

ANT.: Denuncia reservada. Rol FNE N°
2187-13.

MAT.: Minuta de Archivo (I).

Santiago, - 9 MAY 2013

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
DE : JEFE DIVISIÓN INVESTIGACIONES

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

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 16 de enero de 2013, se recibió denuncia del Servicio de Impuestos Internos ("SII"), por posible colusión entre oferentes del componente dos de la licitación de mercado público ID 9349 2239-4-LP10 consistente en el arrendamiento de diez servidores¹, realizada en el contexto de la Ley 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, a través de convenio marco, bajo la modalidad establecida en el artículo 14 bis del Decreto 250, que Aprueba Reglamento de la Ley²⁻³.

¹ De acuerdo a la denuncia el componente dos estaría constituido por "Arrendar ocho servidores...", sin embargo, tanto en la descripción de los productos como en los antecedentes de la licitación se verificaron que son 10 los equipos licitados.

² Artículo 14 bis.- Adquisiciones vía Convenio Marco: "En las adquisiciones vía convenio marco superiores a 1.000 UTM, las entidades deberán comunicar, a través del Sistema, la intención de compra a todos los proveedores que tengan adjudicado un Convenio Marco el tipo de producto requerido.

Esta comunicación será realizada con la debida antelación, considerando los tiempos estándares necesarios para la entrega de la cantidad de bienes o servicios solicitados, plazo que en ningún caso será inferior a los 10 días corridos antes de la emisión de la orden de compra.

En ella se indicará, al menos, la fecha de decisión, de compra, el producto o servicio requerido, la cantidad y las condiciones de entrega. La entidad deberá seleccionar la oferta más conveniente según resultado del cuadro comparativo que deberá confeccionar sobre la base de los criterios de

2. En específico, señala la denuncia que se *“configuran indicios de una posible conducta colusoria, por la presentación de “ofertas de protección” u “ofertas en la sombra”, en la que se presenta una propuesta que no tiene ninguna posibilidad de resultar vencedora con el único propósito de dar la apariencia de haberse presentado un número de oferentes que asegure un proceso legítimo, pero que en el fondo, solo está asegurando que el ganador designado por los miembros del acuerdo colusorio, se termine adjudicando la licitación.”*

3. El denunciante destaca que al menos dos de los participantes en el proceso -Tecnologías y Sistemas S.A. (**“Intesis”**) y Upgrade S.A. (**“Upgrade”**)- tenían porcentajes de participación recíprocos en los capitales sociales y que, adicionalmente, el tercer participante -Adexus S.A. (**“Adexus”**)- no contaba, a la fecha de la presentación de la oferta, con la renovación de la representación de la marca de los equipos licitados para el año 2013, por lo que en caso de ser adjudicado el contrato a esta empresa, obligaría al SII a terminarlo.

4. Los valores ofertados por cada uno de los participantes en la licitación objeto de la denuncia fueron los siguientes:

Proveedor	Intesis	Upgrade	Adexus
Valor	US \$ 3.084.572,11 IVA incluido	US \$ 2.279.045,81 IVA incluido	US \$ 3.313.517,634 IVA incluido

5. En el caso de Upgrade, dado que no se dio cumplimiento a requisitos formales de admisibilidad⁴, no fue considerada su oferta. Finalmente, Intesis fue la adjudicataria de la licitación, al tener la mejor evaluación entre las ofertas.

³ Respecto a los términos de contratación, éstos fueron comunicados el día 8 de noviembre de 2012. El período de consultas transcurrió entre el 8 de noviembre hasta el 13 de noviembre del mismo año. La apertura de las ofertas fue realizada el día 4 de diciembre de 2012 y la adjudicación el día 18 del mismo mes.

⁴ No sube código al portal mercado público.

6. Cabe señalar que las bases del proceso no contenían prohibición de presentar ofertas simultáneas por parte de empresas relacionadas, y tampoco se exigía la acreditación de tener la calidad de representante de la marca. Los criterios utilizados para evaluar las ofertas correspondían a un 25% para el puntaje técnico y a un 75%, el puntaje económico. La duración del contrato se estableció en 60 meses.

II. MERCADO RELEVANTE

7. En este caso, el mercado relevante está determinado por la licitación de mercado público ID 9349 2239-4-LP10, y el producto corresponde al arrendamiento de diez servidores *middle – range* de misión crítica: dos servidores M5000, seis servidores T4-4 y dos servidores X3-2; instalación y puesta en marcha; entrega de procedimientos y servicios de soporte y mantención, en el territorio nacional⁵.
8. Para que una empresa pudiera adjudicarse el servicio licitado -básicamente, el arrendamiento de diez servidores-, debía previamente encontrarse en el listado de los proveedores que correspondían al convenio marco⁶ según el tipo de producto requerido, participar y obtener

⁵ De acuerdo a la jurisprudencia nacional, en materia de licitaciones, en específico, 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, el mercado 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.*" (Énfasis agregado). Asimismo estableció, en el considerando Cuadragésimo Quinto, que: "*en un proceso de licitación, el mercado relevante, las barreras a la entrada a éste y el posible poder de negociación de quienes participan en él, quedan determinados por las bases del concurso y la regulación vigente.*" (Énfasis agregado).

⁶ Mediante Resolución de fecha 02 de junio de 2011 la Dirección de Compras y Contratación Pública, adjudicó propuesta pública, para la suscripción de Convenio Marco de Computadores y Productos Asociados, a través de la Licitación Pública ID 2239-4-LP10. Se recibieron 228 ofertas, de 190 proveedores únicos, de los cuales 14 proveedores fueron rechazados en el acta de apertura. La Dirección de Compras adjudicó por categoría licitada (Categoría Desktop, Categoría Notebook, Categoría Servidores, Categoría Almacenamiento, Categoría Dispositivos Móviles, Categoría Software, Categoría Licenciamiento Corporativo, Soluciones Integrales y Servicios Asociados) a los oferentes que se situaron en el 80% mejor evaluado de acuerdo al puntaje global, considerando para ello un orden jerarquizado desde el mayor a menor puntaje.

la máxima puntuación, cumpliendo con los requisitos establecidos en los términos de contratación.

9. De acuerdo a las declaraciones del denunciante prestadas ante esta Fiscalía, en la referida licitación se encontraban habilitados a participar al menos 5 oferentes distintos a los que finalmente participaron.

III. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA DENUNCIADA

10. La colusión entre oferentes de una licitación (“*bid rigging*” o “*collusive tendering*”) se produce cuando “empresas, que en ausencia de dicha colusión habrían competido sin compartir información entre sí, se ponen de acuerdo para elevar los precios o disminuir la calidad de los productos o servicios a ser proveídos a adquirentes interesados en obtener dichos productos o servicios mediante un proceso competitivo”⁷⁻⁸.
11. Si bien las empresas pueden acordar implementar diversos esquemas de acuerdos colusorios en licitaciones, generalmente desarrollan una o más estrategias comúnmente conocidas. Entre ellas, las que conciernen a la situación denunciada son: posturas encubiertas (*cover bidding*)⁹ y supresión o retiro de posturas (*supression bidding*)¹⁰.

⁷ “*Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement*”, documento DAF/COMP(2009)1, de 24.02.2009. Versión en castellano, preparada por la División de Estudios de la Fiscalía Nacional Económica que no constituye una traducción oficial de dicho documento, pág.1.

⁸ Respecto a la denuncia que nos convoca, cabe señalar además que: “*La colusión entre oferentes puede causar mucho daño cuando ella se produce en licitaciones para el abastecimiento público. En estos casos, los acuerdos colusorios extraen recursos de manera ilegítima de los compradores y, en último término, de los contribuyentes, hacen disminuir la confianza pública en el proceso competitivo, y socavan los beneficios de un mercado competitivo.*” Ob cit, pág. 2.

⁹ También conocidas como posturas de cortesía, simbólicas, simuladas o complementarias. Se está frente a una postura encubierta cuando individuos o empresas han acordado presentar ofertas que contienen, a lo menos, alguna de las siguientes características: (1) un competidor acuerda presentar una oferta que es más elevada que la oferta del ganador previamente determinado por el acuerdo, (2) un competidor presenta una oferta que es conocida y manifiestamente demasiado elevada para ser aceptada, o (3) un competidor presenta una oferta que contiene entre sus condiciones generales términos conocidos y claramente inaceptables para el comprador. Los integrantes del acuerdo colusorio siguen este esquema para dar la apariencia de una competencia genuina. Véase Ob cita, pág 3.

¹⁰ El retiro o la supresión de posturas implica acuerdos entre los competidores en el sentido de que una o más empresas consienten en no presentar ofertas, o bien en retirar la oferta previamente presentada, con la finalidad que el ganador previamente designado sea el escogido por el adquirente. En esencia, en esta figura la empresa no presenta una oferta a la evaluación final del adquirente. Véase Ob cita, pág 3.

12. La colusión entre oferentes de licitaciones es constitutiva de una infracción a la libre competencia sancionada por el artículo 3 del DL 211. El literal a) del citado artículo ejemplifica los actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos¹¹. Según ha expresado el TDLC¹², de acuerdo con el artículo 3, los elementos que primeramente deben presentarse para que un acto constituya colusión, son los siguientes:
- (A) Confluencia de voluntades entre competidores;
 - (B) Que dicha confluencia de voluntades tenga por objeto restringir, afectar o eliminar la competencia en el mercado relevante afectado, o a lo menos que tienda a producir tales efectos, y;
 - (C) Que dicho acuerdo les confiera un poder de mercado suficiente para producir el efecto antes mencionado.
13. En el caso que nos ocupa, y en lo que concierne al primero de los requisitos, debe señalarse que, entre Intesis y Upgrade tenían un elevado porcentaje de participación recíproca en sus capitales sociales (95%); en este caso en particular puede afirmarse entonces, que ambas empresas conformaban una misma entidad.
14. La presencia de dos empresas relacionadas, en este caso, pareciese ajustarse al diseño de las Bases de Licitación. Por otro lado, es efectivo que dicha situación podría afectar los resultados esperados por parte del organismo licitatorio en ciertos casos. Una forma de prevenir la presentación de ofertas por parte de una misma persona o por parte de empresas relacionadas, es la introducción a futuro de una cláusula en las mismas bases de licitación que proscriba la participación de empresas relacionadas.

¹¹ "(a) *Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores, o afectar el resultado de procesos de licitación*". (Énfasis agregado).

¹² Sentencia N° 112/11 del TDLC, de fecha 22 de junio de 2011, considerando Sexagésimo Sexto.

15. Adicionalmente, tampoco existen antecedentes que den cuenta de la existencia de algún tipo de acuerdo entre Upgrade e Intesis con Adexus. Así por ejemplo, se aprecia que los valores ofertados en los ítems que componían la evaluación económica (75%) entre ambos competidores se diferenciaron en un 7%, que Adexus presentó menores valores que Intesis en dos de los cuatros componentes evaluados en la oferta económica y, por último, que la calificación técnica de Adexus fue superior a la de Intesis. Todo lo anterior, tuvo como resultado, que la evaluación final de ambos oferentes difirió en sólo un punto, cuestión que, a juicio de esta División y ante la inexistencia de antecedentes adicionales, no permite establecer que éstos sean indiciarios de un potencial atentado a la libre competencia.
16. Finalmente, la no renovación en la representación de la marca por parte de Adexus no afectaba la posibilidad de éxito del oferente en el procedimiento licitatorio, que dependía del cumplimiento de los requisitos formales del proceso de compras públicas y de la observancia del 100% de las características indicadas en el Anexo N° 3 de las Bases respectivas, denominado “Ficha Técnica/Económica”¹³.

IV. CONCLUSIÓN

17. Se desestima la configuración de colusión entre Intesis y Upgrade, en atención al elevado porcentaje de participación recíproca en sus capitales sociales (95%), no concurriendo el primero de los requisitos para la configuración de la colusión: confluencia de voluntades “entre competidores”.
18. Asimismo, no existen antecedentes que permitan inferir una eventual acuerdo entre Upgrade e Intesis con Adexus, razón por la cual, se

¹³ En efecto, la pérdida de “calidad asociado de negocio o representante de la marca asociada (IBM u Oracle)”, no se contempla como un requisito de admisibilidad o como factor de puntuación; se considera “incumplimiento grave de las obligaciones contraídas por el proveedor”, la que a su vez, se encuentra contemplada como causal de término anticipado del acuerdo complementario, lo que ocurriría con posterioridad al hito de adjudicación y celebración del contrato respectivo.

recomienda al Sr. Fiscal, salvo su mejor parecer, el archivo de los antecedentes que fueron analizados.

Saluda atentamente a usted,



RONALDO BRUNA VILLENA
JEFE DIVISION INVESTIGACIONES


PHB