

ANT.: Denuncia por infracción a las Instrucciones Generales N° 1/2006, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Rol N° 2052-12 FNE.

MAT.: Minuta de archivo.

Santiago, - 5 DIC 2012

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

DE : JEFE DIVISIÓN DE INVESTIGACIONES

Por medio de la presente minuta, esta División informa al señor Fiscal acerca de la admisibilidad de la presentación del Antecedente, recomendando su archivo, sin instruir investigación, en virtud de las razones que se exponen a continuación:

I. ANTECEDENTES

I.1 Hechos denunciados

1. Con fecha 13 de febrero de 2012, una empresa dedicada al rubro de la provisión de contenedores de residuos efectuó una denuncia referida a un eventual incumplimiento de las Instrucciones de Carácter General N° 1/2006, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("**Instrucciones Generales**") por parte de la I. Municipalidad de Talca ("**Municipalidad**"), en el procedimiento de adjudicación de la Línea de Producto N° 21¹, referida a contenedores de la licitación pública ID N° 2295-109-LP11, denominada: "*Contrato de proveedores para mobiliario y equipamiento urbano - recreativo deportivo, para la I. Municipalidad de Talca*".

¹ Las bases administrativas especiales señalan que la licitación contempló 23 líneas de producto: escaños - asientos, papeleros, paraderos, luminarias y faroles, juegos infantiles metálicos, juegos infantiles de madera, juegos infantiles plásticos, juegos infantiles de cuerdas, máquinas de ejercicio, maceteros, mesas de hormigón o picnic, mesas de pin pong in situ, arcos de fútbol, parques de skateboard, parques de patinaje, parques de juegos de agua, cierros, pisos deportivos, pisos de seguridad, canchas de pasto sintético, **contenedores**, señalética, **otros relacionados**. (el destacado es nuestro).

2. El denunciante señala que, con fecha 7 de septiembre de 2011, la I. Municipalidad adjudicó a don Mario Mancilla Oyarzún, el "Servicio de recolección de residuos sólidos domiciliarios y/o asimilables de la comuna de Talca", según consta en la ficha de la licitación signada con el ID N° 2295-14-LP10. Agrega que en el transcurso de dicho proceso el municipio informó a quienes participaron del llamado que se encargaría de adquirir los contenedores y equipamiento necesario para ejecutar y concretar las tareas de retiro de los residuos. En este contexto, hace presente el denunciante que la Municipalidad no remitió para su aprobación las bases para la compra de contenedores a la Fiscalía Nacional Económica.
3. Señala la empresa reclamante que la Municipalidad incluyó la adquisición de los contenedores para residuos sólidos en una licitación de equipamiento Recreativo - Deportivo ID N° 2295-109-LP11, línea de producto N° 21, lo que impidió a todas las empresas dedicadas a ese giro o tipo de servicio hacerse parte en la licitación, lo que finalmente habría causado que la Municipalidad, declarase desierta esa línea de producto, al no presentarse ofertas por desconocerse tal llamado.
4. Añade que a los referidos hechos se agrega otro elemento de gravedad, consistente en que la sociedad Comercial e Industrial Dekolor Limitada ("Dekolor") participó del llamado, adjudicándose 13 de las 23 líneas de productos licitados. Precisa que luego de haber sido declarada desierta la línea N°21, correspondiente a contenedores², se le adjudicó a Dekolor los contenedores a pesar de no haber presentado oferta por ellos, a través del ítem 10, línea de producto N° 23 de la ficha de licitación denominada "Otros relacionados".

² Según consta en el Informe de Licitación Pública de fecha 5 de diciembre de 2011: "Por otra parte, las siguientes Líneas de Productos no presentaron ofertas en el Portal de Mercado Público, por tanto, se sugiere declararlas desiertas mediante Decreto Alcaldicio: Línea de Producto N° 18: Pisos Deportivos, Línea de Producto N° 21: Contenedores, lo que se concreta mediante el Decreto Alcaldicio N° 7586, de fecha 16 de diciembre de 2011".

5. Indica el denunciante que fundado en lo anterior, la Secretaría Comunal de Planificación de la Municipalidad ordenó adquirir contenedores de polietileno inyectado de alta densidad HDDE azul con logo institucional. Para tal efecto emitió la orden de compra N° 2295-393-SE11, de fecha 29 de diciembre de 2011, por la suma de \$ 349.988.520.³ Posteriormente emitió, con fecha 22 de febrero de 2012, una nueva orden de compra por la suma de \$ 299.972.784⁴.
6. Agrega que en la orden de compra se señala expresamente que los contenedores corresponden a la línea de producto N° 23, "Otros relacionados", de la licitación ID N° 2295-109-LP11, consideración con la que el denunciante no concuerda ya que no existe ninguna relación entre los contenedores para residuos sólidos y el llamado para la adquisición de "Mobiliario y Equipamiento Urbano Recreativo-Deportivo", además de haber sido declarada desierta la línea de producto N° 21, por lo que no procedía incluirlo dentro de otra para adquirirlos.
7. Por lo anteriormente expuesto el denunciante solicita que se deje sin efecto la licitación para contenedores, la orden de compra emitida a nombre de Dekolor y que se regularicen los procedimientos a través de los cuáles la Municipalidad de Talca concreta los llamados a licitación.
8. Por último, se debe tener presente que el municipio, mediante el Ord N° 0172 de fecha 28 de enero de 2010, había remitido los antecedentes de la licitación: "Servicio de contenerización (arriendo y mantención) para la Comuna de Talca" a la Fiscalía Nacional Económica, la que fue objeto de observaciones por parte del señor Fiscal a través del Ord. N° 287, de fecha 12 de febrero de 2010⁵. Sin perjuicio de ello, dicha licitación nunca se llevó a cabo, puesto que, tal como se expuso anteriormente, los referidos contenedores fueron

³ Detalle adquisición de contenedores marca Helesi: 130 MGB 770 litros, 80 de MGB de 240 litros, 200 MGB de 240 litros, 10.830 MGB de 120 litros.

⁴ Detalle adquisición de contenedores marca Helesi, de acuerdo a nota de pedido de SECPLAN por 10.315 contenedores MGB de 120 litros.

⁵ En dicho Ord. se observaron disconformidades referidas a: incumplimiento del plazo, cronograma del proceso, criterios de evaluación, experiencia, discrecionalidad y renuncia anticipada de acciones.

finalmente incluidos como un ítem de la licitación de equipamiento Recreativo - Deportivo ID N° 2295-109-LP11, singularizada previamente.

I.2. Antecedentes recabados por esta Fiscalía

9. Para constatar la efectividad de los hechos denunciados, esta Fiscalía envió oficio a la Municipalidad de Talca, requiriendo toda la documentación relacionada con la licitación cuestionada. Por Oficio Ord. N° 0764, de 3 de abril de 2012, el Sr. Alcalde evacuó respuesta señalando que en la licitación ID N° 2295-14-LP10, denominada "Concesión del servicio de recolección de residuos sólidos domiciliarios y/o asimilables de la Comuna de Talca", publicada el 12 de febrero de 2010, la Municipalidad consideró en varias de las respuestas del archivo denominado "Aclaración y respuesta a consultas N° 5", que la provisión de contenedores sería parte de otra licitación.

10. Por otro lado, la entidad edilicia justificó su decisión de incluir los contenedores en la licitación ID N° 2295-109-LP11, denominada "Mobiliario para equipamiento urbano-recreativo-deportivo"⁶, en la necesidad de contar con los referidos contenedores a efectos de evitar el incumplimiento del contrato celebrado para la "Concesión del servicio de recolección de residuos domiciliarios y/o asimilables de la Comuna de Talca". En efecto, señala que el contrato en cuestión habría comprendido un plazo de 6 meses para implementar el 100% de los servicios establecidos en el mismo, y dentro de dicho plazo la Municipalidad habría tenido que cumplir con la entrega de los contenedores⁷.

⁶ La licitación ID N° 2295-109-LP11 denominada: "Contrato de proveedores para mobiliario y equipamiento urbano-recreativo-deportivo, para la I. Municipalidad de Talca", fue adjudicada por el Concejo Municipal, en sesión ordinaria del 7 de diciembre de 2011, mediante Decreto Alcaldicio N° 7518, de fecha 13 de diciembre de 2011, complementado mediante Decreto Alcaldicio N° 7588, de fecha 16 de diciembre de 2012.

⁷ El plazo de seis meses habría comenzado a computarse con fecha 9 de septiembre de 2011, fecha del Decreto Alcaldicio N° 5544, mediante el cual se complementó lo establecido por el Decreto Alcaldicio N° 5463 de fecha 5 de septiembre de 2011, a través del cual se adjudicó la licitación respectiva.

11. En este sentido, en su respuesta la Municipalidad afirma que las únicas alternativas con que contaba para adquirir los contenedores, y de ese modo evitar incumplir con el contrato antes referido, habrían sido las siguientes: a) la suscripción de un convenio marco de mercado público; b) la adquisición a través de la línea N°23 "Otros relacionados", de la licitación 2295-109-LP11; c) el desarrollo de una nueva licitación por las líneas de productos declaradas desiertas en el Portal de Mercado Público; ó, d) en su defecto, su adquisición a través de trato directo.

12. Agregó que a la hora de adoptar la decisión definitiva se descartó la alternativa del convenio marco, en consideración a los elevados precios de los productos requeridos y se desestimó tanto la posibilidad de una nueva licitación, como la de la adquisición a través de trato directo, atendida la extensión de los plazos involucrados bajo esas modalidades. De esta forma, indicó que sólo habría quedado disponible la alternativa de adquirir los contenedores mediante la línea de producto N°23, para la cual se adjudicaron dos ofertas que permitieron hacer la compra del producto relacionado a través de ellos, siendo una de dichas adjudicatarias la empresa Dekolor.

13. Por último, es necesario hacer presente que se ha tomado conocimiento de que Contraloría General de la República (en adelante e indistintamente "CGR"), con fecha 27 de septiembre de 2012, emitió el Informe de Investigación Especial N°8/2012⁸, relativo a la I. Municipalidad de Talca y referido precisamente a la misma licitación pública ID N° 2295-109-LP11, que el denunciante cuestiona en esta sede. Dicho informe, en similares términos a la denuncia presentada, se refiere justamente a que la I. Municipalidad de Talca *"...tras declarar desierta la línea de producto N°21, relativa a "Contenedores", se procedió a adjudicar tal partida a la empresa Comercial e*

⁸ "Informe de Investigación Especial relativo a denuncia sobre presuntas irregularidades en Licitación ID 2295-109-LP11 denominada "Mobiliario y Equipamiento Urbano-Recreativo-Deportivo" de la Municipalidad de Talca. REF. N°72.065/2012 ("Informe Contraloría").

*Industrial Dekolor Limitada (...) por lo que solicitan se investigue la existencia de un eventual sobreprecio en el pago de tal producto*⁹.

14. El referido informe terminó con la constatación de irregularidades en dicho proceso licitatorio y del pago de un sobreprecio por los referidos contenedores, ordenando a la I. Municipalidad de Talca adoptar las medidas correctivas en los futuros procesos licitatorios, entre ellas la de haberse pagado un sobreprecio por los contenedores¹⁰, y ordenando se instruya un sumario administrativo para determinar las responsabilidades de los funcionarios municipales en relación a las irregularidades detectadas¹¹.

II. MERCADO RELEVANTE

15. En el caso analizado se considerará como mercado relevante el proceso de Licitación mismo, dado que, como lo ha establecido el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("TDLC") en su Sentencia N°112/2011¹², en un proceso de licitación, el mercado relevante, las barreras a la entrada a éste y el poder de negociación de quienes participan en él, quedan determinados por las bases del concurso y la regulación vigente.
16. De esta forma, se entenderá como mercado relevante el conformado por la licitación de contenedores, pero en el contexto del proceso caratulado como "Contrato de Proveedores para Mobiliario y Equipamiento Urbano-Recreativo-Deportivo, para la I. Municipalidad de Talca".

⁹ Informe Contraloría, "Antecedentes", punto a).

¹⁰ Aunque "no significativo", de acuerdo a lo que pudo constatar la Contraloría. Informe Contraloría, "Conclusiones", punto 2.

¹¹ Informe Contraloría, "Conclusiones", parte final.

¹² Sentencia Rol C194-09, caratulado "Requerimiento de la FNE contra Radio Valparaíso Ltda. y Otros", de fecha 22 de junio de 2011, considerando cuadragésimo quinto.

17. Respecto del mercado relevante geográfico, este sería la comuna de Talca debido a que el proceso de licitación y la provisión de contenedores se circunscribe a dicha comuna.
18. En particular, los productos licitados corresponden a 11.240 contenedores, los que significaron un costo de \$349.988.520 para la I. Municipalidad de Talca, y cuyo detalle se presenta en la tabla N°1 siguiente:

Tabla N°1: Cantidad y valor de contenedores licitados

Cantidad de Contenedores	Tipo de Contenedores (litros)	Valor Unitario Contenedor (sin IVA)	Total
200	240	24.570	4.914.000
10.830	120	24.050	260.461.500
80	770	121.500	9.720.000
130	1000	146.250	19.012.500
Total Neto			294.108.000
IVA			55.880.520
Total			349.988.520

Fuente: Elaboración propia en base a información proporcionada por I. Municipalidad de Talca a esta Fiscalía.

III. ANÁLISIS DE LA DENUNCIA

19. De acuerdo a lo expuesto, se ha podido constatar que los hechos denunciados constituirían *prima facie* una vulneración de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, así como de su reglamento respectivo. En efecto, así lo indicó la CGR, organismo que señaló: *"Luego, ha sido improcedente cotizar y adquirir los referidos contenedores, en asimilación a la línea de producto N°23, toda vez que como se indicó, ella se refiere a productos no incluidos en el precitado punto 2.1. (...) La situación antedicha implica una vulneración a los artículos 5° de la ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios y 9° del decreto N°250, de 2004, del Ministerio de*

Hacienda (...), toda vez que, sin justificación suficiente, se incumple el deber de los órganos de la Administración del Estado (...) de realizar sus contrataciones a través de procedimientos de licitación pública, y asimismo, contraviene el principio de libre concurrencia...¹³.

20. Como se puede apreciar, el actuar de la CGR, ejerciendo una fiscalización de los actos municipales *a posteriori*, es uno de los controles¹⁴ que la normativa de compras públicas contempla para velar por su adecuado cumplimiento, existiendo, por tanto, importantes controles al proceso de otorgamiento de concesiones municipales y contratación de servicios. En efecto, la Contraloría no solo realiza un control de mérito de los actos de los Municipios, sino que también de juridicidad de los mismos, con lo que se resguarda indirectamente que los procesos de licitación de las concesiones utilicen criterios objetivos, transparentes, imparciales y se ajusten a la legislación¹⁵.
21. En dicho sentido, se advierte que el actuar de la I. Municipalidad de Talca, esto es, la adjudicación de los contenedores a través de la línea de producto N° 23 "Otros relacionados", sin llamar a una nueva licitación pública, es un asunto referido directamente a la legalidad de la compra, propio del ámbito de control de la CGR. A mayor abundamiento, este organismo ya emitió un pronunciamiento al respecto, detectando irregularidades en la referida licitación y ordenando la instrucción de un sumario interno en dicha Municipalidad.
22. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que, relacionado a los mismos hechos denunciados, la CGR realizó un análisis pormenorizado de la referida

¹³ "Informe Contraloría", Análisis, punto 1.

¹⁴ La institucionalidad también contempla controles a través del Portal Mercado Público, del Tribunal de Contratación Pública y de la Dirección de Compras y Contratación Pública.

¹⁵ En ejercicio de la mencionada facultad, con fecha 12 de enero de 2011, la Contraloría emitió el Dictamen N° 2.072, en el que establece que *"actualmente el procedimiento de otorgamiento de las concesiones para la prestación de servicios por las Municipalidades, debe, necesariamente, someterse al sistema regulado por la ley N° 19.886 y sus Reglamentos"*.

licitación y del precio pagado por los contenedores en la misma, concluyendo que el mismo no sería mayormente diferente a aquel obtenido normalmente en licitaciones similares, que comparó a modo referencial. En efecto, en la sección *"Del sobreprecio en la adquisición de contenedores"*¹⁶, la CGR *"...determinó la existencia de un valor superior al precio referencial en la adquisición de uno de los cuatro tipo de contenedores, específicamente en el recipiente de ciento veinte litros de capacidad, sin embargo, efectuado el análisis desde el punto de vista del total de contrato no se advierte un sobreprecio significativo en la compra de los referidos bienes"*¹⁷.

23. Por lo mismo, teniendo en cuenta la serie de controles que actualmente contempla la normativa de compras públicas y atendido que ya existe un organismo público que conoció de la misma conducta y emitió un pronunciamiento al respecto, esta División no advierte, de acuerdo a las circunstancias y antecedentes de este caso particular, que más allá de las eventuales irregularidades legales de que ha adolecido el proceso y que ya fueron constatadas, sea necesario además iniciar, en este caso específico, una investigación en el ámbito propio del Decreto Ley N°211¹⁸.

IV. CONCLUSIONES

24. De acuerdo a lo expuesto, en primer término, se advierte que la conducta denunciada constituiría una vulneración de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, así como de su reglamento respectivo, según consta en un pronunciamiento de CGR al respecto, en uso de sus facultades legales y en el marco de uno de los varios

¹⁶ Informe Contraloría, "Análisis", punto 2.

¹⁷ Informe Contraloría, "Conclusiones", punto 2. Énfasis agregado.

¹⁸ Ello sin perjuicio de que esta Fiscalía, en el ámbito de sus atribuciones legales, pueda iniciar investigaciones para detectar infracciones al Decreto Ley N°211 y ejercer las demás facultades que le concede la Ley, con independencia de los eventuales pronunciamientos de otros organismos públicos. A dicho respecto, nos remitimos a lo señalado en el documento de la FNE "Sector Público y Libre Competencia", disponible en <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/Guia-final-sector-publico.pdf>.

controles que la normativa de compras públicas contempla para velar por su adecuado cumplimiento.

25. En dicho sentido, se estima que, más allá de las irregularidades legales del proceso licitatorio en que recayó la denuncia formulada, constatadas por la CGR, no existe necesidad de iniciar además una investigación en el ámbito propio del Decreto Ley N°211, de acuerdo a las circunstancias y antecedentes de este caso específico.
26. Por lo anterior, se recomienda al señor Fiscal - salvo su mejor parecer - decretar el archivo de los antecedentes.

Saluda atentamente a usted,



RONALDO BRUNA VILLENA
JEFE DIVISIÓN DE INVESTIGACIONES

MZP