

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA Nº 34/2005.

Santiago, siete de diciembre de dos mil cinco.

VISTOS:

1. A fojas 117 y con fecha 6 de julio de 2005, la Empresa Nacional de Servicios de Aseo S.A., sociedad del giro de su denominación, en adelante también ENASA, interpuso una demanda en contra de la Ilustre Municipalidad de Cauquenes, por hechos o actos que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia. En la presentación solicita que se deje sin efecto el contrato celebrado en virtud de la adjudicación de los “Servicios de Recolección de Residuos Domiciliarios, Limpieza y Barrido de Calles y Disposición Final de Residuos Domiciliarios de la Comuna de Cauquenes”. Para fundamentar su pretensión, esgrimió los antecedentes de hecho y de derecho que a continuación se sintetizan:

1.1. De acuerdo con la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades y las disposiciones del Código Sanitario, los municipios tienen como función privativa el aseo y ornato de las comunas y la ejecución de la recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos, bajo la fiscalización del Ministerio de Salud;

1.2. La actividad mencionada tiene el carácter de servicio público y es regulada por las bases administrativas de licitación, contratos y anexos que firman las empresas licitadas y las municipalidades en virtud del principio constitucional de subsidiariedad. Además, es un servicio público inspirado en los principios de libertad de entrada; libre acceso al mercado; libertad de contratación, libertad de formación competitiva de precios y otros dirigidos a permitir el ejercicio de la libertad económica;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.3. Por su parte, los municipios buscan lograr los mayores estándares de calidad y eficiencia al entregar la concesión de este servicio. El proceso licitatorio del mismo debe, por lo tanto, realizarse en un marco de igualdad de los oferentes e imparcialidad de la autoridad licitante, y en el caso de no ser así, los participantes tienen acciones constitucionales, fundamentalmente la de protección y la de nulidad de Derecho Público. También se pueden interponer recursos administrativos y realizar presentaciones a la Contraloría General de la República;

1.4. En el caso que motiva la demanda, la Municipalidad de Cauquenes hizo dos llamados a licitaciones públicas para adjudicar los “Servicios de Recolección de Residuos Domiciliarios, Limpieza y Barrido de Calles, y Disposición Final de Residuos Domiciliarios de la comuna de Cauquenes”. Ambas licitaciones fueron declaradas desiertas, sin perjuicio de que, a juicio de la demandante, todos los oferentes cumplían con los requisitos exigidos para adjudicar los contratos en las Bases Administrativas y, además, se ajustaban al presupuesto municipal;

1.5. Sin embargo, en el mes de mayo de 2004 la demandada llamó a una propuesta privada para adjudicar la prestación del servicio por ocho años. Invitó a nueve empresas, entre las que se encontraba la demandante Himce Ltda. y la empresa Sociedad Lara y García Ltda. Esta última no habría participado en los dos llamados a licitación pública declarados desiertos con anterioridad;

1.6. El proceso de adjudicación resultante de este llamado a propuesta privada, que a su vez es producto de declarar desiertos dos procesos de licitación pública sin expresión de causa, está viciado. En efecto, en la propuesta privada en comento, fueron cambiadas las reglas de las licitaciones públicas declaradas desiertas, otorgando sólo cinco días para iniciar los servicios a partir de la adjudicación y treinta días para implementar la operación de los tres contratos a ser adjudicados -plazos prácticamente

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

imposibles de cumplir para quien no los conociese de antemano- y que atentaron contra la igualdad de los oferentes;

1.7. Lo dicho induce a la demandante a pensar que el proceso fue manejado para adjudicar el contrato a la sociedad Lara y García Ltda;

1.8. La empresa adjudicada incumplió su contrato. En efecto, no operó con la flota ofertada, no llevó los residuos a un relleno sanitario y cometió otras irregularidades. Ello obligó al Concejo Municipal a terminar el contrato con Lara y García Ltda. a menos de ocho meses de iniciadas las operaciones;

1.9. Ante ello, el Municipio no llamó a una nueva licitación pública, sino que adjudicó el contrato a la empresa Himce Ltda. Esto constituye, en opinión de la demandante, un atentado contra la libre competencia por las siguientes razones: i) las Bases Administrativas Generales que rigieron la licitación privada establecen que, perfeccionada la terminación anticipada, el municipio llamará al proponente calificado en segundo lugar para ofrecerle terminar con la contratación de los servicios. Sin perjuicio de ello, la demandada estima que, en este caso, es improcedente entregar los servicios a la empresa Himce Ltda. ya que al momento de la licitación estuvo fuera de bases, toda vez que no presentó su propuesta de la forma dispuesta por el artículo 17.1 de las Bases Administrativas;

1.10. Enasa S.A. fue marginada por la comisión evaluadora de la Municipalidad, por un detalle menor en la presentación de una declaración jurada, la que no estaba redactada de la manera que la comisión estimaba correcta, no cumpliendo con el principio de libre concurrencia de los participantes, por dejar fuera de una licitación a una empresa que incurrió en un error menor;

1.11. El Municipio adjudicó los servicios a Himce Ltda. a un precio mayor que el aprobado a Lara y García Ltda., ya que a esta empresa, en el primer periodo -de junio a diciembre de 2004- se le iba a pagar la suma de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

\$17.457.000.- mensuales y, posteriormente, por el resto del contrato, el valor ascendería a \$23.497.906.- mensuales. A Himce Ltda. se le adjudicó el mismo contrato en la cantidad de \$26.893.766.- mensuales, lo que implica un aumento del contrato de \$3.985.860.- mensuales y de \$305.000.000.-, aproximadamente, a lo largo de toda su vigencia. Todo esto contradice la afirmación de restricciones presupuestarias, principal argumento que se adujo por el municipio para declarar desiertas las dos propuestas públicas y posteriormente adjudicar a Lara y García Ltda. el contrato en licitación privada, a pesar de que ni siquiera presentó la mejor oferta técnica;

1.12. En razón de todo lo anterior, la demandada adjudicó un contrato distinto al original, sin mediar una nueva licitación. Este contrato contiene un precio distinto al aprobado originalmente por el Concejo Municipal y su plazo de ejecución es diverso (Himce Ltda. inició los servicios en diciembre de 2004, ahorrándose el menor pago de los primeros seis meses de puesta en marcha). Además, las condiciones del contrato variaron considerablemente, ya que las Bases exigían camiones nuevos a julio de 2004, más una planta de transferencia con entrada en vigencia en octubre del mismo año, exigencias no cumplidas por Himce Ltda., lo que la pone en una situación de privilegio respecto de los demás oferentes. A mayor abundamiento, las Bases Administrativas y sus anexos, que son parte integrante del contrato, establecían que los equipos a utilizar debían ser nuevos al incorporarse el primero de junio de 2004, lo que no se realizó, por lo que el contrato no se ha cumplido en virtud del principio de estricta sujeción a las bases. Por último, dentro de las exigencias del contrato estaba la de contar con la puesta en marcha de un planta de tratamiento, requisito que tampoco se cumplió dentro de los plazos establecidos en las Bases Administrativas y sus anexos;

1.13. En consecuencia, Himce Ltda. quedó en una posición de privilegio por sobre las demás empresas ya que, sin mediar ninguna competencia con otras interesadas, resultó favorecida por la municipalidad demandada con un mejor precio y con condiciones privilegiadas;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.14. La Resolución N° 715 de la H. Comisión Resolutiva, de 19 de noviembre de 2003, estableció, en el caso respectivo, que de no contarse con los permisos para la disposición final de residuos, correspondía que el municipio -en ese caso el de Puente Alto- llamase a una nueva licitación;

1.15. A mayor abundamiento, las Bases Administrativas Generales, en su artículo 7.4.4., establecieron la inadmisibilidad de reclamos posteriores, cláusula que, a juicio de las Comisiones Preventivas y Resolutiva, es improcedente, por arbitraria y discrecional (Dictamen N° 995 de la H. Comisión Preventiva Central, de 23 de diciembre de 1996, y N° 01/2003, de 9 de septiembre de 2003, y N° 715, de 23 de noviembre de 2003, de la H. Comisión Resolutiva);

1.16. También merece reparo a la demandante la cláusula N° 8 de las Bases Administrativas Generales, ya que el municipio se reserva el derecho de dejar sin efecto la licitación, en cualquier momento hasta antes de la apertura de la propuesta, por razones de interés municipal o de disponibilidad presupuestaria (contradiendo lo dispuesto en el dictamen N° 1269 de 22 de agosto de 2003 de la H. Comisión Preventiva Central);

1.17. En relación con la cláusula 21 de las Bases Administrativas Especiales, referidas a la duración del contrato, en su numeral 21.2 se establece una reserva para la Municipalidad de Cauquenes para dar término anticipado y sin justificación alguna al servicio contratado para la disposición final de residuos, lo que puede ser informado en cualquier momento de la ejecución del contrato con, a lo menos, tres meses de anticipación. Se establece, además, que nadie puede demandar los perjuicios que esta decisión cause. Termina imponiendo la obligación del adjudicado de transportar los residuos recolectados al lugar de disposición final que señale la unidad técnica, con lo que se originará un nuevo contrato y valor por los servicios, de acuerdo con los nuevos términos de referencia. Esta cláusula implica una actuación arbitraria, discrecional y peligrosa del municipio demandado y una clara barrera a la entrada;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.18. La demandante hace también presente que la municipalidad no siguió la recomendación de someter a consulta previa las bases, tal como dispone el citado Dictamen N° 995 de la H. Comisión Preventiva Central. De haberlo hecho se hubiese evitado los problemas que motivan la demanda de autos;

1.19. La demandante, en virtud de lo expuesto, solicita que este Tribunal deje sin efecto la licitación mencionada y, consecuencialmente, su adjudicación a la empresa Lara y García Ltda., así como también la posterior entrega del contrato, sin mediar nueva licitación, a la empresa Himce Ltda. Además, solicita dejar sin efecto los contratos celebrados entre esas partes y cualquier otro acto que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, con costas;

2. A fojas 309 y con fecha 25 de agosto de 2005, la Ilustre Municipalidad de Cauquenes contestó la demanda de autos esgrimiendo los antecedentes de hecho y de derecho que se exponen a continuación:

2.1. En octubre de 2003 el Municipio de Cauquenes llamó a licitación pública para la contratación de los Servicios de Recolección y Transporte de Residuos Sólidos y Domiciliarios, Limpieza y Barrido de calles y Disposición Final en Vertedero, toda vez que el 31 de diciembre de ese año finalizaba el contrato con la empresa Santa Edelmira, que los prestab. Compraron bases de este concurso las empresas Santa Edelmira Ltda., Enasa S.A., Starco S.A., Pedro Juan Rodríguez, Ecosider S.A., y Servicios Himce Ltda.;

2.2. Analizadas las propuestas económicas de los oferentes, todas sobrepasaron el presupuesto municipal, que ascendía a la suma de \$17.457.690.- mensuales, impuesto incluido, para el primer período. Por tanto, esta licitación se declaró desierta y se prorrogó el contrato de la empresa Santa Edelmira por un plazo de ciento veinte días, entre el 01 de enero de 2004 y el 30 de abril del mismo año;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.3. En marzo de 2004 se publica el segundo llamado a licitación pública. Adquirieron las bases en esa oportunidad las empresas Alfonso Meza Meza, Himce Ltda., Enasa S.A., San Sebastián, Demarco S.A., Pedro Juan González Rodríguez y Santa Edelmira Ltda. En esta ocasión, nuevamente las propuestas de los oferentes sobrepasaron el presupuesto municipal disponible, ya señalado;

2.4. A raíz de lo anterior, en uso de la facultad que otorga al Alcalde el artículo 8, inciso 5° de la Ley 18.695, L.O.C. de Municipalidades, se acuerda en sesión extraordinaria del Concejo Municipal enviar carta oferta a todas las empresas de recolección de residuos domiciliarios para que prestaran el servicio en Cauquenes a contar del primero de mayo de 2004 hasta el día 31 del mismo mes. Además, se acordó llamar a licitación privada a todas las empresas del rubro para que prestaran el servicio por un plazo de ocho años a contar del 01 de junio de 2004. Así, mediante carta oferta se invitó a las empresas del rubro a presentar una oferta económica para la contratación del servicio de aseo por el mes de mayo de 2004 por un valor que no superara los \$17.457.000.- Finalmente, se decidió contratar a la empresa Enasa S.A. (la demandante) que hizo una oferta de \$ 16.924.000.- por el mes de mayo;

2.5. Por oficio se invitó, además, a nueve empresas del rubro a participar en una licitación privada. Retiraron bases de la misma las empresas Alfonso Meza Meza, Himce Ltda., Enasa S.A., San Sebastián Ltda., Demarco S.A., Santa Edelmira Ltda., Lara y García Ltda. y Starco S.A. Efectuada la apertura, la demandante quedó fuera de bases por no cumplir con lo establecido en el punto 7.5 letra l) de las Bases Administrativas Especiales, referente al sobre N° 1 de “Documentos Anexos”. Este punto establecía la obligación de presentar un compromiso suscrito ante notario de contratar el cien por ciento del personal que se desempeñaba en los servicios licitados con la empresa Santa Edelmira en la comuna de Cauquenes y bajo las mismas condiciones laborales. Sin embargo, el certificado presentado por la demandante contenía el compromiso de contratar al cien por ciento “del

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

personal que actualmente se desempeña en la empresa contratista de los servicios en licitación en la comuna de Cauquenes...”. La demandada consideró que no se cumplió el requisito solicitado en las bases en cuestión, toda vez que, a esa fecha, la empresa que prestaba el servicio en licitación era la propia Enasa S.A., que había contratado trabajadores sin experiencia para prestar servicios por el mes de mayo de 2004. La supuesta falta de idoneidad de estos trabajadores motivó innumerables reclamos de los vecinos de la comuna. Además, el interés del municipio era evitar la cesantía de trabajadores con experiencia de años en los servicios licitados;

2.6. Al contrario de lo sostenido por la demandante, Himce participó en todos los llamados a licitación y Lara y García lo hizo en el último;

2.7. Las bases de licitación fueron iguales para todos los concursantes, siendo Lara y García Ltda. la que obtuvo el mayor puntaje en la evaluación de propuestas. Además, dicha empresa se ajustaba al presupuesto municipal disponible para lo que restaba del año 2004 y para el año 2005 en adelante, y cumplía con todos los requerimientos técnicos solicitados. La adjudicación a esta empresa del contrato en cuestión fue acordada en sesión extraordinaria del Concejo Municipal, cumpliendo toda la normativa vigente;

2.8. Efectivamente, Lara y García Ltda. no dio cumplimiento a la totalidad de implementación de maquinarias y servicios ofertados, por razones de fuerza mayor sobrevinientes, por lo que se puso término al contrato a principios de diciembre de 2004;

2.9. Dada la situación planteada, la municipalidad debió asegurar la continuidad del servicio y debió concretar lo dispuesto en el punto 32.2. de las Bases Administrativas Generales, que establece que, terminado anticipadamente un contrato, el municipio llamará al proponente calificado en segundo lugar -en este caso Himce Ltda- para ofrecerle terminar con la contratación de los servicios o parte no ejecutada del contrato a los valores expresados en su propuesta. Esta decisión, amparada en las Bases, las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que fueron aceptadas en declaración jurada notarial por todos los participantes en el certamen, fue ratificada por el Concejo Municipal. Por tanto, mal puede calificársele de arbitraria o ilegal;

2.10. No es efectivo que Himce Ltda. haya quedado fuera de bases en el llamado a licitación privada. Sólo se le observó haber presentado el original y las copias de las propuestas en sobres separados al momento de la apertura de las mismas, lo que a juicio de la comisión evaluadora no afectó en nada el proceso, lo que fue ratificado por la Contraloría Regional del Maule en su Dictamen N° 01039, de 28 de marzo de 2005;

2.11. No es efectivo que el municipio haya adjudicado a Himce Ltda. el contrato a un precio mayor que el aprobado a la empresa Lara y García ya que, según lo estipula la cláusula quinta del contrato suscrito con la primera empresa, el valor a pagar durante el primer período fue de \$16.293.200.-, impuesto incluido, y el valor a pagar por el segundo período asciende a la suma de \$25.300.000.- y no \$26.893.766.-, todos valores mensuales, como señala la demandante;

2.12. Respecto a la cláusula de las bases generales referida a la inadmisibilidad de reclamos posteriores, se hace presente que la demandante solicitó a la Contraloría Regional del Maule una investigación sobre el proceso de licitación en comento, el que fue desestimado a través del oficio mencionado en el numeral 2.10., precedente. La reconsideración de este oficio fue desestimada por el organismo contralor. Además, fueron desestimadas sendas reclamaciones similares interpuestas por otros dos participantes de la licitación;

2.13. En relación a lo establecido en el punto 21 de la Bases Administrativas especiales sobre duración del contrato, que permite que el Municipio ponga fin unilateralmente al servicio de disposición final de residuos sólidos domiciliarios, ello se debió a que, en esos momentos, la disposición final de residuos se efectuaba en Chillán, porque el vertedero Monte Redondo, que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

funcionaba en Cauquenes y cuya operación pertenecía a la empresa demandante, fue objeto de una solicitud de sellado anticipado efectuada por Enasa S.A. al Servicio de Salud del Maule, como una forma de presionar para adjudicarse la licitación en cuestión, en circunstancias que se había autorizado la operación de ese recinto hasta junio de 2005. Además, las tres comunas de la provincia de Cauquenes estaban postulando un proyecto para habilitar un relleno sanitario intercomunal que abarataría sustancialmente los costos de disposición final. Esta cláusula, por tanto, no es de ningún modo arbitraria, discrecional ni peligrosa -como sostiene la demandante- ya que las contrataciones que se enmarcan en el artículo 8º, inciso 3º, de la ley 18.695, implican un acto legítimo y legal de autoridad sometido a un régimen jurídico de derecho público conocido y aceptado por todos los participantes de la licitación. Además, el demandante no realizó observación ni objeción alguna en el período respectivo de consultas y aclaraciones;

2.14. Finalmente, se hace presente que el proceso de licitación en comento se realizó en conformidad con la normativa legal vigente, con el principio de igualdad de los oferentes y con las bases respectivas. No se actuó de forma arbitraria ni se atentó contra la libre competencia, ya que todos los participantes se sujetaron a las mismas condiciones y reglas;

2.15. En mérito de lo expuesto solicita el rechazo de la demanda de autos, con costas;

3. A fojas 322 y con fecha 21 de septiembre 2005, el Tribunal resolvió no recibir la causa a prueba por no existir, a su juicio, hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos;

4. En cuanto a los antecedentes allegados por las partes al proceso se deja constancia de lo siguiente:

4.1. Instrumentos presentados por la demandante a fojas 117: i) Copia de las Bases Administrativas y especificaciones técnicas y anexos para el llamado a

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Licitación Pública para la concesión de los servicios señalados; ii) copia del Decreto Exento N° 377, de mayo de 2004, que adjudica el contrato a la empresa Lara y García Ltda.; iii) Copia del Informe razonado de la Comisión Evaluadora. iv) *Set* de publicaciones de artículos que dan cuenta de las supuestas irregularidades descritas; v) Copia de carta enviada por Pedro González Rodríguez, representante legal de PE-GE, de mayo de 2004, en la que se excusa de participar en la propuesta; vi) Copia de los dictámenes Nros. 1260 y 995 de la H. Comisión Preventiva Central; y vii) Copia de la Resolución N° 715 de 19 de noviembre de 2003, de la H. Comisión Resolutiva;

4.2. Instrumentos acompañados al proceso por la parte demandada a fojas 309: i) Informes razonados de noviembre de 2003 y de abril de 2004, de la Comisión Evaluadora; ii) Certificados N° 213, de diciembre de 2003, y N° 31, de marzo de 2004, suscritos por la Secretaria Municipal; iii) Resolución N° 159, de junio de 2004, del Servicio de Salud del Maule, que autoriza el vertedero de Monte Redondo, para operar por tres años; iv) Copia de solicitud de Enasa S.A. del cierre anticipado de dicho vertedero; v) Anexo N° 3, que contiene declaración jurada suscrita ante notario por el demandante de autos en marzo de 2004, donde declara conocer y aceptar las bases de Licitación del Servicio de Aseo; vi) Copias de Oficios Ordinarios Nros. 438 y 533, ambos de abril de 2004, dirigidos al Director del Servicio de Salud del Maule; vii) Copia de Oficio Ordinario N° 2116, de abril de 2004, suscrito por el Director del Servicio de Salud del Maule; viii) Copias de certificados Nros. 51 y 52, de mayo de 2004, suscritos por la Secretaria Municipal Subrogante de Cauquenes; ix) Copia de Oficio Ordinario N° 0437, de abril de 2004, donde se invita a las empresas a presentar oferta económica para el servicio de aseo para el mes de mayo de 2004; x) Copia de Oficio Ordinario N° 0598 de mayo de 2004, por el que se invita a las empresas a participar en la licitación privada del servicio de aseo; xi) Copias de certificados Nros. 74 y 34, de mayo de 2004 y febrero de 2005, respectivamente, suscritos por la Secretaria Municipal; y xii) Copias de Oficios Nros. 02044, 02112, 01039 y 01972, de la Contraloría Regional del Maule, de julio de 2004, agosto de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2004, marzo de 2005 y junio de 2005, respectivamente, en los que se desestiman tres reclamos en contra del proceso de licitación de autos y una solicitud de reconsideración;

5. A fojas 324 se fijó la audiencia para la vista de la causa para el día 20 de octubre de 2005.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

1. Consideraciones preliminares.

Primero: Que es común que en aquellos servicios que se prestan en los domicilios de los clientes sea sustancialmente más económico que una sola empresa atienda a todos los usuarios ubicados en una misma zona geográfica. Esta situación, que en la literatura económica se conoce como economía de densidad, da origen a monopolios de ámbito local;

Segundo: Que, sin embargo, la existencia de un monopolio local no constituye necesariamente un obstáculo para que la asignación del servicio a ese único operador se desarrolle en condiciones de competencia. En efecto, la adjudicación del servicio a través de una licitación pública permite generar competencia *ex ante* entre los distintos interesados en suministrarlo. En particular, si la variable de licitación es la tarifa que deberán pagar los usuarios, ésta será el resultado de la competencia entre todos los postulantes;

Tercero: Que una efectiva competencia *ex ante* requiere que la licitación sea transparente y objetiva. La imposición de exigencias innecesarias puede reducir el número de participantes y con ello el grado de competencia. Un efecto similar puede tener la falta de transparencia, como ocurriría, por ejemplo, en caso de que las bases respectivas estipulasen que la licitación puede ser declarada desierta sin fundamento. En efecto, presentarse a una licitación involucra costos irre recuperables para los postulantes, por lo que, de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

no existir garantías de transparencia, muchos interesados en prestar el servicio podrían optar por no participar en dicho proceso;

Cuarto: Que, por tanto, en general, una licitación que contenga exigencias que reducen sin fundamento el número de empresas que puedan participar, o que no cumpla con condiciones de transparencia, es contraria a libre competencia, puesto que, por un lado, excluye en forma injustificada a eventuales competidores y, por otro, como consecuencia de lo anterior, puede llevar a que los usuarios deban pagar una tarifa mayor;

Quinto: Que dado que los servicios de recolección, transporte y disposición de residuos sólidos domiciliarios y el barrido de calles presentan las características anteriores, es normal que en cada zona sólo opere una empresa. Si bien es cierto que en este caso particular las municipalidades pagan por los servicios directamente a los prestadores, no es menos cierto que los habitantes de la comuna tienen interés en que aquéllos se adjudiquen al postulante que ofrezca la mejor combinación de precio y calidad de operación. Por otro lado, existe el legítimo interés de los eventuales oferentes de no ser excluidos arbitrariamente de la competencia *ex ante*;

Sexto: Que los órganos de defensa de la competencia históricamente han estado especialmente atentos al funcionamiento de los mercados de recolección, transporte y disposición de residuos sólidos domiciliarios, en atención a sus características estructurales. Así se desprende, por ejemplo, del Dictamen N° 995/96 de la H. Comisión Preventiva Central, y de la Resolución N° 650/2002, de la H. Comisión Resolutiva;

2. Conductas imputadas.

Séptimo: Que la parte demandante sostiene que la Municipalidad de Cauquenes cometió una serie de irregularidades en los procesos de licitación de servicios de recolección, transporte y disposición de residuos sólidos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

domiciliarios y limpieza y barrido de calles, llevados a cabo el año 2004. Las irregularidades denunciadas se pueden separar en dos grupos: aquellas que significarían conductas discriminatorias concretas a favor de los oferentes ganadores de las licitaciones, y aquellas más genéricas que pudiesen haber impedido un resultado más eficiente de los procesos de licitación. A continuación se analizan ambos grupos por separado;

2.1. Conductas discriminatorias

Octavo: Que, en primer término, la demandante sostiene que el proceso fue manejado para adjudicar el contrato a la empresa Lara y García Ltda., basándose, primero, en que las dos licitaciones públicas se declararon desiertas, no obstante que todos los oferentes cumplían los requisitos exigidos; y, en segundo lugar, en que en la licitación privada participaron Himce Ltda. y Lara y García Ltda., sociedad esta última que no había participado en las dos licitaciones públicas realizadas anteriormente; y, en tercer término, en que en la licitación privada se otorgaron plazos muy breves que atentaron contra la igualdad de los oferentes;

Noveno: Que, así también, la demandante señala que, ante el incumplimiento del contrato por parte de Lara y García Ltda., el Municipio contrató inapropiadamente el servicio con Himce Ltda., que había calificado en segundo lugar en la licitación privada. Argumenta la demandante que Himce Ltda. estuvo fuera de bases, que quedó en posición de privilegio frente a las demás empresas y que la misma demandante fue marginada del proceso por un detalle que es, a su juicio, menor, sin cumplir con el principio de libre concurrencia;

Décimo: Que, por su parte, la Municipalidad de Cauquenes, en su contestación de la demanda, desestima estas imputaciones, señalando en síntesis lo indicado en el punto dos de la parte expositiva de esta sentencia. La Municipalidad demandada acompañó documentación de respaldo para sus descargos, la que no fue impugnada por parte de la demandante;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Décimo Primero: Que este Tribunal, atendiendo los descargos de la Municipalidad y la documentación de respaldo que rola a fojas 271, 272, 273, 276, 277 y siguientes; 283, 284, 286, 287, 288, 289, 290 y siguientes; 294 y siguientes; 298 y siguientes; y 303 y siguientes, desestimaré que el proceso de licitación hubiese sido manejado para adjudicar el contrato, en primera instancia a la empresa Lara y García Ltda., y que posteriormente Himce Ltda. hubiese recibido privilegios en su adjudicación por el tiempo restante del contrato. Especial consideración merecen los documentos rolantes a fojas 290 y siguientes, 294 y siguientes, 298 y siguientes y 303 y siguientes, en los que la Contraloría Regional del Maule atiende diversas presentaciones, dos de ellas de la empresa demandante, y desestima en todas ellas las impugnaciones a la legalidad de lo decidido por la Municipalidad de Cauquenes respecto de la licitación privada para adjudicar la contratación del servicio de recolección y transporte de residuos sólidos y domiciliarios, limpieza y barrido de calles y disposición final en vertedero;

Décimo Segundo: Que, asimismo, estos sentenciadores desestimarán la imputación de que la demandante haya sido declarada fuera de bases en forma injustificada, toda vez que no se aprecia una discriminación arbitraria que haya dejado en desventaja a la demandante respecto del resto de los proponentes, a la luz de lo argumentado en los descargos de la demandada contenidos en el punto 2.5 de la parte expositiva de esta sentencia y atendido el contenido de la documentación reseñada en el considerando anterior.

Décimo Tercero: Que, sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal considera incompatible con la libre competencia el hecho de haberse incluido en las bases la cláusula que motivó el descarte de la actora, puesto que reduce injustificadamente el número de potenciales participantes en la licitación respectiva;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Décimo Cuarto: Que, asimismo, llama la atención de este Tribunal que, no habiendo participado Lara y García Ltda. en las licitaciones públicas declaradas desiertas, hubiese estado en condiciones de hacer una oferta competitiva en la licitación privada, considerando que entre el retiro de las bases de licitación y la presentación de ofertas sólo se dio una semana de plazo. Además, de los antecedentes se desprende que en las licitaciones públicas no se dio a conocer el monto máximo disponible para el año 2004 -y precisamente fueron declaradas desiertas porque nadie ofreció menos que ese máximo-, hecho que podría indicar una intención por parte del Municipio de llegar a la instancia de la licitación privada, donde sí se dio a conocer el monto máximo disponible. Sin embargo, estos antecedentes son indicios que, en concepto de estos sentenciadores, son insuficientes para tener por acreditada una discriminación en favor de la señalada empresa;

2.2. Otras irregularidades de la licitación imputadas por la demandante.

Décimo Quinto: Que la demandante sostiene que en los procesos de licitación la Municipalidad de Cauquenes contravino diversos pronunciamientos de las Comisiones Preventiva Central y Resolutiva, tanto al establecer en las Bases Administrativas Generales la inadmisibilidad de reclamos posteriores (cláusula 7.4.4), como el derecho del Municipio a dejar sin efecto la licitación hasta antes de la apertura de la propuesta (cláusula 8). También hace ver que no se siguió la recomendación de consulta previa de las bases ante la H. Comisión Preventiva Central;

Décimo Sexto: Que, en su contestación, la Municipalidad demandada no hace referencia directa a estas materias, limitándose a señalar que el proceso de licitación se sujetó a la normativa legal vigente;

Décimo Séptimo: Que la jurisprudencia de defensa de la competencia, en reiteradas ocasiones, ha cuestionado bases de licitación por contener disposiciones sobre renuncia de acciones o impugnaciones por los licitantes

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

y atribuciones discrecionales del Municipio para adjudicar o rechazar ofertas. Así consta, por ejemplo, en el Dictamen N° 1.269, de 22 agosto de 2003, de la H. Comisión Preventiva Central y, más recientemente, en la Sentencia N° 32 de este Tribunal, de 6 de octubre de 2005. Desde esta perspectiva, entonces, no cabe sino acoger lo alegado por la demandante respecto de la cláusula 7.4.4 de las Bases Administrativas Generales;

Décimo Octavo: Que, en el caso de la cláusula 8, en análisis, este Tribunal considera que corresponde a una atribución discrecional y anticompetitiva del Municipio, de aquellas cuestionadas en nuestra jurisprudencia, toda vez que es inaceptable, desde la óptica de la libre concurrencia, que se deje sin efecto una licitación antes de la apertura de las propuestas sin expresión de fundamento alguno. Por tanto, también se acogerá la alegación correspondiente de la actora;.

Décimo Noveno: Que, por otra parte, cabe tener presente que la Resolución N° 4, de seis de abril de dos mil cinco, de este Tribunal, dejó sin efecto el Dictamen N°995, de 23 de diciembre de 1996, de la H. Comisión Preventiva Central, que recomendaba a los municipios la consulta previa de las bases de licitación de servicios de recolección, transporte y tratamiento final de la basura y recomendó a los Municipios remitir estas bases a la Fiscalía Nacional Económica para su conocimiento. Dado que tanto el referido dictamen como la resolución citada contienen sólo recomendaciones, este Tribunal no estima reprochable, en sí mismo, que la Municipalidad de Cauquenes no haya consultado previamente sus bases de licitación. Lo anterior, sin perjuicio de considerar dicha circunstancia al momento de resolver respecto de las deficiencias detectadas en las bases;

Vigésimo: Que la última supuesta irregularidad imputada por la demandante se refiere a la cláusula 21.2 de las Bases Administrativas Especiales, que establece el derecho de la Municipalidad a poner término al contrato de disposición final, en forma unilateral, anticipada, sin necesidad de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

justificación y sin que dé origen a reclamos, indemnizaciones u otras acciones legales de parte del operador;

Vigésimo Primero: Que, a este respecto, la Municipalidad de Cauquenes argumentó en su contestación que la disposición final se efectuaba en Chillán, porque la demandante había solicitado el sellado anticipado del vertedero que ella operaba en Cauquenes como una forma de presión para adjudicarse la licitación objeto de esta causa. Al respecto, este Tribunal no ve relación alguna entre el argumento anterior y la denuncia sobre la discrecionalidad establecida en las bases para poner término al contrato de disposición final;

Vigésimo Segundo: Que el segundo argumento de la Municipalidad es que las tres comunas de la Provincia de Cauquenes estaban postulando un proyecto de relleno sanitario de menor costo. A juicio de este Tribunal, la existencia del potencial proyecto sí puede justificar el término anticipado del contrato entre la Municipalidad y el adjudicatario de la licitación, siempre que en las bases se hubiese explicado exactamente que ésa sería la única causal de término anticipado. La amplitud con que está escrita la cláusula 21.2 cuestionada impide a los postulantes de la licitación hacer una estimación razonable del riesgo que ella involucra. Lo anterior significa que postulantes con mayor disposición a tomar un riesgo indefinido, o bien con ventajas de información sobre el proyecto de relleno sanitario -los que, por lo demás, no necesariamente coinciden con los postulantes más eficientes en la provisión del servicio de recolección- tendrían mayores posibilidades de adjudicarse la licitación. En circunstancias que, tal como se dijo, se está licitando un monopolio que ofrecerá por varios años un servicio esencial para los habitantes de una comuna, este Tribunal estima que cualquier cláusula que entorpezca la selección de los operadores más eficientes es contraria a la competencia y por tanto debe ser revisada;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3. Otras cláusulas contrarias a la competencia.

Vigésimo Tercero: Que, con el fin de tener una idea cabal del proceso de licitación, y estando las bases de licitación entre los antecedentes acompañados por las partes, y sin perjuicio de que al momento de resolver sólo se considerarán los cargos de la demandante, este Tribunal hará mención de otras cláusulas anticompetitivas en las bases de licitación objeto del proceso que ha podido observar de su estudio;

Vigésimo Cuarto: Que, en primer término y en lo tocante a la eventual discriminación a favor de operadores incumbentes y/o locales, llama la atención de estos sentenciadores la cláusula 7.5, letra I, de las Bases Administrativas Especiales (fs. 04), donde se exige el compromiso de contratar el cien por ciento del personal que se desempeñaba en la empresa que había prestando servicios en la comuna. La Municipalidad justificó su inclusión en las bases por la necesidad de contar con trabajadores con experiencia y por tratarse de habitantes de Cauquenes, los que, de no ser contratados, quedarían cesantes. Asimismo, en la sección 4, número 1, de las Especificaciones Técnicas de la Recolección y Transporte de Residuos Sólidos Domiciliarios (fs. 27), aparece una cláusula similar a la anterior, donde se establece que el oferente deberá contratar a personas de la Comuna de Cauquenes, en un porcentaje no inferior a un noventa por ciento del personal que necesite, porcentaje que deberá mantener durante toda la vigencia del contrato. Idénticas exigencias aparecen a fs. 40 y 51, pero referidas a los otros dos servicios licitados;

Vigésimo Quinto: Que las exigencias referidas en el considerando precedente, a juicio de este Tribunal, podrían resultar en una discriminación a favor de operadores que ya se encuentran ofreciendo el servicio, o bien de potenciales operadores locales, por cuanto ambos grupos tienen ventajas de información sobre los trabajadores de la comuna aptos para las labores en cuestión. Si, como sostiene la Municipalidad, se requieren trabajadores con experiencia, esta cualidad se puede adquirir en cualquier otra localidad;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Vigésimo Sexto: Que, en segundo término, dentro de las ya comentadas Bases Administrativas Especiales, la cláusula 23.1 señala que sólo podrán participar en la licitación operadores con experiencia mínima de tres años en la actividad y dentro del país (fs.11). A juicio de este Tribunal, dicha cláusula discrimina en favor de operadores del rubro con experiencia en el país. Además, no se entiende si por “actividad” se refiere los tres servicios licitados o sólo a alguno de ellos. En cualquier caso, todo indica que excluye a operadores con experiencia en actividades similares, como aseo industrial, transportes y logística, operación de vehículos de transportes y otras. Si se toma en consideración que tanto para el servicio de recolección y transporte como para el de limpieza y barrido de calles las bases exigen a los oferentes presentar un proyecto tentativo de integración de recorridos, con la asignación de vehículos, frecuencias y horarios respectivos (fs. 36 y 58), a partir de los cuales el Municipio evalúa el conocimiento de la actividad, no se ven razones para, adicionalmente, dejar fuera a operadores que no tengan la experiencia específica, sin perjuicio que a esta cualidad se le pueda asignar un puntaje. Por otra parte, al exigir experiencia en el país se está excluyendo a nuevos operadores que pudiesen tener experiencia en el extranjero, lo que a juicio de este Tribunal limita la libre competencia;

Vigésimo Séptimo: Que, además, puede advertirse que la Municipalidad de Cauquenes se confiere una amplia discrecionalidad en la evaluación de las ofertas. Esta deficiencia, varias veces cuestionada en nuestra jurisprudencia en materia de defensa de la competencia, se observa en diversas disposiciones de las bases. Así ocurre, por ejemplo, con la frase de la sección 9 de las Bases Administrativas Especiales, que habla por sí sola de su discrecionalidad: “la oferta con un mayor puntaje será la mejor evaluada. Sin embargo, ello no implica una adjudicación automática de la licitación” (fs. 06);

Vigésimo Octavo: Que otra deficiencia digna de mención es que cada criterio de evaluación tiene sólo un puntaje máximo y no una escala de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

puntajes de acuerdo a los distintos niveles de cumplimiento con el criterio respectivo (fs. 06). Por otra parte, también a fs. 06, se dice que, para el criterio “Equipos, uniformes, herramientas y accesorios”, se evaluará la calidad y cantidad, pero no se da ninguna señal respecto a qué se va a entender por calidad;

Vigésimo Noveno: Que otros problemas se observan a fs. 37, 38, 59 y 60, respecto de múltiples aspectos de los servicios que deben detallarse en la oferta, pero respecto de los cuales no se explica cómo serán evaluados. En particular, a fs. 38 y 60 se dispone que los oferentes podrán “señalar otros tipos de servicios anexos, sin costos adicionales para la Municipalidad de Cauquenes, que el contratista se encuentre dispuesto a realizar en la Comuna”. Se dan como ejemplos horas anuales de maquinaria pesada y operativos de limpieza en localidades rurales. Finalmente, se puede mencionar la cláusula 10.4, siempre de las Bases Administrativas Especiales, que indica que “La Unidad Técnica podrá adjudicar la propuesta a uno o más oferentes que presentaron sus ofertas al momento de la apertura, de acuerdo a las exigencias y necesidades del municipio” (fs.07). Sin que esté dicho, se podría interpretar que esta cláusula está referida a la posibilidad de adjudicar cada uno de los tres servicios licitados a oferentes distintos. La cuestión surge al constatarse que en ninguna parte se dice que los puntajes se vayan a asignar separadamente por servicio, aun cuando en las mismas bases se adjuntan formularios de oferta económica para cada uno de ellos. De hecho, en el Informe Razonado de la licitación privada aparecen las ofertas económicas separadas por servicio, pero a continuación se muestran los puntajes totales (fs.73). Así las cosas, puede constatarse además que la empresa que obtuvo el máximo puntaje total no hizo la oferta más baja por los tres servicios. A juicio de este Tribunal, todas las circunstancias descritas precedentemente deberán tomarse en consideración en futuras licitaciones que realice la demandada, para efectos de mayor claridad.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

4.- Conclusiones.

Trigésimo: Que, en consecuencia y en atención a todo lo expuesto, este Tribunal acogerá las siguientes alegaciones de la demandante: i) que la cláusula de inadmisibilidad de reclamos posteriores establecida en las Bases Administrativas Generales es contraria a la libre competencia; ii) que la cláusula que otorga a la Municipalidad el derecho a poner término al contrato de disposición final, en forma unilateral, anticipada, sin necesidad justificación y sin que dé origen a reclamos, indemnizaciones u otras acciones legales de parte del operador abre un espacio excesivo de discrecionalidad que podría dar pie a restricciones a la libre competencia, y iii) que la cláusula 8 de las bases de licitación corresponde a una atribución discrecional y anticompetitiva del Municipio;

Y TENIENDO PRESENTE, lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3° letra c) y 26 del Decreto Ley N° 211, se **RESUELVE**:

Primero. Ordenar a la Municipalidad de Cauquenes la realización de un nuevo proceso de licitación, en un plazo no superior a dos años desde la notificación de esta sentencia, incorporando en sus bases cláusulas compatibles con los criterios aquí señalados; y,

Segundo. Luego de adjudicada la licitación ordenada en el resuelto precedente, dejar sin efecto el contrato suscrito entre la Municipalidad de Cauquenes y la empresa Himce Ltda. como consecuencia de la licitación privada analizada en autos.

Notifíquese y archívese, en su oportunidad.

Rol C N° 72-05.

Pronunciada por los Ministros señores Eduardo Jara Miranda, Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Radoslav Depolo Razmilic, Sr. Tomás

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Menchaca Olivares y Sr. José Tomás Morel Lara. Autoriza, Javier Velozo Alcaide, Secretario Abogado subrogante.