

Santiago, 4 ABR 2013

VISTOS:

- 1) La denuncia de fecha 4 de abril de 2011 por parte de Proactiva Servicios Urbanos S.A. (en adelante, "**Proactiva**") en contra de la I. Municipalidad de Maipú (en adelante, indistintamente, "**Municipalidad**"), en relación a las Bases de Licitación Pública para la concesión del "Servicio de Disposición Final de Residuos Sólidos Domiciliarios y Asimilables, Comuna de Maipú" (en adelante, "**Bases de Licitación**");
- 2) La presentación de fecha 23 de junio de 2011 de la I. Municipalidad de Maipú ante esta Fiscalía, solicitando pronunciamiento respecto del incremento de los precios ofertados por el adjudicatario de la concesión del Servicio de Disposición Final de Residuos Sólidos Domiciliarios y Asimilables para la comuna de Maipú;
- 3) El Informe de Archivo de la División de Investigaciones de fecha 27 de marzo de 2013;
- 4) Lo dispuesto en los artículos 1, 2, 3, 39 y 41 del Decreto Ley N° 211 ("DL 211"); y,

CONSIDERANDO:

- 1) Que, con fecha 4 de abril de 2011, el gerente general de Proactiva indicó que las Bases de Licitación, pese a haber sido informadas favorablemente por esta Fiscalía mediante el Ord. N° 0441 de fecha 21 de marzo de 2011, contenían exigencias que impedían una abierta y libre competencia;
- 2) Que, con fecha 23 de junio de 2011, la I. Municipalidad de Maipú solicitó a esta Fiscalía pronunciarse respecto al incremento en los precios ofertados por el adjudicatario de la referida licitación, KDM S.A. (en adelante, simplemente "**KDM**"), con el fin de establecer si correspondían a un hecho atentatorio a la libre competencia;
- 3) Que en atención a lo expuesto por Proactiva en su denuncia, esta Fiscalía analizó, en primer término y desde el punto de vista de la libre competencia, si la Municipalidad había incurrido en la supuesta arbitrariedad reclamada por la denunciante, al exigir en las Bases de Licitación que los oferentes contaran con las resoluciones sanitarias y de calificación ambiental respectivas (en adelante, "**RCA**"), y, según fuere el caso, que otorgasen garantías por las obras faltantes a que se refieren las mismas;
- 4) Que, al respecto, es preciso considerar que la propia Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, en sus artículos 4, letra b), y 5, letra k), faculta a las municipalidades para actuar directamente o en colaboración con otros organismos del Estado en la protección del medio ambiente;

- 5) Que, bajo esta perspectiva, el que la Municipalidad hubiere exigido a los oferentes cumplir con las respectivas RCA para participar en el proceso licitatorio, y establecer garantías en el caso de existir obras faltantes referidas a las mismas, no puede calificarse como una medida contraria a las funciones de la Municipalidad. Por lo demás, los requerimientos y condiciones con las que debe cumplir cada empresa para obtener las RCA, son fijadas por la autoridad competente, por lo que tampoco tuvo la Municipalidad oportunidad de intervención en ello;
- 6) Que, a mayor abundamiento, el establecimiento de las garantías para el caso de existir obras faltantes fue un requisito exigido a todos los potenciales participantes del proceso licitatorio, sin excepción;
- 7) Que a juicio de esta Fiscalía, el que la Municipalidad hubiere aceptado la participación de empresas que, aún sin contar con las RCA respectivas al tiempo de la presentación de su oferta, dieran garantía del cumplimiento de las obras faltantes en un período de tiempo acotado, más allá de limitar a los oferentes, debió haber tenido necesariamente un efecto positivo, desde que pudieron participar aquellas que aún no las obtenían;
- 8) Que, por otro lado, si bien en un comienzo podría no haberse tenido certeza sobre el monto en base al cual se calcularía la garantía que debía entregarse¹, durante el proceso de consultas y respuestas se aclaró este punto. Así, con fecha 21 de abril de 2012, se señaló que la valoración de las obras faltantes o inconclusas se calcularía sobre las estimaciones que las mismas empresas habían entregado en sus RCA. De esta forma, el monto de las garantías se relacionaría con lo que la propia empresa había informado, no observándose en ello un impedimento para participar en la licitación;
- 9) Que, en relación al hecho que las Bases de Licitación hayan contenido cláusulas que otorgaban arbitrariedad a la actuación de la Municipalidad, el Tribunal de Compras Públicas, en el sentencia Rol N° 59-2011, rechazó en todas sus partes la impugnación interpuesta por Proactiva sobre los mismos hechos que motivaron la denuncia ante esta Fiscalía, determinando la inexistencia de arbitrariedad en la actuación de la Municipalidad de Maipú;
- 10) Que respecto de la solicitud de la Municipalidad, se analizó el posible abuso en que habría incurrido KDM, pues si se comparaba los precios de la Licitación objeto de este análisis, con aquellos vigentes en el contrato previo con la misma Municipalidad, resultaban ser los primeros mucho más altos que los segundos;
- 11) Que revisados los antecedentes por esta Fiscalía, efectivamente los precios ofrecidos por KDM en el proceso de licitación en cuestión fueron mayores a los que estaban vigentes previamente. No obstante, la misma política de precios pudo ser corroborada en el nuevo contrato entre KDM y la I. Municipalidad de Huechuraba, donde también se produjo un alza en relación al contrato previo entre las mismas partes. El inicio en la prestación de servicios de KDM en la comuna de Huechuraba, se produjo en la misma fecha que en el caso de Maipú;

¹ Las Bases de Licitación indicaban que la garantía por obras faltantes o inconclusas debía ser equivalente al 40% de las mismas.

- 12) Que, de igual modo, la diferencia de precios existente entre el nuevo contrato de concesión de Maipú y el nuevo de la I. Municipalidad de Huechuraba, se explica por el tonelaje de residuos sólidos domiciliarios involucrados. En dicho sentido, el monto que terminó pagando la I. Municipalidad de Maipú fue significativamente menor que aquel de la I. Municipalidad de Huechuraba;
- 13) Que, por tanto, y de acuerdo al análisis efectuado por esta Fiscalía, no se aprecia en la especie la existencia de hechos, actos o convenciones que impidan restrinjan o entorpezcan la libre competencia, o que tiendan a producir dichos efectos, en los términos del DL 211;
- 14) Que, por último, puede el denunciante, si lo estima pertinente, ejercer las acciones respectivas ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

RESUELVO:

1°.- **ARCHÍVESE** la investigación Rol 1876-11 FNE, sin perjuicio de la facultad de esta Fiscalía de velar permanentemente por la libre competencia en los mercados.

2°.- **ANÓTESE y COMUNÍQUESE.**

Rol N° 1876-11 FNE (A)


F. Irarrázabal Philippi
FELIPE IRARRÁZABAL PHILIPPI
FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

GLV