

ANT.: Presentación de la Contraloría General de la República por licitación para el suministro de combustibles. Rol N° 1734-10 FNE.

MAT.: Informe de Archivo.

Santiago, 31 ENE 2012

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
DE : JEFE DIVISIÓN DE INVESTIGACIONES

Sugiero a usted el archivo de los antecedentes, en base al análisis que se expone a continuación:

I. ANTECEDENTES

1. La Ley N° 19.886, "Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios" ("**Ley 19.886**"), regula los contratos que la Administración del Estado celebra, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y para la prestación de servicios requeridos para el desarrollo de sus funciones¹. Esta Ley contempla la posibilidad de licitar mediante Convenios Marco, por medio de los cuales se adquieren bienes y servicios, ya sea para uno o varios servicios públicos agrupados, cuyo uso es obligatorio para los organismos públicos afectos a esta Ley.
2. Con fecha 6 de agosto de 2010, la Contraloría General de la República ("**Contraloría**") remitió a esta Fiscalía Resolución N° 55, de fecha 3 de agosto de 2010, mediante la cual la Dirección de Compras y Contratación Pública adjudicó la propuesta pública ID N° 2239-33-LP09, sobre el Convenio Marco N° 20/2009, para el suministro de combustibles a los Organismos de la Administración del Estado.

¹ Artículo 1° de la referida ley.

3. Al respecto, la Contraloría informó que ha tomado razón de dicha Resolución por encontrarse ajustada a las normas previstas en la Ley 19.886, y su Reglamento, contenido en el Decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda. Sin perjuicio de lo anterior, el referido organismo remitió una copia de dicho proceso y sus antecedentes a esta Fiscalía para su conocimiento y fines que procedan.
4. En consideración a la existencia de un número reducido de participantes en el proceso (sólo las empresas Petrobras -ex Esso- y Copec), y a otras circunstancias, particularmente, coincidencias y errores observados en sus propuestas, las que a juicio de esta Fiscalía podrían deberse a una eventual conducta anticompetitiva por parte de las empresas. Por lo mismo, se estimó necesario iniciar investigación para recabar antecedentes en relación a posibles infracciones al Decreto Ley N° 211 (“DL 211”).

II. MARCO NORMATIVO DE LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

5. La Ley 19.886 establece que, por regla general, los organismos públicos solo podrán realizar adquisiciones por medio de los sistemas creados para tal efecto por la Dirección de Compras y Contratación Pública². Sin perjuicio de ello, la propia Ley 19.886 señala qué entidades públicas se encuentran exentas de utilizar dicho sistema³.
6. Respecto de los procedimientos de contratación a ser utilizados por la Administración del Estado, el artículo 5 de la Ley 19.886 establece que se adjudicarán los contratos mediante licitación pública, licitación privada o contratación directa⁴.

² En efecto, el artículo 18 de la Ley 19.886 establece: “Los organismos públicos regidos por esta ley deberán cotizar, licitar, contratar, adjudicar, solicitar el despacho y, en general, desarrollar todos sus procesos de adquisición y contratación de bienes, servicios y obras a que alude la presente ley, utilizando solamente los sistemas electrónicos o digitales que establezca al efecto la Dirección de Compras y Contratación Pública. Dicha utilización podrá ser directa o intermediada a través de redes abiertas o cerradas, operando en plataformas de comercio electrónico o mercados digitales de transacciones, sea individualmente o acogiéndose a los beneficios de los contratos marco que celebre la señalada Dirección. Dicha actividad deberá ajustarse a lo dispuesto en sus respectivas leyes orgánicas, en la ley de firma electrónica y en las normas establecidas por la presente ley y su reglamento”.

³ Así consta en el artículo 30, letra d), incisos 3° y 4°, de la Ley 19.886.

7. Sin perjuicio de lo anterior, la Ley 19.886 estipula, como regla general, la obligatoriedad de licitar mediante Convenio Marco en aquellos casos en que se adquieren bienes y servicios, ya sea para uno o varios servicios públicos agrupados. Con todo, la misma Ley establece que un servicio público puede excepcionarse de adquirir bienes o servicios por medio del sistema referido si, a su cuenta y directamente obtiene condiciones más ventajosas que las de aquel, sea por medio de licitación o contratación directa⁵.

III. MERCADO RELEVANTE

8. En materia de licitaciones, el producto relevante se encuentra constituido por el objeto o derecho que se pretende adjudicar. Al respecto, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”), ha señalado: *“Que, a mayor abundamiento, este Tribunal comparte el criterio de definición de mercado relevante que, en materia de licitaciones públicas como las de la especie, ha definido la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD), (...), en el sentido 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”*⁶.
9. En el presente caso, para que una compañía distribuidora de combustibles líquidos pueda suministrar combustibles a los Organismos de la Administración del Estado bajo Convenio Marco, debe participar y adjudicarse la licitación realizada por el portal Chilecompras. Por tanto, el mercado

⁴ Por regla general, 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 presente ley, que señala una serie de excepciones (por ejemplo, cuando en las licitaciones públicas respectivas no se hubieren presentado interesados o en casos de emergencia, urgencia o imprevisto debidamente calificadas).

⁵ En efecto, el artículo 30, letra d), inciso 2, establece: *“Los organismos públicos que obtuvieren por su propia cuenta condiciones más ventajosas sobre bienes o servicios respecto de los cuales la Dirección de Compras y Contratación Pública mantiene convenios marco vigentes, deberán informar de tal circunstancia a la Dirección. Con esta información, la Dirección deberá adoptar las medidas necesarias para lograr la celebración de un convenio marco que permita extender tales condiciones al resto de los organismos públicos”*.

⁶ Sentencia N°112, de 22 de junio de 2011, en causa caratulada “Requerimiento de la FNE contra Radio Valparaíso Ltda. y otros”, considerando cuadragésimo sexto.

relevante es la Licitación pública ID N° 2239-33-LP09, sobre el Convenio Marco N° 20/2009.

IV. CARACTERÍSTICAS DE LA INDUSTRIA

10. La provisión de combustibles líquidos a los Organismos de la Administración del Estado puede ser realizada por aquellas empresas que operan en los segmentos de distribución mayorista y minorista de combustibles líquidos.
11. De acuerdo al registro de empresas que cuentan con contratos de abastecimiento con Enap, son nueve las que operan en el mercado de distribución mayorista de combustibles líquidos. Las cuales son: Copec, Enex (ex-Shell), Petrobras, Terpel, Santa Elena, Cabal⁷, Hugo Najle (“Najle”), José Luis Capdevilla (“JLC”) y Energía del Sur (“Enersur”).
12. El TDLC ha señalado en su Resolución N° 34/2011 que el mercado de distribución mayorista de combustibles líquidos presenta un elevado grado de concentración⁸, existiendo desfavorables condiciones a la entrada de competidores adicionales⁹. En el siguiente cuadro se informa las participaciones de mercado a nivel nacional de las compañías distribuidoras mayoristas, tanto en distribución a clientes industriales como a estaciones de servicio.

⁷ Esta compañía inició operaciones de distribución a través de estaciones de servicio en enero de 2010, mientras que en la distribución a clientes industriales empezó a operar en el año 2009. Anteriormente esta empresa tenía la razón social “Punto Blanco”.

⁸ Punto 8.3.9 de la Resolución.

⁹ Al respecto señala la Resolución en el punto 8.3.7: “(...) este Tribunal estima que el mercado de distribución mayorista de combustibles líquidos no es desafiante por nuevos competidores adicionales, (...)”.

Cuadro N° 1
Participaciones a Nivel Nacional en el Segmento de Distribución Mayorista
e Índices de Concentración, por año (2006-2009)

Empresa	2006	2007	2008	2009
Copec	55,1%	67,4%	66,7%	65,2%
Shell	15,7%	10,4%	12,7%	12,9%
Petrobras	12,1%	8,8%	8,9%	8,6%
Terpel	4,7%	4,0%	5,8%	7,5%
YPF	4,7%	2,6%	0,5%	0,5%
Najle	0,1%	0,2%	0,2%	0,2%
JLC	1,4%	0,9%	1,0%	1,1%
Enersur	0,1%	0,1%	0,1%	0,2%
Santa Elena	0,0%	0,2%	0,4%	0,5%
Cabal	0,0%	0,0%	0,1%	0,6%
ENAP	6,1%	5,3%	3,6%	2,7%
C4	89,0%	92,0%	94,2%	94,2%
HHI	3509,8	4785,1	4737,2	4553,8

Fuente: H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Resolución N°34/2011

13. Con respecto a los distribuidores minoristas, la Resolución N° 34/2011 del TDLC también constató un elevado grado de concentración¹⁰, tal como se observa en el Cuadro N° 2, donde las ventas en el canal minorista están concentradas en las cuatro compañías distribuidoras más importantes (Copec, Enex (ex-Shell), Petrobras y Terpel).

Cuadro N° 2
Participación en Volumen Anual de Ventas de Combustibles Líquidos
en Estaciones de Servicio a Nivel Nacional

Año	Copec	Terpel	Shell	Petrobras	Najle	JLC	Enersur	Santa Elena
2006	55,60%	9,40%	17,20%	17,10%	0,30%	0,20%	0,10%	0,00%
2007	56,40%	8,80%	17,20%	16,50%	0,30%	0,50%	0,20%	0,00%
2008	58,40%	8,40%	17,90%	14,20%	0,30%	0,60%	0,20%	0,00%
2009	58,20%	8,20%	16,80%	15,40%	0,40%	0,50%	0,30%	0,10%

Fuente: H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Resolución N°34/2011

¹⁰ "(...) el elevado grado de concentración que se observa en la distribución mayorista también se traslada al mercado de distribución minorista. Lo anterior, mediante la integración vertical de los operadores mayoristas con locales de venta minorista, por medio de la propiedad y/o gestión de estaciones de servicio, y a través de contratos de abanderamiento para el suministro exclusivo de carburantes a estaciones de servicio gestionadas por, o del dominio de, empresarios independientes" (punto 8.3.9., p. 21).

V. ANÁLISIS DEL COMPORTAMIENTO COMPETITIVO DE LAS LICITACIONES BAJO CONVENIO MARCO REALIZADAS

14. Sin perjuicio de la definición de mercado relevante ya establecida en el presente informe, el análisis abarca tres licitaciones¹¹ efectuadas bajo Convenio Marco para el suministro de Combustible líquido a los Organismos de la Administración del Estado.
15. Cabe señalar que dentro de las licitaciones realizadas, las bases de licitación de Convenio Marco han observado cambios, principalmente en relación a: i) requerimientos mínimos obligatorios; ii) criterios de evaluación y iii) proceso de evaluación. Por otra parte, la última licitación introduce un descuento \$/litro referencial.
16. El detalle del análisis realizado se puede observar en el Anexo Confidencial N°1 de este informe. Sin perjuicio de ello, se puede señalar aquí que los antecedentes analizados no denotan una eventual actividad anticompetitiva por parte de las empresas, ya que se observa una mejora en las condiciones de oferta a lo largo de las tres licitaciones realizadas, situación que no se condice con una conducta anticompetitiva.

VI. MOTIVOS QUE HAN DESINCENTIVADO LA PARTICIPACIÓN DE OTRAS EMPRESAS EN ESTOS PROCESOS

17. Durante la investigación se solicitó información mediante oficio a las principales empresas participantes en el mercado nacional de distribución mayorista de combustibles, lo que permitió conocer los diversos motivos por los cuales éstas no presentaron ofertas en los procesos de licitación realizados a través del portal ChileCompra. En términos generales, señalan que no consideran suficientemente atractivas económicamente estas licitaciones. El detalle de tales respuestas puede ser consultado en el Anexo Confidencial N°2 de este informe.

¹¹ De acuerdo a la información remitida por ChileCompra, tales procesos tenían las siguientes identificaciones: ID N° 2239-57-LP05, ID N° 2239-16-LP07 y ID N° 2239-33-LP09.

VII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIÓN

18. Bajo el Convenio Marco para el suministro de combustibles a los Organismos de la Administración del Estado se han realizado únicamente tres licitaciones. En consideración a lo anterior, se hace difícil observar, adecuadamente, un patrón de comportamiento anticompetitivo entre las empresas en el tiempo.
19. No obstante, de acuerdo al análisis efectuado, no se observan antecedentes que den cuenta de una supuesta conducta anticompetitiva.
20. Por otra parte, esta Fiscalía consultó los motivos de su ausencia en estos procesos a empresas competidoras en el mercado. Respecto a sus respuestas, ellas han señalado que no encuentran suficientemente atractivas económicamente estas licitaciones.
21. De acuerdo al análisis efectuado, esta División es de la opinión que los hechos denunciados no dan cuenta de la existencia de algún hecho, acto o convención contrario a DL 211, que motiven la interposición de un requerimiento ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Por lo tanto, en atención a lo expuesto, esta División sugiere al Sr. Fiscal disponer el archivo de los antecedentes, sin perjuicio de la fiscalización permanente de este mercado, dada su relevancia para la economía nacional.

Saluda atentamente a usted,


RONALDO BRUNA VILLENA
JEFE DIVISIÓN DE INVESTIGACIONES


BAY