

**ANT.:** Denuncia Rol N° 2263-13  
FNE.

**MAT.:** Minuta de archivo.

**Santiago,**

**A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)**

**DE : JEFA UNIDAD ANTI-CARTELES (S)**

Por la presente vía informo al señor Fiscal (S) acerca de la admisibilidad de la denuncia indicada, recomendando su archivo, en virtud de las razones que se exponen a continuación:

**I. ANTECEDENTES DE LA DENUNCIA**

1. Con fecha 21 de noviembre de 2013 ingresó a esta Fiscalía Nacional Económica (en adelante, "FNE") una denuncia por parte de la Ilustre Municipalidad de Las Condes (en adelante, la "**Municipalidad**" o la "**Alcaldía**"), la cual indicaba la existencia de un presunto atentado a la libre competencia en la licitación pública ID N° 2560-34-LP13 denominada "Construcción de Áreas Verdes Mediante la Modalidad de Precios Unitarios, para Espacios Públicos de la Comuna de Las Condes", llevada adelante en el mes de octubre de 2013.
2. Indica la denunciante que uno de los partícipes de la aludida licitación, puso en su conocimiento la existencia de un eventual concurso o acuerdo entre las dos otras empresas oferentes, toda vez que "(...) *presentan entre ellas una diferencia de valor de 1,0393% en todas y cada una de las partidas, no habiendo partidas que difieran entre ellas*" [sic], de manera tal que -según explica- la referida estuvo impedida de competir en igualdad de condiciones.

## II. LA INDUSTRIA

3. El mercado en cuestión trata de los productos y servicios involucrados con el manejo de áreas verdes<sup>1</sup>, tanto privadas como públicas. En específico, destacan los servicios de diseño, construcción y mantención de las mismas, siendo este último uno de los más importantes, debido a la continuidad de trabajo que da en el tiempo a las empresas del sector.
4. Los demandantes de estas prestaciones corresponden tanto a particulares como a organismos públicos, dentro de los cuales destacan las municipalidades<sup>2</sup>, ya que son ellas las que tienen bajo su responsabilidad el mayor volumen de áreas verdes a las cuales las empresas que ofrecen estos servicios pueden acceder<sup>3</sup>.
5. Por su parte, en relación a la oferta existe diversidad de empresas que brindan los servicios de construcción, mantención y diseño de áreas verdes. Las empresas de mayor tamaño<sup>4</sup> generalmente ofrecen las tres prestaciones, mientras que las más pequeñas tienden a especializarse en alguna de ellas.
6. En cuanto al sistema de contratación, dependerá de si se realiza con un ente privado o uno público. En la especie, al tratarse de un organismo público<sup>5</sup>, la

---

<sup>1</sup> En cuanto a qué es lo que debemos entender por "áreas verdes", el Ministerio de Medio Ambiente ha señalado que corresponden a "*espacios urbanos o de periferia a éstos, predominantemente ocupados con árboles, arbustos o plantas, que pueden tener diferentes usos, ya sea para cumplir funciones de esparcimiento, recreación, ecológicas, ornamentación, protección, recuperación y rehabilitación del entorno o similares*", concepto condeciente con el mercado en estudio. MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE. Disponibilidad de Áreas Verdes, Capítulo VI. [en línea] <[http://www.mma.gob.cl/1304/articles-52016\\_Capitulo\\_6.pdf](http://www.mma.gob.cl/1304/articles-52016_Capitulo_6.pdf)>. Fecha de última actualización 07-02-2014 [consulta: 07 de febrero de 2014]

<sup>2</sup> De acuerdo a la evaluación realizada por la FNE, en la Región Metropolitana destacan como municipalidades demandantes las de Huechuraba, La Reina, Ñuñoa, Providencia, Las Condes, Vitacura y Lo Barnechea.

<sup>3</sup> Según las declaraciones prestadas ante esta Fiscalía, en promedio, el 70% de los metros cuadrados que trabajan las empresas del sector corresponden a metros cuadrados de responsabilidad de municipalidades, mientras que el 30% restante corresponde a metros cuadrados privados.

<sup>4</sup> Dentro de las declaraciones recabadas, se denominan como las empresas más grandes a aquellas que manejan un gran volumen de metros cuadrados de áreas verdes y los niveles de facturación que éstas conllevan. Destacan Núcleo Paisajismo S.A., Siglo Verde, HMP, entre otras.

<sup>5</sup> La actividad de contratación por parte de la Administración del Estado está sujeta a lo previsto en la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

adjudicación puede hacerse vía licitación pública<sup>6</sup>, licitación privada o contratación directa, según sea el caso.

### III. MERCADO RELEVANTE

7. Particularmente en materia de licitaciones, el mercado relevante del producto se encuentra constituido por el objeto o derecho que se pretende adjudicar en cada una de ellas. Así lo ha estimado el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”), al señalar que *“aquél viene definido por los objetos licitados en cada proceso de licitación, pues sólo con ocasión de cada proceso específico surge la posibilidad de alterar su resultado ejerciendo el poder de mercado que pueda obtenerse mediante un acuerdo colusorio celebrado al efecto”*<sup>7</sup>.
8. En este caso, entonces, el mercado relevante estaría determinado por la licitación materia de la denuncia, esto es, la ID 2560-34-LP13, llevada cabo en la comuna de Las Condes, Región Metropolitana.

### IV. ANÁLISIS DE LA DENUNCIA

9. De acuerdo a los antecedentes descritos, corresponde determinar si la presente denuncia da cuenta de hechos, actos o convenciones que pudieran restringir o vulnerar la libre competencia o tender a producir dichos efectos, al tenor del artículo 3 del Decreto Ley N° 211 (“DL 211”) y, concretamente, de su literal a), respecto de dos de las empresas participantes de la licitación denominada “Construcción de Áreas Verdes Mediante la Modalidad de Precios Unitarios, para Espacios Públicos de la Comuna de Las Condes”, las que, según la denuncia, habrían coordinado su postulación mediante la presentación de una lista de precios unitarios, manteniendo una diferencia porcentual constante en cada una de las partidas de la licitación.

---

<sup>6</sup> La licitación pública será obligatoria cuando las contrataciones superen las 1.000 unidades tributarias mensuales, salvo las excepciones contenidas en el artículo 8 de la Ley N° 19.866 (art. 5). Siendo así, la mayoría de las entidades estatales transan sus bienes y servicios a través de Mercado Público, plataforma virtual administrada por la Dirección de Compras y Contratación Pública.

<sup>7</sup> Sentencia N° 112/2011, de 22 de junio de 2011, en causa caratulada “Requerimiento de la FNE contra Radio Valparaíso Ltda. y otros”, considerando Cuadragésimo Sexto.

10. Según la información disponible en Mercado Público ([www.mercadopublico.cl](http://www.mercadopublico.cl)), el día 11 de octubre de 2013 la Municipalidad aprobó las bases para la licitación referida. El plazo de postulación se fijó hasta el 05 de noviembre del mismo año y la apertura de las ofertas, para el 08 del mismo mes. La valoración de la oferta económica, por su parte, era de un 70%, la de la técnica, un 29% y la de los requisitos formales, un 1%.
11. Se presentaron tres oferentes, cuyas propuestas técnicas fueron aceptadas: Estilo Arquitectura Paisajista S.A. ("**Estilo**"), Krause, Latorre y Maíz Limitada ("**Krause**") y Constructora Pehuenche Limitada ("**Pehuenche**").
12. Posteriormente, el día 08 de noviembre de 2013, se verificó la apertura de las ofertas económicas. Conforme a ésta, las propuestas presentadas eran: Estilo, 74.9413 UTM; Krause, 66.8876 UTM; y Pehuenche, 64,3585 UTM, las que sumadas al puntaje obtenido por el cumplimiento de los demás ítems de la postulación, dieron como resultado las ponderaciones finales de 90,12%, 97,35% y 100%, respectivamente. Como consecuencia, la ganadora habría sido Pehuenche.
13. [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED] había existido una licitación anterior, la ID 2560-27-LP13, que se declaró desierta al producirse la apertura de las propuestas económicas de todos los oferentes (incluyendo aquellos que no habían pasado la etapa de la oferta técnica), a saber, Estilo, Agrícola Decoterra Limitada ("**Decoterra**"), Pehuén Limitada ("**Pehuén**") y Construcciones y Servicios Siglo Verde S.A. ("**Siglo Verde**"), lo que implicó que se conocieran los precios finales ofrecidos. [REDACTED]  
[REDACTED] luego se realizó la licitación ID 2560-34-LP13, donde se presentaron dos nuevos oferentes que no habían participado en la postura anterior: Krause y Pehuenche.
14. [REDACTED] entre cada una de las partidas de los precios unitarios [REDACTED] habría una diferencia de valor de un 1,0393%, antecedentes que parecieran ser indiciarios de la existencia de un supuesto cartel.

15. Por último, la licitación en comento fue declarada desierta con fecha 06 de diciembre de 2013 por el Concejo Municipal.
16. Al respecto, dos de las compañías involucradas - [REDACTED] - indicaron de forma separada que [REDACTED], empresa que se presentó en la propuesta anterior y que no habría podido participar en la segunda por no cumplir con los requisitos de facturación exigidos en las nuevas bases para alcanzar el máximo puntaje<sup>8</sup>, una vez abierto el concurso ID 2560-34-LP13 habría recurrido a ellas que sí los cumplían con el fin de que se lo adjudicaran y posteriormente la subcontrataran para la realización del servicio de construcción. Para ello, [REDACTED] les habría entregado la planilla de todos los precios unitarios a presentar ya confeccionada, sin conocimiento de la otra empresa competidora.
17. Por su parte, [REDACTED] confirmó ante esta Fiscalía que se habría puesto en contacto con Krause, por un lado, y con Pehuenche, por el otro, empresas con las cuales no tendría ningún tipo de relación de propiedad, con el fin de presentarse a la licitación objeto de esta denuncia, de manera de no quedar fuera por no contar con la facturación requerida para cumplir con la oferta técnica que otorgaba el máximo puntaje. [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED].
18. En cuanto a ello, esta Unidad pudo constatar que efectivamente [REDACTED] no cumplía con los requisitos de facturación necesarios en el ámbito de la construcción exigidos para poder obtener el máximo puntaje otorgado en la

<sup>8</sup> En la licitación ID 2560-27-LP13, la oferta técnica consideraba la presentación de certificados otorgados por los clientes actuales del postulante, que no tuvieran una antigüedad mayor a la de dos años, lo que tenía una ponderación máxima de 10%, de acuerdo al número de años de experiencia y a la cantidad de certificados presentados, lo que sumado al 4% otorgado a los oferentes que presentaren un mayor número de profesionales en su equipo, daba un total de un 14%. La licitación ID 2560-34-LP13, en cambio, por este ítem asignaba un puntaje de acuerdo al monto facturado por la postulante, el que podía ser de 5, 15 ó 29 puntos, según se explica en el Anexo.

licitación, por lo que sus opciones de ganar el segundo concurso sólo resultaban viables de una forma indirecta, esto es, si es que la empresa adjudicataria la subcontrataba<sup>9</sup>.

19. [REDACTED]

20. [REDACTED]

[REDACTED]. Así las cosas, se observa que la decisión de [REDACTED] de actuar conjuntamente con otra empresa, en vez de presentarse individualmente, se debería al cambio de bases de la oferta técnica efectuado por la Municipalidad, porque de otra manera no hubiera tenido incentivos para generar esta alianza.

21. Si bien esta Unidad considera que el establecimiento de relaciones complementarias puede ayudar a alcanzar un mayor nivel de eficiencia en la entrega de sus productos y servicios, ello puede facilitar los riesgos de coordinación entre eventuales competidores para una licitación determinada. En este caso en particular, dicha asociación estaría justificada, ya que sin ella [REDACTED] habrían participado de la licitación; la primera porque sus posibilidades de ganar la licitación por el cumplimiento de la oferta técnica eran muy bajas, atendida la nueva ponderación establecida por la Municipalidad, y la segunda dado que se trata de una empresa dedicada a

<sup>9</sup> Para más detalle, ver Anexo.

<sup>10</sup> [REDACTED]

la construcción en general y en el pasado no había trabajado específicamente en el rubro de las áreas verdes.

22. Finalmente, en relación al diseño de las bases de licitación por parte de la Alcaldía, esta Unidad considera que a fin de incentivar la competencia éstas debieran fijar un estándar mínimo de calidad exigible a todas las propuestas, lo que en este caso no habría sucedido, y que debiera determinarse por la “experiencia relevante” de los partícipes<sup>11</sup>. En cambio, al establecerse una ponderación diferenciada de acuerdo al monto facturado por cada postulante, se beneficiaba a los incumbentes, haciendo más difícil el ingreso de nuevos actores al mercado.

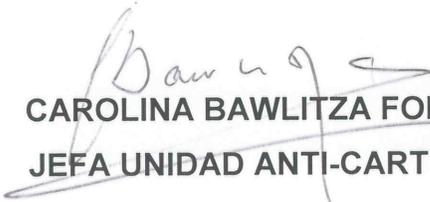
## V. CONCLUSIONES

23. Que en relación a los supuestos actos anticompetitivos denunciados, dentro del contexto de la licitación pública ID 2560-34-LP13 y los antecedentes tenidos a la vista, esta Fiscalía no ha podido determinar la existencia de un acuerdo en los términos del artículo 3 letra a) del DL 211 entre Pehuenche y Krause. Por el contrario, durante el análisis de admisibilidad se pudo constatar que ambas empresas habrían presentado de forma paralela sus postulaciones, sin conocimiento de que lo hacían con una tercera sociedad que redactó las dos planillas de precios, con el fin de poder competir en la licitación referida.
24. De acuerdo a lo determinado en el análisis de admisibilidad, la decisión de [REDACTED] de presentar una oferta a través de Pehuenche y Krause, en vez de ofertar individualmente -como lo había hecho en la convocatoria previa que se declaró desierta-, se habría debido al cambio de bases efectuados por la Municipalidad, la cual asignó un puntaje en relación al monto facturado por la postulante, en lugar de exigir un monto mínimo u otro requisito más objetivo. Así las cosas, y atendido a que bajo esta nueva ponderación [REDACTED] no habría obtenido el máximo puntaje, dicha empresa habría considerado que sus posibilidades de ganar eran muy bajas por lo que optó por operar a través de Pehuenche y Krause, las que sí obtendrían el mayor puntaje.

<sup>11</sup> Como se explica en el punto 25 de esta Minuta.

25. Al respecto, se considera que el diseño de las bases de licitación debe cautelar el libre acceso a competidores, estableciendo condiciones generales, uniformes y objetivas en los criterios de evaluación. Así, esta Unidad estima que el ítem de capacidad técnica en comento debiera referirse a la “experiencia relevante”<sup>12</sup> del oferente, la que no necesariamente tiene que ser en el rubro de los servicios que se licitan, y que podría ser medida dentro de un espacio temporal acotado y/o en relación a los metros cuadrados efectivamente trabajados, estableciéndose un estándar mínimo exigible para todos los postulantes lo que, en este caso, no se evidenció siquiera respecto a un piso mínimo en los requisitos de facturación.
26. Dado lo anterior, y sin perjuicio de la facultad de la Fiscalía Nacional Económica de velar permanentemente por la libre competencia en el mercado de construcción, mantención y diseño de áreas verdes, se recomienda el archivo de esta denuncia, no obstante lo cual podrán abrirse nuevas investigaciones y/o ejercer futuras acciones en caso de contar con nuevos antecedentes que lo ameriten.

Saluda atentamente a usted,

  
**CAROLINA BAWLITZA FORES**  
**JEFA UNIDAD ANTI-CARTELES (S)**

MJR

<sup>12</sup> En este sentido, véase la sentencia N° 77/08, de 04 de noviembre de 2008, en causa caratulada “Requerimiento de la FNE contra la Ilustre Municipalidad de Curicó”, considerando Quincuagésimo Quinto.

## Anexo

En la licitación ID 2560-27-LP13, [REDACTED] presentó una lista de precios unitarios cuya ponderación alcanzó las [REDACTED]. Al respecto, cabe preguntarse si dado el caso que dicha empresa hubiese postulado con los mismos precios en la licitación ID 2560-34-LP13, podría habérsela adjudicado sin haber generado un consorcio con una compañía que cumpliera el máximo puntaje de la oferta técnica. Para determinarlo, hay que realizar el siguiente análisis previo:

La segunda licitación presentó diferentes requisitos, tanto para la oferta económica como la técnica, los cuales fueron los siguientes:

### Puntaje Oferta Económica (70%):

En el Anexo N° 4 de Bases, sobre la Metodología y Pauta de Evaluación, se menciona: *“Para la evaluación se considerarán los valores presentados en el Anexo N° 3A “Listado de Precios Unitarios”. Estos valores se ponderarán de acuerdo al Factor de Ponderación que se entrega en éste mismo Anexo. La suma de los precios ponderados, según este factor, será el considerado como oferta a evaluar. Este valor será el que debe ser indicado en el Anexo 3. “Oferta Económica” así como en el portal.*

***El oferente que presente la menor oferta a evaluar, será ponderado con el 70%, siendo las demás ofertas ponderadas en base a ésta.*** (El énfasis es nuestro).

En este caso, sabemos que Pehuenche presentó unos precios unitarios de 64,3585 UTM, Krause de 66,8876 UTM y Estilo de 74,9413 UTM. Para poder responder la duda inicialmente planteada, simularemos la participación de [REDACTED] en forma independiente a las otras empresas, asumiendo que se hubiera presentado con los precios con que lo hizo en la primera licitación, esto es, con [REDACTED]. De ser así, utilizando la ecuación (1)<sup>13</sup> para obtener los

---

<sup>13</sup> La idea de la ecuación es entregar el mayor puntaje a aquella propuesta que tenga un menor valor en su oferta económica la que, en este caso, hubiese sido de [REDACTED].

En cuanto a la fórmula empleada para determinar el puntaje asignado a la oferta económica de los postulantes, podemos explicarla de la siguiente manera: De querer calcular el puntaje que hubiera obtenido Pehuenche, debiésemos dividir la ponderación menor de la

puntajes de la oferta económica, y tal como se observa en la Tabla N° 1, se hubieran obtenido como resultados los puntajes siguientes:

$$\text{Puntaje Oferta Económica} = \left( \frac{\text{Valor propuesta menor}}{\text{Valor propuesta evaluar}} \right) * 70 \quad (1)$$

Tabla N° 1

EMPRESA	PUNTAJE OFERTA ECONOMICA
Pehuenche	
Krause	
Estilo	
	70

Por lo tanto, y dado que [REDACTED] habría presentado la propuesta con menor valor, hubiera obtenido los 70 puntos de la oferta económica, seguida por Pehuenche, Krause y Estilo, respectivamente.

**Puntaje Oferta Técnica (29%):**

En las bases se menciona: "Los documentos presentados se evaluarán según el monto de facturación neta total presentada y de acuerdo a la siguiente tabla:

- De 0 hasta \$ 249.999.999.- 5 puntos
- De \$ 250.000.000.- hasta \$ 499.999.999.- 15 puntos
- \$ 500.000.000.- o más 29 puntos"

En esta parte, supondremos 3 diferentes escenarios para [REDACTED], en donde obtenga puntajes según cada tramo de facturación, representado en la Tabla N° 2, que se muestra a continuación:

Tabla N° 2

EMPRESA	PUNTAJE OFERTA TÉCNICA
Pehuenche	29
Krause	29
Estilo	29
[REDACTED]	29
[REDACTED]	15
[REDACTED]	5

propuesta (que en este caso es de [REDACTED]) por la presentada por Pehuenche (64,3585), y luego multiplicar ese resultado por 70, que es el porcentaje de evaluación que las bases le otorgan a la oferta económica.

Finalmente, y asumiendo que todas las empresas habrían cumplido con los requisitos administrativos, la única forma con la cual [REDACTED] se hubiera adjudicado la segunda licitación hubiera sido presentando los mayores niveles de facturación de la oferta técnica, ya que si hubiera registrado niveles menores, su puntaje final de postulación habría sido superado por Pehuenche, tal cual lo detalla la Tabla N° 3.

Tabla N° 3

EMPRESA	PUNTAJE OFERTA TÉCNICA	PUNTAJE OFERTA ECONÓMICA	CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS	PONDERACIÓN FINAL
Pehuenche	29	[REDACTED]	1	[REDACTED]
Krause	29	[REDACTED]	1	[REDACTED]
Estilo	29	[REDACTED]	1	[REDACTED]
[REDACTED]	29	70	1	100
[REDACTED]	15	70	1	86
[REDACTED]	5	70	1	76