

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

SENTENCIA N° 169/2019.

Santiago, siete de marzo de dos mil diecinueve.

VISTOS:

1. A fojas 95, el 28 de noviembre de 2017, Constructora Luis Navarro SpA (en adelante indistintamente la “Constructora”, “Constructora LN” o “Demandante”) presentó una demanda contra la I. Municipalidad de San José de la Mariquina (en adelante indistintamente la “Municipalidad” o “Demandada”) por haber establecido en las bases de licitación para la construcción de una estación sanitaria en Mariquina, Licitación N° 4063-13-LR17, (en adelante “Licitación” o “Bases de Licitación”) una pauta de evaluación que atentaría contra la libre competencia. En particular, sostiene que las Bases de Licitación erigirían una barrera de entrada al mercado que le impediría competir en igualdad de condiciones. La Demandante fundamenta su demanda en los siguientes hechos:

1.1. De acuerdo al sistema de evaluación contenido en las Bases de Licitación, modificado a través de las aclaraciones respectivas, el oferente que se adjudique la construcción de la obra será aquel que obtenga la mejor nota en la categoría de experiencia, la que se evalúa en base a una fórmula escalonada que dejaría a las empresas aptas para efectuar la obra en una posición competitiva desfavorable, en relación con empresas con mayor experiencia. Además, las Bases de Licitación infringirían la libre competencia porque miden la experiencia en millones de pesos y no en una unidad reajutable;

1.2. Agrega que en licitaciones de obras públicas se observa, en general, la exigencia de cierta calificación o experiencia de las empresas participantes para asegurar la calidad de la construcción de las obras licitadas, y que dependiendo de la forma en que dicha exigencia se pondere, ésta puede constituirse como una barrera a la entrada de nuevas empresas con menor experiencia, pero que se encuentran calificadas para desarrollar la obra licitada. Indica que *“es irracional que para construir una obra sanitaria se pondere con 25 puntos a quien acredita experiencia en obras equivalentes a dos veces el presupuesto y con 100 puntos a quien acredita experiencia en obras equivalentes a trece veces el presupuesto de la obra”*;

1.3. A su vez, señala que la exigencia de experiencia debe tener relación con la complejidad de la obra y que, en el caso de autos, la obra no es de alta complejidad, salvo por el uso de una tecnología para saneamiento sanitario denominada “lombri

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

filtro”, que representa solo el 5% del contrato y que podría ser abordado con los especialistas existentes en el tema;

1.4. En razón de lo anterior, solicita al Tribunal:

- (i) Que se declare que la ponderación que se hace de la experiencia en las Bases de Licitación de la Municipalidad de San José de la Mariquina es atentatoria contra la Libre Competencia;
- (ii) Que se ordene que sea modificada por un sistema que, reconociendo requisitos mínimos de experiencia y capacidad económica, evalúe a los oferentes en igualdad de condiciones; y
- (iii) En su caso y de considerarlo necesario, para los efectos del número (ii), dictar instrucciones precisas en el orden de fijar la existencia de condiciones objetivas, generales, uniformes y no discriminatorias para fomentar la participación de la mayor cantidad de oferentes posibles en los procesos de licitación de obras sanitarias;

2. A fojas 122, el 17 de enero de 2018, la Municipalidad de Mariquina contestó la demanda de autos, solicitando su rechazo con expresa condena en costas, atendido lo siguiente:

2.1. Indica que la ponderación de la experiencia que se hace en las Bases de Licitación no excluye a ningún eventual oferente. Las empresas que obtienen un menor puntaje en el ítem experiencia pueden equilibrar sus posibilidades ofreciendo un menor plazo para concluir la obra o un menor presupuesto de ejecución del contrato;

2.2. Señala que la Municipalidad ha actuado con razonabilidad, objetividad y legalidad al momento de fijar los criterios de evaluación de las ofertas en las Bases de Licitación, así como al establecer su ponderación. Añade que las Bases gozan de la presunción de legalidad de conformidad con la ley N° 19.880, por lo que *“cualquier juicio de verosimilitud acerca de su ilegalidad debe tener la fuerza suficiente para sortear la presunción de que los actos administrativos se encuentren conforme al ordenamiento jurídico vigente”*, interpretación que habría sido sustentada por la Excma. Corte Suprema;

2.3. Sostiene que el marco jurídico que regula el ámbito discrecional de la administración municipal para la concreción de políticas públicas está dado por el artículo 4° de la Ley N° 19.880 y los artículos 20 inciso segundo, 22 y 38 del Decreto

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Supremo N° 250 de 2014 que aprueba el Reglamento de la Ley de Compras Públicas. Al respecto, indica que la experiencia de un oferente constituye una garantía de que la obra llegará a término y que se podrá poner en marcha la infraestructura sanitaria;

2.4. Agrega que la ponderación por experiencia establecida en las Bases de Licitación permite valorar de forma objetiva a las empresas constructoras que han persistido en la construcción de infraestructura sanitaria;

2.5. Argumenta que la Municipalidad goza de una discrecionalidad amplia para escoger cualquier alternativa de evaluación de las ofertas y que en el caso de la Licitación, lo ha hecho para asegurar que los oferentes tengan la idoneidad técnica para la construcción de obras como la licitada;

2.6. A mayor abundamiento, indica que las empresas con baja experiencia no solo cuentan con las variables precio o experiencia de los profesionales que puede contratar para lograr ser adjudicatarias de una licitación, sino que además pueden asociarse con otras empresas y formar una “Unión Temporal de Proveedores”, con el objeto de obtener una mayor puntuación uniendo experiencia y capital de distintas empresas;

2.7. Por último, señala que la Demandante, si bien participó de la Licitación presentando una oferta, ésta fue rechazada por presentar un *presupuesto detallado incompleto* en determinados ítems. En consecuencia, el que la licitación no se le adjudicara a la Constructora obedece a causas que le son imputables a ella misma y no al establecimiento de una barrera de entrada;

3. A fojas 141, el 5 de abril de 2018 se dictó la resolución que recibió la causa a prueba. En ella se fijaron como hechos substanciales, pertinentes y controvertidos, los siguientes: “1) *Estructura, características y condiciones de competencia en él o los mercados en que incidirían las conductas imputadas en autos, desde el año 2012 a la fecha de interposición de la demanda.* 2) *Efectos en la competencia de las pautas de evaluación contenidas en las bases de licitación para la construcción de Infraestructura Sanitaria Estación Mariquina, ID N°4063-13-LR17.*”;

4. Las partes acompañaron la siguiente prueba documental:

4.1. Por parte de la Demandante:

4.1.1. A fojas 95 acompañó (i) copia de las bases administrativas generales y especiales del proyecto “Construcción Infraestructura Sanitaria Estación Mariquina”;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(ii) copia de las aclaraciones números 1, 2, 3, 4 y 7 a las bases de licitación antes mencionadas; y (iii) copia del certificado de inscripción en el MOP de la empresa “Constructora Luis Navarro SpA”;

4.1.2. A fojas 180 acompañó copia del acta de apertura e informe de evaluación técnica-económica, de diciembre de 2017, y un anexo técnico de certificados de experiencia que Constructora LN presentó en la licitación objeto de autos;

4.2. Por parte de la Municipalidad: a fojas 195, en virtud de la exhibición de documentos decretada a fojas 181, acompañó (i) copia del informe técnico del Director de la Secplan de 27 de octubre de 2017; (ii) copia del memorando N° 6 del asesor jurídico del Departamento de Salud de 30 de octubre de 2017; y (iii) copia del informe técnico del Director de la Secplan de 3 de enero de 2018.

5. No fueron presentadas observaciones a la prueba.

6. A fojas 204, el 2 de agosto de 2018, este Tribunal declaró vencido el término probatorio y ordenó traer los autos en relación. La vista de la causa se efectuó en la audiencia del día 21 de noviembre de 2018, según consta en certificado que rola a fojas 279.

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que, como se señaló en la parte expositiva, el 29 de noviembre de 2017 Constructora Luis Navarro SpA demandó a la I. Municipalidad de San José de la Mariquina por haber establecido en las bases de licitación de una estación sanitaria, una pauta de evaluación que atentaría contra la normativa de libre competencia, en concreto, el artículo 3° del D.L. N° 211. En particular, sostiene que la forma en que las bases ponderan la experiencia de los oferentes dejaría en una posición competitiva desfavorable a empresas con menor experiencia;

Segundo: Que, por su parte, la Municipalidad solicitó el rechazo de la demanda, con costas, pues sostiene que ha actuado con fundamento de razonabilidad, objetividad y legalidad al momento de fijar los criterios de evaluación de las ofertas, y que las empresas que obtienen un menor puntaje en el ítem experiencia pueden equilibrar sus posibilidades ofreciendo un menor plazo o presupuesto de ejecución del contrato;

Tercero: Que, para evaluar si la conducta acusada impide, restringe o entorpece la libre competencia o tiende a producir dichos efectos, es necesario determinar, en primer lugar, el mercado relevante involucrado. Para ello, en el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

contexto de una licitación pública, se debe determinar si, en su calidad de organismo de la administración del Estado, la Demandada actuó como un agente económico, esto es, como demandante de bienes o servicios, o bien, como un ente regulador que asigna derechos o recursos escasos, reemplazando la competencia *en el* mercado por competencia *por el* mercado para que el adjudicatario sirva un mercado de manera monopólica por un período de tiempo. En el primer caso, el mercado relevante involucrado será aquel en el que inciden los bienes o servicios licitados (considerandos 27 y siguientes, Sentencia N° 114/2011); mientras que, en el segundo, el mercado relevante será precisamente la licitación (considerando 10, Sentencia N° 138/2014);

Cuarto: Que, en el caso de autos, la licitación tuvo por objeto la adquisición de bienes o servicios (construcción de infraestructura sanitaria) y no la asignación de un servicio que el adjudicatario prestaría luego en condiciones monopólicas. En consecuencia, el mercado relevante está constituido por aquel en que inciden los bienes o servicios licitados y no se limita a la licitación específica impugnada por la Demandante;

Quinto: Que, sin embargo, las partes no aportaron antecedentes que permitan precisar el mercado en el que inciden los bienes o servicios licitados;

Sexto: Que, asimismo, corresponde a la Demandante acreditar la posición de dominio de la demandada y demostrar si la conducta acusada impide, restringe o entorpece la libre competencia, o tiende a producir dichos efectos, cuestión que no hizo;

Séptimo: Que, en consecuencia, no existen antecedentes necesarios para acreditar la existencia de un abuso de posición dominante en los términos que exige el artículo 3° del D.L. N° 211;

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3° y 26° del Decreto Ley N° 211,

SE RESUELVE:

RECHAZAR la demanda de autos interpuesta a fojas 95 por la Constructora Luis Navarro SpA.

CONDENAR en costas a Constructora Luis Navarro SpA, por haber sido totalmente vencida.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Notifíquese y archívese en su oportunidad.

Rol C 335-17

Pronunciada por los Ministros Sr, Javier Tapia Canales, Presidente (S), Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sra. Daniela Gorab Sabat, Sr. Jorge Hermann Anguita y Sr. Nicolás Rojas Covarrubias. Autorizada por la Secretaria Abogada Sra. María José Poblete Gómez.