

ANT.: Denuncia en contra de I.
Municipalidad de
Talagante por posible
atentado a la libre
competencia.
Rol N° 2457-17 FNE.

MAT.: Informe de archivo.

Santiago, 02 ABR 2018

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
DE : JEFE DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS

Por la presente vía, se recomienda disponer el archivo de la Investigación del Antecedente, en virtud de las razones que se exponen a continuación:

I. ANTECEDENTES Y DENUNCIA

1. Con fecha 8 de agosto de 2017, se recibió una denuncia en contra de la Ilustre Municipalidad de Talagante, por la inclusión en las bases de licitación ID 2702-55-LQ16 -Adquisición de Contenedor, Implementación y Operación de 2° Punto Limpio en la comuna de Talagante- ("Licitación"), de criterios de evaluación que, a juicio del denunciante, actuarían como barreras de entrada ilegales y arbitrarias.
2. En términos concretos, se reclama en contra de la formulación del criterio de evaluación de experiencia de los oferentes, el cual, no cumpliría con la regla elemental de fomentar la competencia, no tendría fundamento económico o comercial alguno y, en la práctica, impediría la entrada de actores al mercado de la gestión de reciclaje de residuos sólidos, en particular, de la gestión de los denominados "puntos limpios".

3. Señala el denunciante que el criterio de evaluación de experiencia representa un 30%¹ del total del puntaje y es medido en “meses ejecutados en puntos limpios”. Este tipo de medición haría que, para aquellas firmas con menor experiencia en el mercado que deseen participar en la licitación y adjudicarse el proyecto, sea extremadamente difícil equiparar el puntaje que se otorga a empresas con mayor experiencia, favoreciendo a estas últimas.
4. En efecto, esto es lo que habría sucedido en la práctica, debido a que en la Licitación participó una empresa que cuenta con 12 años de experiencia en el sector, lo que le significó obtener un puntaje asociado al criterio de experiencia que repercutió en una ponderación final inalcanzable para cualquier eventual competidor.
5. Finalmente, la denuncia indica que, en su opinión, la gestión de reciclaje de residuos domiciliarios no es una actividad económica que por su naturaleza sea de alta complejidad. Por el contrario, considera que no existen motivos económicos para asignar beneficio alguno a un oferente que posea un grado de experiencia mayor al mínimo, el cual podría estar asociado a experiencia relevante, es decir, en rubros similares, o a que alguno de los ejecutivos o empleados de la empresa tenga dicha experiencia.
6. En virtud de lo anterior, y tras llevar a cabo un análisis de admisibilidad en donde se acreditó que efectivamente ciertos elementos de la Licitación podrían representar un riesgo para la libre competencia, se ordenó, mediante Resolución de fecha 23 de enero de 2018, por esta Fiscalía, instruir una Investigación para recabar mayores antecedentes sobre la materia.

¹ En realidad, representa un 20% del total del puntaje, el 30% se debe a un error en parte de las bases de la Licitación.

II. INDUSTRIA DE LA GESTIÓN DE RESIDUOS Y PUNTOS LIMPIOS

II.1. Sobre la gestión de residuos municipales valorizables

7. Los residuos se definen a nivel legal como sustancia u objeto que su generador desecha o tiene la intención u obligación de desechar de acuerdo a la normativa vigente².

8. Los principales actores que participan en el proceso de gestión de residuos son: i) Generador, que es la persona natural o jurídica cuyas actividades generan residuos, o cualquier persona que efectúe operaciones de pre-tratamiento; ii) Reciclador de base, que es la persona natural o jurídica que, previa autorización, realiza cualquiera de las operaciones que componen el manejo de residuos, sea o no el generador de los mismos y que se dedica a la recolección selectiva y/o gestión de centros de acopio; iii) Municipalidad, que es la entidad a cargo de la administración local de la comuna donde se desarrolla la valorización (conjunto de acciones cuyo objetivo es recuperar uno o varios de los materiales que componen el residuo, o su material calorífico³); y iv) Productores, que son las firmas que utilizan en sus propios procesos productivos los residuos valorizados.

9. Por otra parte, el proceso de gestión de residuos está compuesto por tres etapas principales: i) Recolección, que corresponde a la operación de recoger residuos, incluyendo el acopio inicial, pudiendo hacerse de manera diferenciada (separados según su origen) o no diferenciada (sin distinguir ningún tipo de residuo); ii) Transporte, que corresponde al traslado de los residuos recolectados hasta una instalación de tratamiento y que es de responsabilidad municipal; y iii) Tratamiento, que corresponde a etapa final

² Artículo 3 n° 25, Ley N° 20.920 "Establece marco para la gestión de residuos, la responsabilidad extendida del productor y fomento al reciclaje".

³ Así, una valorización puede tomar la forma de una reutilización (uso con la misma finalidad con la que fueron concebidos), reciclaje (uso como insumo o materia primera para proceso productivo), o una valorización energética (uso como combustible).

en donde se define si el residuo será eliminado (disponer de forma definitiva de los residuos en lugares autorizados) o valorizado⁴.

10. Las instalaciones utilizadas para valorizar residuos se categorizan según el tipo de valorización que se pretenda realizar: i) instalaciones de reutilización (aun cuando para este tipo no se requiere del uso de infraestructuras); ii) instalaciones de reciclaje (por ejemplo, plantas de compostaje); e iii) instalaciones de valorización energética (por ejemplo, plantas de incineración). Además, y en el ámbito directamente vinculado a esta investigación, existen las llamadas “Instalaciones Intermedias”, donde los residuos son acumulados temporalmente y posteriormente trasladados al lugar donde serán tratados (relleno sanitario, instalación de reciclaje o instalación de valorización energética, según corresponda). También pueden realizarse actividades de pre-tratamiento de los residuos como clasificación y separación mecanizada o compactación. Ejemplos de este último tipo de instalaciones son los “puntos verdes”, “puntos limpios”, centros de acopio y estaciones de transferencia⁵.

II.2 Sobre los “puntos limpios”

11. Un “punto limpio” corresponde a una instalación de recepción y almacenamiento de residuos que cuenta con contenedores, donde se reciben y acumulan selectivamente residuos entregados por la población, para su posterior valorización. En un “punto limpio” se efectúa la compactación y enfardado de fracciones de residuos. Estos pueden ser fijos o móviles⁶, y no tienen costo alguno para sus usuarios. En conjunto con los “puntos verdes”⁷,

⁴ Metodología de Formulación y Evaluación Socioeconómica de Proyectos de Valorización de Residuos Municipales, *División de Evaluación Social de Inversiones* 2013, p. 2, 5 y 6.

⁵ Ibid, p. 7 y 8.

⁶ Norma Técnica Nacional NCh3376:2015 Residuos sólidos municipales – Diseño y operación de instalaciones de recepción y almacenamiento.

⁷ Corresponden a instalaciones de recepción de residuos que utilizan un espacio reducido en un lugar con acceso público (por ejemplo, plazas, supermercados, iglesias, condominios u oficinas) para la entrega de residuos por la población, los que posteriormente serán retirados para ser procesados. La principal diferencia con los “puntos limpios” es, por tanto, que no es atendido por personal que asista a los usuarios ni se realizan las labores de compactación y enfardado.

los “puntos limpios” son el principal medio que tienen las personas para reciclar sus residuos de manera presencial, directa y gratuita.

Ilustración 2: “Punto verde” (izquierda) y “punto limpio” (derecha).



Fuente: Metodología de Formulación y Evaluación Socioeconómica de Proyectos de Valorización de Residuos Municipales, División de Evaluación Social de Inversiones 2013, p.7.

12. Por otro lado, observamos que la iniciativa del desarrollo de un “punto limpio” puede ser de índole privada o pública. En el primer caso son, en general, empresas como supermercados, tiendas de mejoramiento del hogar y centros comerciales, los que contratan los servicios de instalación y operación de un “punto limpio” a una empresa especializada, para así aprovechar espacios no utilizados en sus dependencias, con el fin de atraer clientes, aportar al cuidado del medio ambiente y como parte de proyectos de responsabilidad social empresarial. En el caso de “puntos limpios” de iniciativa pública, generalmente son municipalidades interesadas en instalar este tipo de infraestructura con el fin de aportar al cuidado del medio ambiente en sus comunidades.
13. Según el sitio web “Santiago Recicla”⁸, en la Región Metropolitana existen 61 “puntos limpios”, de los cuales 38 son de propiedad municipal y 23 de propiedad privada⁹. La misma fuente muestra que la cantidad de “puntos verdes” es mucho mayor, alcanzando las 470 locaciones (41 municipales, 272 privadas y 157 de propiedad no determinada). Lo anterior se condice con

⁸ Disponible en <http://www.santiagorecicla.cl/mapa/> [Última consulta: 30 de octubre de 2017].

⁹ Cabe señalar que, mediante una revisión visual con la herramienta *Street View* de *Google Maps*, se pudo constatar que varios de los Puntos Limpios municipales que reporta la página web, no estarían actualmente operativos.

el mayor tamaño y el mayor costo de construcción, instalación y operación que presentan los primeros con respecto a los segundos.

14. Por otro lado, existen al menos 3 tipos de actividades relacionadas a los “puntos limpios”, los que pueden ser proveídos por separado, debido a que no es necesario que sea una única empresa la que los provea¹⁰. A saber, i) la construcción y/o instalación de la infraestructura necesaria para la operación del punto limpio, que incluye la edificación de la obra gruesa, en caso de ser necesaria, o la instalación de una infraestructura pre-diseñada; ii) la operación del punto limpio, que incluye el ordenamiento, compactación y enfardado de los residuos recibidos en el punto limpio por parte de personal capacitado, además de la orientación a las personas que requieran de ella; y iii) la adquisición de materiales para la operación del punto limpio, que corresponde a la compra de los insumos necesarios para la operación (por ejemplo, maxisacos, pallets, sellos metálicos, cintas de embalaje, etc.).
15. Según la información pública disponible, existen una serie de empresas que realizan una o varias de las actividades descritas. En particular, se conoce que la construcción y/o instalación es ofrecida por empresas constructoras como Servicontainers, Constructora Andes y Sustenta Ltda., las cuales han participado en licitaciones públicas específicas para proveer este servicio.
16. Por otra parte, existen empresas especializadas en la operación de “puntos limpios” (y otros servicios de gestión de residuos sólidos y reciclaje) que también participan ocasionalmente en la construcción y/o instalación, en especial cuando se trata de instalación de “puntos limpios” del tipo *container*. Entre estas empresas se encuentran Rembre Spa. (“Rembre”), Geociclos Ltda. y TriCiclos S.A. (“Triciclos”). Esta última, tiene a su cargo una amplia red de puntos limpios en estacionamientos de tiendas como “Homecenter Sodimac” y “Supermercados Líder”, por nombrar algunas.

¹⁰ Esto se respalda en la existencia de licitaciones en el portal de mercado público que buscan contratar cada uno de estos servicios por separado, al mismo tiempo que en algunos casos se licita un conjunto de ellos. Este último es el caso de la Licitación denunciada.

17. En el servicio de adquisición de materiales para la operación, existe una vasta cantidad de firmas, al ser un servicio en que no existe mayor grado de diferenciación.

III. ANÁLISIS DE COMPETENCIA

18. En primer lugar, cabe tener presente que la existencia de una normativa específica que regula los actos de la administración del Estado y que sanciona sus contravenciones en el caso de la contratación pública -Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios-, no excluye la aplicación de las normas de defensa de la competencia. En efecto, la Fiscalía Nacional Económica es, junto al Tribunal de Contratación Pública ("TCP") y la Contraloría General de la República ("CGR"), uno de los órganos facultados para investigar eventuales irregularidades en procesos licitatorios o de compra directa ejecutados por entidades públicas.
19. En el caso del TCP, este es competente para conocer de la impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por la Ley N° 19.886¹¹. Tratándose de la CGR, esta puede conocer de irregularidades en las licitaciones públicas, y pronunciarse a través de Dictámenes al respecto, en base a su calidad de órgano fiscalizador de los actos de la administración del Estado, con el objeto de velar por el respeto a los preceptos y principios fundamentales que rigen los procedimientos de licitación y las respectivas contrataciones¹².

¹¹ La acción de impugnación que conoce este Tribunal procede en contra de cualquier acto u omisión ilegal o arbitrario que tenga lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, ambos inclusive. Esta acción se deduce mediante una demanda, que puede ser interpuesta por toda persona natural o jurídica que tenga un interés actualmente comprometido en el respectivo procedimiento administrativo de contratación; debe deducirse dentro del plazo de 10 días hábiles, contado desde el momento en que el afectado haya conocido el acto u omisión que se impugna o desde la publicación de aquél. Ley N° 19.886, artículo 24, incisos 2° y ss.

¹² Lo mencionado, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 98 de la Constitución Política de la República. Ver Dictamen CGR N° 61067 de fecha 18 de agosto de 2016.

20. Ahora, se debe determinar en qué situaciones y bajo qué condiciones los organismos de la administración del Estado pueden incurrir en ilícitos en sede de libre competencia. En tal sentido, el H. Tribunal de Defensa de La Libre Competencia ha considerado que la responsabilidad de los órganos de la administración del Estado, cuando actúan como entes licitantes para la adquisición de bienes y servicios, puede surgir con ocasión del diseño de las bases de licitación respectiva, así como de la actuación de dicho órgano durante el proceso licitatorio. Lo anterior, sin perjuicio de eventuales participaciones de funcionarios públicos en colusiones, de conformidad al artículo 3 letra a) del Decreto Ley N° 211 (“DL 211”). En este caso, nos encontramos en una situación que dice relación con el diseño de bases de licitación, esto es, la formalización de las exigencias que estableció la Municipalidad como ente licitante, y que tiene el potencial de reducir el número de oferentes en el proceso en comento.
21. Como también ha sido señalado por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y replicado en informes y minutas de archivo de esta División¹³, a fin de determinar si las exigencias establecidas en la Licitación analizada son contrarias a la libre competencia, deben concurrir tres requisitos copulativos: (i) el órgano licitante debe contar con poder de compra en el mercado relevante del producto licitado; (ii) las exigencias deben alterar el proceso competitivo de la licitación; y (iii) las exigencias no deben tener una justificación objetiva ni razonable.
22. Para evaluar el primer requisito expuesto, debemos determinar cuál es el mercado relevante en cuestión. La definición del mercado relevante afectado por las presuntas conductas anti-competitivas denunciadas es crucial para establecer si éstas pueden ser catalogadas como infracciones al DL 211. Así, si se demuestra que los actos denunciados no tienen la aptitud para excluir a una empresa del mercado relevante, no podría calificarse dicho acto como contrario al DL 211. Lo anterior, sin perjuicio de que los diseños de las bases

¹³ Al respecto, revisar sección III del informe de archivo de esta División Rol 2385-16, de fecha 12 de junio de 2017.

de una licitación, en particular, puedan efectivamente actuar como una barrera a la entrada de firmas interesadas en ingresar a un mercado.

23. La definición de mercado relevante en casos de licitaciones de organismos públicos ha sido materia de controversia en los distintos casos revisados por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el pasado. En efecto, en algunos casos el H. Tribunal ha señalado que el mercado relevante en cuestiones de licitaciones debería estar circunscrito al ámbito de la licitación misma¹⁴, mientras que en otros ha definido el mercado relevante de manera amplia, incluyendo a la totalidad del mercado del producto en cuestión, sin distinguir entre diferentes mecanismos de contratación (licitaciones, convenios marco, compras directas) ni entre la naturaleza del ente contratante (entes públicos o privados)¹⁵.
24. Atendido lo anterior, esta División es de la opinión que la definición del mercado relevante para este tipo de casos, se vincula con la naturaleza de la conducta anticompetitiva en cuestión y el objeto o producto licitado¹⁶. Así, si el caso en cuestión trata sobre conductas tales como la colusión o si la licitación concede a la adjudicataria una posición dominante de cara a los usuarios intermedios o consumidores finales, entonces la licitación puede ser considerada como un mercado relevante en sí mismo. En otro supuesto, cuando la licitación se refiera a la contratación de un(os) insumo(s) o servicio(s) por parte de la entidad licitante, sin generar una posición dominante de cara a usuarios intermedios o consumidores finales, entonces el mercado relevante debiera ser definido de manera amplia, tomando en cuenta la totalidad de oferentes y demandantes del producto(s) o servicio(s)

¹⁴ Véase, por ejemplo, la sentencia N° 112/2011, dictada en autos C-194-09 caratulados *Requerimiento contra Corporación de Radio Valparaíso y otros*, considerandos cuadragésimo quinto y cuadragésimo sexto; y la sentencia N° 132/2013, dictada en autos C-242-12, caratulados *Demanda de Sonda S.A. contra Servicio de Registro Civil e Identificación*, considerando cuadragésimo a cuadragésimo tercero.

¹⁵ Sentencia 114/2011, supra n 6, considerandos vigésimo octavo y vigésimo noveno.

¹⁶ Ibid.

licitado, en un área geográfica determinada¹⁷, como ocurre en el caso de la Licitación bajo análisis.

25. En efecto, el proceso objetado por el denunciante se refiere a la licitación de la construcción/instalación y operación de sólo un “punto limpio” en la comuna de Talagante. Como se explicó anteriormente, la demanda por este tipo de servicios proviene de empresas privadas que buscan rentabilizar espacios no utilizados en sus dependencias, y de municipios que buscan fomentar y facilitar el reciclaje en sus comunidades, a través de la instalación de este tipo de infraestructuras que serán utilizadas gratuitamente por los usuarios finales.
26. Con respecto al ámbito geográfico, si bien se reconoce que éste podría extenderse incluso a nivel nacional, principalmente considerando que uno de los proveedores más relevantes tiene presencia en la mayoría de las regiones del país (XVa a Xa Regiones), y que la naturaleza del servicio no requiere de servicios centralizados, sólo para efectos de este análisis se adoptará una delimitación más conservadora, restringiendo el mercado relevante exclusivamente a la Región Metropolitana. De esta forma, si no se verifican restricciones a la competencia en el mercado geográfico reducido, menos aún tendría esa capacidad respecto de un ámbito mayor.
27. Atendiendo al hecho de que los “puntos limpios” y “puntos verdes” son las principales instalaciones que permiten a los usuarios realizar el reciclaje de la mayoría de los residuos valorizables, en este informe se considerarán dos posibles mercados relevantes: i) uno que consiste sólo en la instalación y operación de los “puntos limpios”; y ii) otro que considera la instalación y operación de “puntos limpios” y “puntos verdes” en conjunto. De esta forma, el análisis de una eventual exclusión se centrará en ambos posibles mercados.

¹⁷ Esta definición del mercado relevante no obsta a que, dependiendo del caso bajo análisis, éste se pueda restringir por otros factores tales como: existencia de distintos canales de distribución, diferentes tipos de consumidores, características del producto (y su uso), etc.

28. En el primer caso, como se observó en la sección de descripción de la industria, sólo en la Región Metropolitana existen más de 60 “puntos limpios”, a lo cual se sumarán los 24 que considera el plan “Santiago Recicla”¹⁸. De esta forma, la exclusión de un competidor en la construcción y operación del “punto limpio” objeto de la denuncia analizada, en particular, representaría sólo un 1,2% de la demanda por ese tipo de servicios en la región, lo que no puede considerarse una parte relevante del mercado. Además, debe tomarse en cuenta que esta licitación tiene un plazo de operación de 3 años, por lo que transcurrido este tiempo debería licitarse nuevamente la operación del mismo, donde se podrían corregir cualquiera de los eventuales vicios identificados en la Licitación.
29. Si consideramos el caso en que se amplíe el mercado relevante a los denominados “puntos verdes”, el riesgo de exclusión disminuye aún más. Según la misma fuente, en la Región Metropolitana existen cerca de 470 “puntos verdes”. Aun cuando se considere que este tipo de instalaciones no son sustitutos perfectos de los puntos limpios, al no recibir la misma variedad de residuos que éstos últimos, la relevancia de la Licitación en el mercado relevante se reduce a niveles menores al 0,32%¹⁹.
30. A mayor abundamiento, se tomó conocimiento que, para ambos posibles mercados, no existen barreras a la entrada, por cuanto son servicios de escasa complejidad técnica y que son en gran medida semejantes a otros servicios de reciclaje privado e incluso a labores de logística y de transporte, por lo que cualquier empresa de este tipo estaría en condiciones de ingresar a competir a este mercado, si así lo dispusiera.
31. Por lo ya expuesto, y atendida la incapacidad de la Ilustre Municipalidad de Talagante para generar, de manera independiente, efectos exclusorios

¹⁸ Se trata de un proyecto del Gobierno Regional Metropolitano de Santiago (“GORE”), aprobado en el año 2016, el cual consiste en el financiamiento de tres iniciativas en torno al manejo de residuos sólidos, dentro de las cuales destaca la construcción de 20 nuevos Puntos Limpios en la Región Metropolitana.

¹⁹ Para simplificar, en este cálculo se considera que dos puntos verdes son equivalentes a un punto limpio.

relevantes mediante los requisitos de experiencia establecidos en las Bases, a juicio de esta División no concurrirían los requisitos de un ilícito anticompetitivo respecto de esta Licitación en específico. Sin embargo, se previene que, si proliferaran exigencias similares en un conjunto de licitaciones, sí podría observarse tal efecto.

32. Por lo anterior, y considerando que las funciones que el DL 211 encomienda a esta Fiscalía no sólo corresponden a la persecución de ilícitos sino que también a la promoción de la libre competencia²⁰, ha sido una preocupación constante que las licitaciones públicas sean lo más abiertas posibles, de manera que una mayor competencia en el proceso concursal se traduzca en una asignación más eficiente, con mejores precios o calidades de los productos o servicios licitados, y consecuentemente una mejora en el bienestar de los consumidores y un buen uso de los recursos públicos²¹.
33. En virtud de lo anterior, esta División procedió a analizar el contenido de las bases de licitación denunciadas con el objeto de mostrar las consecuencias que produjo el diseño de las mismas e identificar focos de riesgo en el diseño de las bases de futuros procesos licitatorios asociados a “puntos limpios”, en cuanto tienen el potencial de limitar la libre concurrencia de oferentes, tanto de la Municipalidad de Talagante como de otros municipios que efectúen licitaciones similares.

IV. ANÁLISIS DE LA LICITACIÓN

34. La licitación ID 2702-55-LQ16 “Adquisición de Contenedor, Implementación y Operación de 2° Punto Limpio en la comuna de Talagante”, consiste en la contratación, por parte de la I. Municipalidad de Talagante, de una empresa que provea los servicios de adquisición, instalación y operación de un

²⁰ Véase artículo 1 del Decreto de Ley N° 211.

²¹ Así, la FNE ha efectuado diversas acciones tendientes a fomentar la competencia en los mercados, y particularmente en los procesos de licitación pública. Al respecto, véase, entre otros, los materiales de promoción *Compras Públicas y Libre Competencia*, de abril de 2011, *Sector Público y Libre Competencia*, de junio de 2012; y *Estudio de Licitaciones de Compras de Medicamentos en Establecimientos Públicos de Salud*, de noviembre de 2014.

segundo “punto limpio” en la comuna, con el objetivo de promover y facilitar la gestión sustentable de residuos para sus habitantes.

35. En las Bases de Licitación se establece que el periodo a operar el “punto limpio” por parte del contratista es de 36 meses y se contempla un presupuesto total de \$102,8 millones, lo que se separa en \$2,3 millones mensuales para la operación del “punto limpio” y \$20 millones para la adquisición del contenedor y su equipamiento²².

IV.1. Sobre el criterio de experiencia

36. El punto 2.A. de la Bases Administrativas de la Licitación establece el criterio para medir la experiencia de los oferentes, indicando “que será medida en número de meses ejecutados hasta el 30/09/16, adjuntando Certificado emitido por la entidad mandante”²³. Más adelante, en la “Etapa Tres” del Proceso de Evaluación de dichas bases, se señala que la experiencia tendrá una ponderación del 20%²⁴ y que “se le asignará una ponderación por la experiencia en la Operación de Puntos Limpios, medida en número de meses ejecutados al 30/09/16”²⁵. Esto implica que la empresa que posea la mayor cantidad de meses ejecutados entre todos los oferentes, obtendrá automáticamente el puntaje máximo para este criterio, mientras que el resto alcanzará un puntaje proporcional a dicho máximo, considerando la cantidad de meses ejecutados de cada uno²⁶.

²² Bases Técnicas Licitación 2° Llamado “Adquisición de contenedor, Implementación y Operación de 2° Punto Limpio en la comuna de Talagante”. Disponible en: <http://www.mercadopublico.cl/Procurement/Modules/RFB/DetailsAcquisition.aspx?qs=ERNZYWxhQ1XeURCQJBZIQhbMFk4Y+3y/rnWcmQCQLMjw0XwZtitQwQA4XzvBpCyA> [Consulta: 30 de octubre de 2017].

²³ Bases Técnicas Licitación 2° Llamado “Adquisición de contenedor, Implementación y Operación de 2° Punto Limpio en la comuna de Talagante”, p. 4.

²⁴ Nuevamente prevenimos que, si bien en el documento se indica que la ponderación del 30%, esto corresponde a un error de tipificación, lo que es evidente al observar la tabla inmediatamente anterior en el punto de “Evaluación de Ofertas” y en el Informe del Proceso de Evaluación de la Licitación.

²⁵ Ibid, p. 9.

²⁶ Por ejemplo, si un oferente tuviese 50 meses ejecutados en operación de Puntos Limpios, y otro oferente tuviese 25, entonces el primero obtendría 20 puntos, mientras que el segundo sólo alcanzaría 10 puntos.

37. En el resultado de la Licitación, se observa que la experiencia fue un factor altamente decisivo para la adjudicación de la misma. En el documento 'Informe del Proceso de Evaluación', se muestran los principales aspectos de las ofertas presentadas por las participantes: las empresas Triciclos y Rembre. Como se aprecia en la Tabla N°1, las ofertas presentadas por las empresas difieren en 3 de los 4 criterios evaluados: Precio, Plazo de Construcción y Experiencia. En el caso de la experiencia, se observa que la empresa Triciclos, dada su historia en el rubro específico de los puntos limpios, presentó certificados que le significaron 914 meses de contratos ejecutados en puntos limpios, mientras que, su único competidor, Rembre, sólo acreditó 39 meses.
38. Producto de esto, y debido a que según la formulación del criterio en cuestión se deben ponderar los puntajes con respecto al máximo presentado, la empresa Triciclos obtuvo 20 puntos y Rembre 0,85 puntos en este ítem, lo que implica una diferencia de 19,15 puntos en la evaluación total.

Tabla N° 1: Cuadro resumen ofertas Licitación ID 2702-55-LQ16

OFERENTE	PRECIO		PLAZO		EXPERIENCIA		CERTIFICADO B		TOTAL
	Oferta [\$]	Ptje. (40%)	Oferta [días]	Ptje. (30%)	Oferta [meses]	Ptje. (20%)	Oferta [SI/NO]	Ptje. (10%)	Ptje. (100%)
TRICICLOS	102.799.995	34,96	7	30	914	20	SI	10	94,96
REMBRE	89.849.980	40	8	26,25	39	0,85	SI	10	77,1

Fuente: Elaboración Propia en base a Informe del Proceso de Evaluación.

39. Observando los puntajes correspondientes a los demás criterios distintos al precio, se puede deducir que, para que la empresa Rembre se hubiese adjudicado la licitación, tendría que haber ofertado un precio de aproximadamente \$36,9 millones, un 51% menos de lo que ofertó y un 57% menos que el monto presentado por Triciclos²⁷. En consecuencia, la regla de

²⁷ Cabe mencionar que, según lo establece el artículo 42 del Reglamento de la Ley N° 19.886 sobre Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, "Cuando el precio de la oferta presentada por un Oferente sea menor al 50% del precio presentado por el Oferente que le sigue, y se verifique por parte de la Entidad Licitante que los costos de dicha oferta son inconsistentes económicamente, la Entidad Licitante podrá a través de una resolución fundada, adjudicar esa oferta, solicitándole una ampliación de las garantías de fiel cumplimiento, hasta por la diferencia del precio con la oferta que le sigue".

asignación de puntaje por el criterio de experiencia entregó a uno de los oferentes una ventaja significativa y definitiva.

40. A mayor abundamiento, existe la posibilidad de que Triciclos estuviera en conocimiento de esta ventaja con respecto a sus eventuales competidores, pues si se observa el precio ofertado por esta empresa, está cinco pesos por debajo del presupuesto máximo dispuesto en las bases de licitación. Lo anterior, podría reflejar un bajo incentivo a ofrecer una oferta más económica por parte de la empresa, al estar en conocimiento de la ventaja anteriormente expuesta. Como consecuencia, la I. Municipalidad de Talagante pagó, en total, \$12 millones por sobre la oferta más económica presentada.
41. Respecto a la importancia de la experiencia como criterio de evaluación, esta Fiscalía ha señalado que su aplicación debe realizarse de manera tal que dicho requisito no se constituya en una barrera a la entrada al mercado para empresas nuevas o emergentes²⁸. El riesgo presente es que la experiencia exigida por el licitante sea mayor a la que esté justificada según la complejidad técnica del proyecto, de forma tal que oferentes capacitados para llevar a cabo el servicio no logren competir de forma efectiva produciéndose una disminución en la intensidad competitiva del proceso licitatorio, que afecte negativamente el precio pagado por el órgano licitante²⁹.

IV.2. Sobre otros aspectos de la Licitación

²⁸ Véase, de modo ejemplar, Informe de Residuos Sólidos. *Consulta de la I. Municipalidad de Buin sobre bases de licitación para la "Contratación del servicio de disposición de residuos sólidos, domiciliarios y asimilables de la comuna de Buin"*. Rol FNE 1231-08. 29 de julio de 2008, párrafo N° 15.

²⁹ En concreto y a modo de ejemplo, una alternativa para el diseño de criterios de evaluación asociados a la experiencia para licitaciones de "puntos limpios" es el de incluir un umbral o tope máximo en la experiencia requerida, de forma tal que oferentes que superen dicho umbral, obtengan el puntaje máximo en este criterio. Esto en diferencia al criterio establecido en la Licitación, donde se ponderó el puntaje de cada oferente con respecto al máximo nivel de experiencia observado en algún oferente.

Otra alternativa es ampliar el tipo de experiencia a certificar, al respecto el H. TDLC ha señalado que "... atendido que la recolección, transporte y disposición de residuos no es un rubro particularmente sofisticado desde el punto de vista tecnológico, este Tribunal considera 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". Sentencia N° 77/2008, considerando quincuagésimo cuarto.

42. En adición al análisis del principal aspecto denunciado en esta investigación, se estudiaron otros elementos con espacios de mejora desde el punto de vista competitivo, éstos son: i) el criterios de evaluación del plazo de construcción ofrecido y; ii) el criterio de evaluación de certificación de “Empresa B”³⁰.
43. Sobre el criterio del plazo de construcción, se observó que se fijó una fórmula de asignación similar al del criterio de experiencia, en el sentido de calcular el puntaje de cada empresa con respecto al menor plazo de construcción ofertado por algún participante, medido en días. En la práctica, esto llevó a entregar casi 4 puntos más en la evaluación final a la empresa Triciclos respecto de Rembre, en circunstancias que los plazos ofrecidos sólo difieren en un día de construcción adicional por parte de esta última. Nuevamente, el riesgo presente es que el plazo de construcción exigido por el licitante sea menor al que esté justificado según la complejidad técnica del proyecto, de tal forma que oferentes capacitados para ejecutar el servicio en un plazo razonable no logren competir de forma efectiva produciéndose una disminución en la intensidad competitiva del proceso licitatorio, que afecte negativamente el precio pagado por el órgano licitante³¹.
44. Finalmente, con respecto al criterio de certificación de “Empresa B”, se observó que las bases de licitación son poco claras en su redacción, al expresar, por un lado, que dicha certificación será un aspecto a evaluar en la adjudicación de la Licitación³² y, por otro, que la certificación corresponde a un requisito de postulación³³. Sobre este punto, el riesgo presente es que

³⁰ Una “empresa B” es aquella que pertenece a un movimiento global que apunta a una economía que pueda crear valor integral para el mundo y la tierra, promoviendo formas de organización económica que puedan ser medidas desde el bienestar de las personas, las sociedades y la tierra, de forma simultánea y con consideraciones de corto y largo plazo. Más información en: <http://sistemab.org/>

³¹ En concreto, una alternativa para el diseño de criterios de evaluación asociados al plazo de construcción para licitaciones de “puntos limpios” es el de incluir un umbral o tope mínimo en el plazo de construcción requerido, de forma tal que oferentes que estén por debajo de dicho umbral, obtengan el puntaje máximo en este criterio. Esto en diferencia al criterio establecido en la Licitación, donde se ponderó el puntaje de cada oferente con respecto al mínimo plazo de construcción observado en algún oferente.

³² Bases Técnicas Licitación 2° Llamado “Adquisición de contenedor, Implementación y Operación de 2° Punto Limpio en la comuna de Talagante”, p. 9.

³³ *Ibid*, p. 10, punto 3.

oferentes que no posean dicha certificación hayan desistido de participar en la Licitación, al considerarla como un requisito y no como un aspecto a ser ponderado en la evaluación de adjudicación.

VII. CONCLUSIONES

45. Del análisis de los antecedentes, esta División concluye que las conductas denunciadas en contra de la I. Municipalidad de Talagante no habrían generado un efecto exclusorio anti-competitivo en ninguno de los mercados relevantes posibles. Por lo tanto, no se justifica el ejercicio de acciones ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
46. Sin perjuicio de lo anterior, esta División efectuó un análisis de la Licitación en cuestión, donde se mostraron ciertas consecuencias del diseño de las bases denunciadas, además de identificar algunos riesgos exclusorios que se presentarían de ser replicadas estas bases en futuros procesos licitatorios sobre servicios de instalación y/o operación de “puntos limpios”.
47. Finalmente, en el marco de las actividades de promoción a la libre competencia, esta División recomienda informar a las Ilustres Municipalidades de la Región Metropolitana, los criterios analizados en la presente investigación.
48. Por lo expuesto, esta División recomienda al Sr. Fiscal, salvo su mejor parecer, archivar los antecedentes, sin perjuicio de la facultad de esta Fiscalía de velar permanentemente por la libre competencia en los mercados y de abrir nuevas investigaciones si existieren antecedentes que así lo justificaren, y del derecho del denunciante de interponer las acciones que estime pertinentes ante alguna otra autoridad o tribunal competente.

Saluda atentamente al Sr. Fiscal,

AGU


GASTÓN PALMUCCI
JEFE DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS