

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

RESOLUCION N° 7 / 2005

SANTIAGO, treinta de mayo de dos mil cinco.

PROCEDIMIENTO: NO CONTENCIOSO
ROL: N° 33-04
CONSULTANTE: ECOSIDER S.A.
OBJETO: CONSULTA SOBRE BASES DE LICITACIÓN DE RESIDUOS SÓLIDOS Y OTROS DE LA I. MUNICIPALIDAD DE SAN FERNANDO.

CONTENIDO:

- I) VISTOS.
 - 1.- ANTECEDENTES
 - 2.- PARTES INTERVIENIENTES
 - 3.- CONSULTA
 - 4.- ARGUMENTACIONES Y CONCLUSIONES PRESENTADAS EN EL EXPEDIENTE
- II) CONSIDERANDOS.
- III) RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL.

I) VISTOS:

1.- ANTECEDENTES.

A fs. 46 Ecosider S.A., en adelante también Ecosider, solicita que este Tribunal adopte ciertas medidas en relación con los hechos que da cuenta y que dicen relación con la existencia de cláusulas que afectarían la libre competencia en las Bases de Licitación de residuos sólidos y otros servicios elaboradas por la I. Municipalidad de San Fernando, para el contrato a regir a contar del mes de agosto de 2005.

A fs. 67 Starco S.A. aporta antecedentes a esta consulta.

A fs. 70 Demarco S.A. aporta antecedentes a esta consulta.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

A fs. 73 la Fiscalía Nacional Económica aporta los antecedentes que se indicarán.

2.- PARTES INTERVINIENTES.

Consultante: Ecosider S.A.

Otros intervinientes: Starco S.A., Demarco S.A. y la Fiscalía Nacional Económica.

3.- CONSULTA.

A fs. 46 la consultante señala que, por escritura pública de 8 de abril de 2003, se constituyó la sociedad Ecosider S.A., cuyo extracto se inscribió en el Registro de Comercio del mismo año y se publicó en el Diario Oficial del 16 de abril de 2003.

Los actuales socios de dicha sociedad son la sociedad Tubosider América Latina S.A., con un 33% de su capital social, y las sociedades italianas AMA S.P.A., con otro 33%, y AIAT S.P.A., con un 34% del mismo. Las dos últimas sociedades son de propiedad y dependen de las Municipalidades de Roma y Turín, respectivamente, y su objeto social es, precisamente, la recolección, transporte, manejo y disposición final de los residuos domiciliarios e industriales de ambas ciudades, como así también de otras, en cuyas licitaciones han participado, como El Cairo, Teherán y San Salvador. A su vez, Tubosider América Latina S.A. es una sociedad chilena, de capitales italianos, presente en nuestro país desde 1997 y cuyo giro es la infraestructura vial, especialmente la provisión de barreras camineras, revestimiento de túneles, tubos corrugados, barreras acústicas, señalética computacional y otros.

Antecedentes específicos que motivan la presentación:

Que a Ecosider S.A., en el hecho, se le ha impedido por la I. Municipalidad de San Fernando participar en la Licitación Pública denominada "Concesión municipal del servicio de recolección y transporte de residuos sólidos, limpieza de calles y disposición final en relleno sanitario, comuna de San Fernando", al tenor de las "Bases Administrativas Generales" que al efecto dictó el Municipio en septiembre de 2004.

En efecto, según la consultante:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.1. En el punto 3.1 de estas bases, se particulariza quienes son los oferentes que pueden participar en la mencionada licitación: "*Cualquier persona natural o jurídica que tenga iniciación de actividades vigente sobre el rubro objeto de esta licitación, cuyo capital propio sea igual o superior a 160.000 unidades de fomento y que posea 8 contratos vigentes en Chile, con a lo menos 3 años de experiencia*". Ello se reitera en el aviso que la I. Municipalidad de San Fernando publicó al efecto en el Diario El Mercurio de Santiago el día 5 de septiembre de 2004.

En el hecho, ello significa lisa y llanamente una limitación de los oferentes, ya que no son muchos aquellos que pueden disponer de un capital propio de más de \$2.700.000.000. Concretamente, sólo podrían cumplir con este requisito las sociedades relacionadas STARCO S.A. y DEMARCO S.A., además de COINCA S.A.

A este respecto, no deja de ser decidor que la actual concesionaria municipal del servicio de recolección y transporte de residuos sólidos, limpieza de calles y disposición final en relleno sanitario, en la comuna de San Fernando, sea STARCO S.A..

Pero, además, con la exigencia de que los oferentes posean ocho contratos vigentes en Chile y tres años de experiencia como mínimo, se le restringe el acceso a ECOSIDER pura y simplemente por la circunstancia de ser una sociedad constituida el año 2003, esto es, para el criterio de dicho municipio, no se acepta una sociedad que pretende incorporarse al mercado de recolección, transporte, manejo y disposición final de residuos domiciliarios, con todo el *know how*, adelantos técnicos e innovativos en materia de procedimientos que es dable suponer que ella trae al mercado nacional, dada la calidad de sus socios, pero que se ve impedida para ello, únicamente por esa condición.

3.2. Que, además, el punto 4 de las mismas Bases, titulado "DE LA PRESENTACIÓN DE LAS OFERTAS", establece que éstas deben presentarse en tres sobres, uno de los cuales, el signado con el N° 1, debe contener los "Documentos Anexos", individualizados, a su vez, en el punto 4.2, entre los cuales se cuenta el contenido en su letra "m": "*Contrato de arrendamiento del relleno sanitario o Resolución de Calificación Ambiental en el caso que el Proponente sea el propietario de este relleno, por un período mínimo igual o superior al plazo de*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

duración de la presente licitación, además debe contar con la autorización de funcionamiento del Servicio de Salud y debe estar operando”.

Al contemplar esta exigencia, nuevamente se está favoreciendo a las citadas empresas, ya que COINCA S.A. es concesionaria del relleno sanitario de “La Yesca”, en tanto que STARCO S.A. y DEMARCO S.A. operan, a través de su relacionada, Relleno Sanitario del Maule S.A., un relleno sanitario en la comuna de Teno.

Por otra parte, esta exigencia limita, una vez más, la posibilidad de participar a empresas que, teniendo las autorizaciones ambientales correspondientes, aún no estén operando el respectivo relleno; más aún si se toma en consideración la circunstancia de que, dado que el inicio de los servicios de la licitación está fijado para el 1º de agosto de 2005, esto es, en un año más, es perfectamente factible que durante este lapso se pueda construir un relleno que cuente con los permisos ambientales correspondientes para dicha fecha, incluyendo el inicio de los trámites para un Estudio de Impacto Ambiental.

3.3. En lo que respecta a la duración de los servicios, el numeral 3.3 de las “BASES ADMINISTRATIVAS GENERALES”, señala textualmente que *“Este contrato podrá ser renovado por períodos iguales y sucesivos de común acuerdo entre las partes, previa solicitud por escrito del Concesionario dentro de los seis meses anteriores al término del mismo. En esta oportunidad se evaluarán las condiciones económicas, pudiendo ampliarse el valor de la oferta de común acuerdo”.* A este respecto, existe abundante jurisprudencia de las antiguas Comisiones Resolutiva y Preventivas, en cuanto que una cláusula como la de este tipo atenta contra lo dispuesto en el Decreto Ley N° 211, ya que en virtud de su aplicación las partes pueden extender la duración de la concesión indefinidamente, en tanto las bases no contemplen límite alguno con respecto al número de ocasiones en que podría efectuarse la renovación del contrato, constituyendo esta situación una barrera de entrada para empresas dedicadas al rubro, ya que en la medida que se pacten estas renovaciones se impedirá la convocatoria a nuevas licitaciones públicas.

3.4. En el inciso segundo del Punto 5.2, que lleva por título “PROCESO DE ADJUDICACIÓN”, se deja establecido que *“El Alcalde podrá rechazar todas las ofertas...”*, facultad discrecional que ha sido ampliamente rechazada por diversos dictámenes de la antigua Comisión Preventiva Central.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En resumen, debido a todas estas circunstancias la gran mayoría de las empresas que se dedican al rubro, se vieron imposibilitadas de participar en la licitación pública, materia de esta consulta.

La consultante funda su solicitud en los siguientes argumentos de Derecho:

La situación descrita anteriormente está discriminando abierta y arbitrariamente en contra de Ecosider S.A., vulnerando las normas que rigen la libre competencia, alterándola, al establecer una verdadera barrera para que puedan ingresar al mercado nuevas empresas competidoras; constituyendo ello un abuso de una situación monopólica e impidiendo el juego de la libre competencia.

Solicita pronunciarse acerca de las exigencias contenidas en las “BASES ADMINISTRATIVAS GENERALES”, por las que se ha reglado la licitación pública a que ha llamado la I. Municipalidad de San Fernando, y se fijen las condiciones que deberán ser cumplidas en este acto jurídico.

Solicita se adopte una o todas de las siguientes medidas:

- a) Resolver si los actos denunciados infringen las disposiciones del Decreto Ley N° 211.
- b) Resolver si las exigencias contenidas en los puntos 3.1, 4.2, 3.3 y 5.2 de la Propuesta Pública a que ha llamado la I. Municipalidad de San Fernando alteran o pueden alterar la libre competencia.
- c) En relación con lo expuesto en el numeral anterior, proponer, desde ya, los medios necesarios para corregir toda situación que pudiera alterar el juego de la libre competencia, como lo faculta del Decreto Ley N° 211.
- d) Requerir de la Fiscalía Nacional Económica la investigación de los actos referidos en la letra b) anterior, a fin de determinar si ellos son contrarios a la libre competencia.

Elementos probatorios e ilustrativos aportados por la consultante:

1. Copia de las Bases Administrativas Generales.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2. Copia del documento denominado Aclaración a las Bases Administrativas Generales.
3. Dos cartas dirigidas por el gerente de Ecosider al Secplan (Secretaría Comunal de Planificación) de la I. Municipalidad de San Fernando, que contienen las aclaraciones de las bases.

A fs. 62, este Tribunal da inicio al procedimiento de consulta y ordena notificar a la Fiscalía Nacional Económica, a la I. Municipalidad de San Fernando, y a las sociedades STARCO S.A. y DEMARCO S.A., a fin de que aporten antecedentes.

4. ARGUMENTOS Y CONCLUSIONES PRESENTADAS EN EL EXPEDIENTE POR LOS INTERVINIENTES.

A fs. 67, STARCO S.A., con fecha 2 de noviembre de 2004, aporta los siguientes antecedentes:

- a) Señala ser una sociedad anónima, cuyos accionistas son Urbaser y Kemboure.
- b) Actualmente se encuentra prestando el servicio de concesión municipal del servicio de recolección y transporte de residuos sólidos, limpieza de calles y disposición final en el relleno sanitario comuna de San Fernando.
- c) Con fecha 5 de septiembre de 2004, a través de una publicación en el Diario El Mercurio, la I. Municipalidad de San Fernando llamó a la licitación pública, ya referida en el proceso, habiendo comprado las bases de licitación cuatro empresas.
- d) Luego de estudiar los antecedentes de la licitación y pese a que se le adeuda por servicios prestados del contrato aún vigente, una cantidad superior a los 600 millones de pesos, resolvió participar presentando una oferta por la suma de \$49.914.000.
- e) La oferta presentada por la empresa STARCO S.A. se ajustó a las bases de licitación, las que no difieren mucho de las licitaciones de esta materia en el resto de las Municipalidades del país. Entiende que las bases de licitación de estos servicios se elaboran sobre otras bases de licitación, además de licitaciones

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

anteriores y que, en general, las bases de licitación de una y otra Municipalidad se van mejorando conforme a la experiencia de los contratos.

f) En el proceso de licitación, STARCO S.A., de acuerdo a lo estipulado en las Bases Administrativas con fecha 14 de septiembre, al igual que los otros oferentes, efectuó consulta y aclaraciones que fueron debidamente absueltas por el Municipio.

En relación con la presentación de la empresa ECOSIDER, aún cuando es materia propia de la I. Municipalidad, efectúa los siguientes comentarios:

a) En cuanto a que en los hechos no se le haya permitido participar a Ecosider, por haberse exigido a las empresas oferentes un capital superior a las 160.000 unidades de fomento, indica que en toda licitación pública de importancia se exige a los oferentes un capital mínimo. Es más, como es sabido, en el Reglamento para Contratos de Obras Públicas, dependiendo de la magnitud de la obra, solamente se permite participar a aquellas empresas que se encuentran inscritas en determinadas categorías, para cuyos efectos es necesario acreditar un capital mínimo conforme a la inversión. En este mismo sentido, un capital de 160.000 unidades de fomento, objetivamente hoy día no se presenta como un gran capital para una empresa que pretende otorgar los servicios de recolección y transporte de residuos sólidos, limpieza de calles y disposición final en el relleno sanitario de la comuna de San Fernando.

b) En cuanto a la experiencia, en el sentido de exigirse a lo menos ocho contratos vigentes con tres años de experiencia, una vez más le resulta una exigencia absolutamente normal, dada la especialidad del giro y el tamaño de la comuna de San Fernando.

c) En cuanto a la exigencia de contrato de arrendamiento o resolución ambiental para administrar un relleno sanitario por el período del contrato, entiende que, para poder otorgar el servicio de disposición de basura, debe contarse con un lugar donde disponer y tratar, ya sea propio o arrendado, y que es una exigencia de todas las licitaciones públicas en las que participa STARCO.

d) En cuanto a la eventual renovación del contrato, debe indicarse que algunas licitaciones públicas permiten las renovaciones de los contratos y, en otros casos, no se permite. Sin embargo, en las bases de licitación en cuestión queda claro que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

debe existir un interés del concesionario y siempre será de común acuerdo con la Municipalidad la renovación, de manera tal que basta que el Consejo Municipal resuelva no renovar para que ella no se produzca.

e) Por último, en cuanto a la discrecionalidad del Municipio de San Fernando para rechazar todas las ofertas en la licitación, señala que estima que el rechazar todas las ofertas o declarar desierta la propuesta siempre debiera ser por causales y motivos fundados.

A fs. 70, DEMARCO S.A., con fecha 2 de noviembre de 2004 aporta antecedentes y señala:

a) Es una empresa dedicada al giro de recolección, transporte y disposición de basuras en vertederos o rellenos sanitarios desde hace más de 20 años, siendo una filial del grupo internacional Dragados a través de Urbaser.

b) De este modo, en el mes de septiembre pasado participó en la propuesta pública de San Fernando, relativa a la recolección de basura y disposición en rellenos sanitarios.

c) Conforme a las bases, presentaron una oferta económica ascendente a \$56.914.000.- por el servicio mensual, la que no fue aceptada.

d) Por último, no obstante que no se les adjudicó la licitación, señala que no comparte el criterio de ECOSIDER, dado que, como empresa, pudo participar libremente conforme a las bases que se utilizan en la mayoría de las Municipalidades del país. No se hará cargo de las eventuales infracciones a la legislación citada, por no ser parte interesada y en definitiva estimar que es materia propia de la I. Municipalidad de San Fernando.

A fs. 73 informa la Fiscalía Nacional Económica (FNE), en los siguientes términos:

a) En materia de recolección de residuos sólidos y disposición final de los mismos, desde que se emitiera el Dictamen N° 995, de 23 de diciembre de 1996, de la Comisión Preventiva Central, los órganos de defensa de la competencia han venido dando distintas pautas con el objeto de asegurar la libre competencia en el mercado de la recolección, acopio y disposición final de residuos sólidos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

b) Debe recordarse que el Dictamen N° 995, luego de pronunciarse sobre la situación del mercado de la basura y constatar la forma de cómo se encontraba estructurado a la época de sus dictación, recomendó que en el futuro las bases de las licitaciones públicas para la concesión de este servicio fueran consultadas previamente por las municipalidades a la Comisiones Preventivas respectivas, consulta que hoy debe hacerse a este Tribunal.

c) Si bien no se ha cumplido por todas las municipalidades con esta recomendación, como es el caso de la licitación a que ha llamado la I Municipalidad de San Fernando, muchas sí lo hicieron y consultaron previamente; en otros casos fueron reclamos contra las bases las que provocaron la intervención de los órganos de la libre competencia y sus pronunciamientos dieron forma a una uniforme jurisprudencia que estableció criterios generales para garantizar igualdad de trato a todos los oferentes y resguardar la libre concurrencia de los diferentes actores o agentes al mercado de los servicios de recolección, acopio y disposición final de residuos.

d) Es así como, a partir de distintos casos analizados, se han establecido principios tales como la libre concurrencia o no discriminación, por el que se pretende asegurar el libre acceso a estos concursos de modo de impedir que el licitante imponga condiciones restrictivas que impidan o entorpezcan dicho acceso. También se ha estimado necesario resguardar la igualdad de trato de todos los oferentes, en el sentido de prevenir a los licitantes que no establezcan cláusulas discriminatorias, ni beneficien con su comportamiento a uno de los proponentes en perjuicio de los demás.

e) Analizando ahora el contenido de la consulta y las bases de que se trata, es opinión de la FNE que ellas contienen cláusulas que podrían restringir el libre acceso a este concurso. Por ejemplo, limitar la participación en esta licitación sólo a empresas que posean un capital igual o superior a 160.000 unidades de fomento, que además posean ocho contratos vigentes y que a lo menos tengan tres años de experiencia en el rubro, podría constituir una barrera a la entrada que restringe la participación a un reducido número de empresas dedicadas a esta actividad.

f) La información que posee la FNE, producto de una reciente investigación sobre las empresas que participan en este mercado, señala que en la Región Metropolitana, de las 45 empresas con contratos en este rubro, sólo cuatro poseen

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

más de ocho contratos. Ellas son STARCO, ENASA, CASINO y DEMARCO. Si a ello se agrega que de la investigación efectuada resulta que STARCO y DEMARCO tienen un controlador común como es Urbaser; que en ambos casos posee el 50% de las acciones, y Raygar Internat con un 40% en el primer caso y con un 10% en el segundo; y que además tienen un mismo administrador, que para el caso es V. Sánchez Luco, como Presidente de ambos directorios, y el Sr. J.M. Cabrerizo como gerente general de ambas empresas, el mercado se reduce todavía más, es decir, sólo a tres, si se considera que ambas empresas están integradas en la forma señalada.

g) En relación con el requisito contenido en el punto 4.2 de las bases de licitación, que exige poseer o tener un contrato de arrendamiento con un relleno sanitario, debe tenerse presente que la Resolución N° 650 de la Comisión Resolutiva determinó que exigencias como ésta aparecen como un elemento distorsionador, que eventualmente puede constituir una barrera a la entrada de nuevos oferentes no vinculados a un relleno sanitario habilitado para la disposición final de residuos sólidos domiciliarios.

Esa misma resolución determina que el control de un agente de la etapa de tratamiento intermedio o de la disposición final, en términos económicos y del derecho de la competencia, constituye el control de un recurso esencial o estratégico para todos los mercados relacionados con el manejo y disposición de los residuos sólidos domiciliarios, por lo cual estimó necesario impartir una instrucción general acerca de la publicidad de sus tarifas. Por estas mismas razones, las personas naturales o jurídicas que tengan el control sobre una facilidad esencial, como las de la especie, deben otorgar acceso a las mismas a eventuales interesados, en condiciones objetivas, no discriminatorias y de general aplicación.

h) Finalmente, respecto del cronograma de la licitación el proceso, según las bases acompañadas, se inicia con su venta al licitante, la limita a sólo dos días, el 8 y 9 de septiembre. Si se considera que el contrato comenzará a regir el 1 de agosto de 2005, no parece justificado tan breve plazo para ello, más si se tiene presente que en todo llamado a licitación lo que se quiere es que concurra el mayor número de proponentes, de modo que el licitante tenga verdaderas alternativas donde elegir. Si a ello se agrega que se establece el día 14 del mismo mes para efectuar las consultas, el día 16 para su respuesta y el día 21 para la apertura de la licitación, un proceso que es de suyo complejo se verifica en sólo 14

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

días corridos, de los cuales 4 son inhábiles, los días 12, 17, 18 y 19 de septiembre, con lo cual queda reducido todo el proceso a sólo 10 días hábiles, contando el día sábado 11.

La Resolución N° 650, en cuanto se pronunció sobre una situación similar, expresó en su tercera consideración que un plazo tan breve no permitía razonablemente, considerando a una empresa que se inicia en este mercado, emprender los estudios y elaborar los proyectos necesarios para poder formular ofertas dentro del cronograma fijado.

Analizados así los antecedentes y teniendo presente lo expuesto, la FNE estima que en el llamado a licitación que efectuó la I. Municipalidad de San Fernando se vulneraron principios que se reconocen de la doctrina asentada de los organismos de la libre competencia.

II) CONSIDERANDOS:

Primero: Que este Tribunal, en razón de la consulta presentada por la empresa Ecosider S.A., deberá resolver si las cláusulas contenidas en los artículos 3.1, 3.3 4.2 y 5.2 de las bases de licitación para la concesión municipal del servicio de recolección y transporte de residuos sólidos, limpieza de calles y disposición final en relleno sanitario, de la comuna de San Fernando, elaboradas en el mes de septiembre de 2004, para tener efecto a contar del mes de agosto de 2005, atentan o no en contra de la libre competencia en el mercado de que se trata.

Para tales efectos, cabe tener presente en este análisis lo resuelto mediante Dictamen N° 995, de fecha 23 de diciembre de 1996, de la H. Comisión Preventiva Central, que se pronunció sobre la estructura existente a esa fecha en el mercado de la recolección, acopio y disposición final de residuos sólidos domiciliarios, habida cuenta de la posición relevante que ocupaban algunos actores que se señalan en dicho dictamen, entre otros, Starco S.A., actual operadora que presta servicios en la comuna de San Fernando, y Demarco S.A., empresas que compraron las bases y formularon ofertas en la licitación bajo consulta.

Segundo: Que las exigencias impuestas por la licitante a los oferentes, contenidas en los artículos 3.1. y 4.2., letra m, materia de la consulta, son:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 1) El capital propio mínimo exigido de 160.000 unidades de fomento;
- 2) La exigencia de experiencia anterior en el rubro de a lo menos tres años;
- 3) La exigencia de contar con ocho contratos vigentes en Chile; y,
- 4) Acreditar la existencia de un contrato de arrendamiento de relleno sanitario en su favor, o, en su caso, la vigencia de una resolución de calificación ambiental si el proponente es el propietario del relleno a ser utilizado, por un período mínimo igual o superior al plazo de duración de la licitación; la autorización de funcionamiento del mismo relleno del Servicio de Salud respectivo y, además, la exigencia de que debe estar operando dicho relleno sanitario.

Tercero: Que, asimismo, Ecosider objeta la fórmula de renovación del contrato establecida en el artículo 3.3 de las bases y también la que faculta al Alcalde para rechazar todas las ofertas, según consta en el artículo 5.2 de las mismas.

Cuarto: Que, analizando en particular cada uno de los requisitos reseñados en el considerando segundo, se puede concluir respecto del primero de ellos que, si bien es elevada la exigencia de un *capital propio mínimo de 160.000 unidades de fomento*, aisladamente considerada, no es suficiente para constituirse por sí misma en una barrera de entrada.

Quinto: Que, con respecto al requisito de *experiencia en el rubro de a lo menos tres años*, entendiendo que se refiere a experiencia tanto en el extranjero como en Chile y no existiendo antecedentes de que el Municipio lo haya limitado sólo al mercado nacional, tampoco puede constituir por sí solo una barrera de entrada.

Sexto: Que, en relación con la exigencia de *contar con ocho contratos vigentes en Chile*, este requisito aparece como innecesario, habida cuenta de la naturaleza de los servicios que se requieren, los que pueden ser prestados por actores que han operado en otros países, con experiencia fuera del mercado nacional. Que, a mayor abundamiento, la FNE en su informe de fs. 73, da cuenta que solamente cuatro empresas poseen más de ocho contratos vigentes en la Región Metropolitana, e incluso, tal conclusión se puede limitar a sólo tres actores independientes, ya que dos de aquellas, Starco S.A. y Demarco S.A. -empresas que informaron en estos autos- están relacionadas a través de un controlador común. Se puede entonces concluir que tal condición solamente puede cumplirse por un reducido número de competidores, siendo este requisito evidentemente constitutivo de una barrera de entrada efectiva al mercado.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Séptimo: Que, por último, en lo que atañe a la cláusula del artículo 4.2, letra m, cabe observar que, no obstante que su redacción es confusa y su interpretación puede llevar a equívocos, ella exige, por una parte, obtener un contrato de arrendamiento de un relleno sanitario, por un período mínimo igual o superior al plazo de duración de la licitación, o, en su caso, acreditar la propiedad sobre el relleno, incluyendo sus autorizaciones de funcionamiento. Sin embargo, además, exige que dicho relleno *“debe estar operando”*, agregado que limita aún más la presentación de ofertas por agentes económicos no vinculados a un relleno sanitario. Así las cosas, este último requisito, aún siendo considerado en forma aislada, constituye efectivamente una barrera de entrada.

Octavo: Que, a mayor abundamiento, la anterior conclusión coincide con lo ya resuelto con fecha 17 de mayo de 2002, mediante Resolución N° 650, de la H. Comisión Resolutiva, en un caso similar referido al contenido de las bases de una licitación, que dentro de sus fundamentos consideró que *“la exigencia impuesta al proponente de presentar un contrato o promesa que asegure la disposición final de los residuos del Municipio - Artículo 3° de las Bases Administrativas Especiales y acápite 3.8 de las Especificaciones Técnicas -, aparece como un elemento distorsionador que en esta caso pudo eventualmente constituir una barrera a la entrada de nuevos oferentes no vinculados a un relleno sanitario habilitado para la disposición final de residuos sólidos domiciliarios.”*.

Noveno: Que, concluyendo, las cláusulas antes descritas en los considerandos segundo, cuarto, quinto, sexto y séptimo precedentes, apreciadas en su conjunto y dentro del proceso de licitación bajo consulta, reducen innecesariamente el número de empresas que pueden participar en la licitación.

Décimo: Que, si algunas o todas estas cláusulas fueran replicadas por otras Municipalidades del país, la empresa consultante -como también otras empresas en similar situación- podría verse, en los hechos y atendidas las circunstancias del caso, en la imposibilidad de participar en el mercado, lo que constituiría una situación restrictiva de la libre competencia.

Undécimo: Que, con respecto a las cláusulas de los artículos 3.3 y 5.2, ya enunciadas en el considerando tercero, analizadas éstas en el contexto del proceso de licitación bajo consulta, no aparecen merecedoras de algún reproche en lo que atañe a sus efectos en el mercado. No obstante lo anterior, y de acuerdo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

con la Resolución N° 4/2005, de seis de abril de dos mil cinco, de este Tribunal, en caso de declararse desierta una licitación, las municipalidades estarán obligadas a iniciar una nueva, ajustando las bases de la misma a las necesidades identificadas en el proceso declarado desierto.

Duodécimo: Que, por último, tal como sostuvo en estrados la FNE, resulta reveladora la información sobre los plazos del proceso de licitación bajo consulta (artículo 3.2 de las bases). Dicho proceso se limitó a un período de diez días hábiles, incluido un día sábado, término que evidentemente resulta exiguo. En efecto, para cualquier competidor, actual o potencial, salvo para aquel que estaba ejecutando el contrato al momento de la licitación, un lapso tan corto impide hacer los estudios y proyectos necesarios para formular un oferta seria, atendidas las características de los servicios que se licitan y, sobre todo, si se toma en consideración que el inicio del servicio estaba previsto para tener lugar casi un año después de su adjudicación.

III) RESOLUCION DEL TRIBUNAL:

1°.- Que, en mérito de los anteriores fundamentos, se declara que los requisitos de postulación enumerados en el considerando segundo de este fallo -artículos 3.1. y 4.2., letra m-, que forman parte de las bases de licitación para la concesión municipal del servicio de recolección y transporte de residuos sólidos, limpieza de calles y disposición final en relleno sanitario, de la comuna de San Fernando, elaboradas en el mes de septiembre de 2004, considerados en su conjunto dentro de este proceso de licitación, e incluso alguno de ellos en forma aislada, tal como se señala en los considerandos sexto y séptimo, son contrarios a la libre competencia, constituyendo una barrera para la entrada de competidores en el mercado; y,

2°.- Que los períodos establecidos en el artículo 3.2. de las ya mencionadas bases, no contemplan los plazos necesarios para que empresas del rubro puedan oportunamente formular ofertas serias, por lo que dicho calendario, a la luz de lo resuelto precedentemente, es constitutivo también de una barrera de entrada al mercado y, por consiguiente, dicha disposición es contraria a la libre competencia.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Notifíquese a la consultante, a Starco S.A., a Demarco S.A., a la Fiscalía Nacional Económica y a la I. Municipalidad de San Fernando. Archívese en su oportunidad. Transcríbese a la Asociación Chilena de Municipalidades.

Rol NC N° 33-04.

Pronunciada por los Ministros señores Eduardo Jara Miranda, Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Radoslav Depolo Razmilic, Sr. Tomás Menchaca Olivares y Sr. Pablo Serra Banfi. Autoriza, Jaime Barahona Urzua, Secretario Abogado.