finalmente el vertedero en el cual debería disponer de los residuos el ganador de la licitación fuera más cercano al previsto originalmente, modifica de manera significativa el resultado de la evaluación económica realizada por el Concejo Municipal, respecto de la efectuada por la Comisión Evaluadora. Así, dado que no existirían costos adicionales para el Municipio por la distancia al nuevo vertedero, la oferta de Casino resultaba aproximadamente \$3 millones mensuales más barata y con una inversión, por parte de esta empresa, aproximadamente \$7 millones mayor;

Sexagésimo cuarto: Que, a pesar de que parece irregular que una licitación se adjudique sin considerar una de las variables de evaluación contempladas en las bases, no constan en autos antecedentes probatorios que acrediten que la empresa ganadora tenía información privilegiada o adicional respecto del resto de los participantes que le otorgara una ventaja ilícita –circunstancia esta última que, por lo demás, no forma parte de los hechos materia del requerimiento de autos-, ni que permitan concluir que existió una conducta arbitraria y exclusoria de la I. Municipalidad de Antofagasta, que pudiera haber afectado la libre competencia en el proceso de licitación;

Sexagésimo quinto: Que, sin perjuicio de lo que pudiera establecerse en otras sedes respecto del cumplimiento de las bases de licitación, este Tribunal considera que no existe evidencia en el proceso que permita formarse convicción de que existió arbitrariedad en la adjudicación de la licitación que haya impedido, entorpecido o restringido la libre competencia, o que haya tendido a ello;

REPUBLICA DE CHILES
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sexagésimo sexto: Que en conclusión, a juicio de este Tribunal, se debe desechar el requerimiento de autos respecto de la arbitrariedad en la adjudicación de la licitación N° 2430-69-LP07;

Y TENIENDO PRESENTE, lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 3º, 18º N° 1); y 29º del texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, publicado en el Diario Oficial de fecha 7 de marzo de 2005, y en el artículo 170 N° 6 del Código de Procedimiento Civil, **SE RESUELVE:**

RECHAZAR el requerimiento de fojas 127, en contra de la Ilustre Municipalidad de Antofagasta, sin costas.

Notifíquese y archívese en su oportunidad.

Rol C N° 172-08

Pronunciada por los Ministros Sr. Eduardo Jara Miranda, Presidente, Sr. Radoslav Depolo Razmilic, Sr. Tomás Menchaca Olivares, Sr. Julio Peña Torres y Sra. María de la Luz Domper Rodriguez. No firma la Ministra Sra. Domper no obstante haber estado presente en la vista de la causa y concurrir al acuerdo, por encontrarse ausente. Autorizada por el Secretario Abogado Sr. Javier Velozo Alcaide.