

ANT.: Denuncia reservada. Rol FNE N°
2220-13.

MAT.: Minuta de Archivo (I).

Santiago, 22 JUL 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 03 de mayo de 2013, se recibió denuncia del Servicio de Impuestos Internos ("SII"), por posible colusión entre oferentes de la licitación de mercado público ID 2093-22-LP12 consistente en la adquisición de solución informática de 2 UPS¹ de 120 KVA para el Data Center de respaldo, realizada en el contexto de la Ley 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.
2. El denunciante señala que *"se abstuvieron de presentar ofertas de marcas que hubiesen alcanzado los requisitos mínimos exigibles, y se presentaron ofertas que de antemano, según los criterios de evaluación y requisitos mínimos, se sabía que no iban a calificar técnicamente."*
3. Asimismo, indica 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*

¹ Por su sigla en inglés: *uninterruptible power supply* o sistema de alimentación ininterrumpida.

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.”

4. En dicha licitación participaron cinco oferentes: Rem S.A., Selecom Comunicaciones y Energía Limitada, Fernández Fica S.A., Kolff S.A. y Servicios de Respaldo de Energía Técnica Limitada. Esta última empresa quedó descalificada del proceso por no realizar visitas de carácter obligatorias a las dependencias de la empresa licitante.
5. Cabe señalar que las bases del proceso establecían que para calificar técnicamente las ofertas debían lograr un puntaje mínimo de 80 puntos². Sólo dos empresas lograron el puntaje exigido: Selecom Comunicaciones y Energía Limitada, con 85,5 puntos y Fernández Fica S.A., con 96 puntos, quien resultó finalmente adjudicataria, dado que la primera no se ajustó a las características técnicas mínimas aceptadas, establecidas en el Anexo N°6 de las Bases de Licitación.
6. Adicionalmente, de las dos ofertas económicas, Selecom Comunicaciones y Energía Limitada postuló con una oferta total equivalente a US\$ 130.000 para los 60 meses de vigencia del contrato, versus los US\$ 81.930 ofrecidos por la adjudicataria Fernández Fica S.A.³.

II. MERCADO RELEVANTE

7. En este caso, el mercado relevante está determinado por la licitación de mercado público ID 2093-22-LP12, y el producto corresponde a la adquisición de solución informática de 2 UPS de 120 KVA para el Data Center de respaldo del SII, en el territorio nacional⁴.

² Cláusula 3.3.1 de las Bases Administrativas.

³ Apertura económica Licitación ID 2093-22-LP12. Disponible en: www.mercadopublico.cl

⁴ 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

8. Para que una empresa pudiera adjudicarse el servicio licitado, conforme a lo establecido en la disposición 2.2 de las Bases Administrativas, debía cumplir los siguientes requisitos: a) Cumplimiento de lo indicado en el Anexo N° 6 de las Bases de Licitación, referentes a las características técnicas mínimas aceptadas; b) Asistencia obligatoria a una de las dos visitas a las dependencias de la empresa licitante; c) Acreditación por parte del oferente de calidad de profesional del área de Energía, a través del título correspondiente; y d) Representación de la marca de las UPS en Chile, a través de certificado de la empresa fabricante.

III. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA DENUNCIADA

9. 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”*⁶⁻⁶.
10. Si bien las empresas pueden acordar implementar diversos esquemas de acuerdos colusorios en licitaciones, las que conciernen a la situación

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).

⁵ OECD, “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.

⁶ 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.

denunciada son: posturas encubiertas (cover bidding)⁷ y supresión o retiro de posturas (supression bidding)⁸.

11. 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 efectos⁹. Según ha expresado el TDLC¹⁰, 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.

12. En el caso que nos ocupa, no se ha verificado el cumplimiento del primero de los requisitos, mencionado en el párrafo precedente, como tampoco, existen antecedentes que permitan prever la posible ocurrencia de situaciones similares en otras licitaciones.

⁷ 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. cit., pág 3.

⁸ 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. cit., pág 3.

⁹ "(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).

¹⁰ Sentencia N° 112/11 del TDLC, de fecha 22 de junio de 2011, considerando Sexagésimo Sexto.

13. Por el contrario, la empresa que resultó adjudicataria del proceso de licitación obtuvo el puntaje máximo en siete de los nueve criterios de evaluación técnica¹¹, en circunstancias que, de haberse verificado un acuerdo colusorio, lo óptimo hubiese sido ajustarse al piso o mínimo de lo requerido para su éxito. En efecto, según ya se señaló, la empresa Selecom Comunicaciones resultó calificada en segundo lugar en la evaluación técnica con 85 puntos (de una totalidad de 100), distanciándose en 10,5 puntos de la adjudicataria, fuera de no haber cumplido con los requerimientos del Anexo N°6 de las Bases de Licitación.
14. En efecto, en un escenario colusivo, el comportamiento que se esperaría - dado el margen de distancia entre los puntajes de las competidoras - es que la empresa adjudicataria no optimizara su nivel de cumplimiento, sino que hubiese presentado una oferta que involucrara menores costos.
15. Más aún, del análisis de las ofertas económicas realizadas con las dos empresas que llegaron a la etapa de la apertura económica, se desprende que la adjudicataria Fernandez Fica S.A., presentó una oferta económica¹² que corresponde a menos del 65% del valor presentado por su potencial competencia Selecom Comunicaciones y Energía Limitada.
16. Concordantemente, el denunciante señaló a esta Fiscalía que los precios involucrados en la licitación no se diferencian significativamente respecto de los que actualmente existen en el mercado¹³ y se ajustaban al presupuesto que ex ante previó pagar el servicio.

¹¹ De conformidad a lo dispuesto en disposición 3.3.1 de las Bases el puntaje asignado para cada criterio, dependía de su "nivel de cumplimiento", estableciéndose un puntaje de 100 para el grado óptimo de cumplimiento, de 80, 60 o 50 para niveles intermedios y 0 para niveles inferiores. Los criterios de evaluación técnica que fueron evaluados son: tiempo respaldo de batería, crecimiento de UPS, años de representación de la marca ofertada, garantías, años de experiencia, plazo de entrega de equipos, Certificación ISO 9001:2000, espacio físico requerido para la solución ofertada y cumplimiento de requisitos formales.

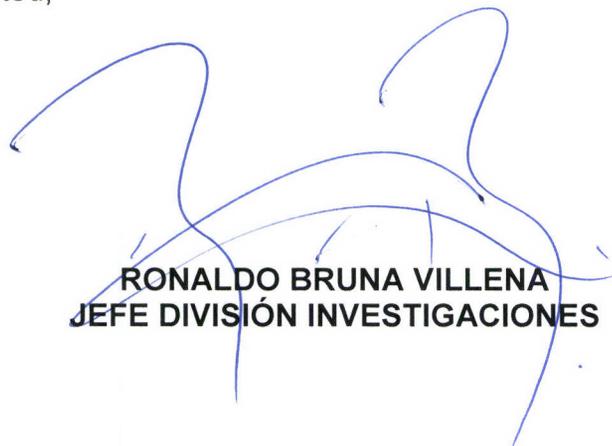
¹² De conformidad a Anexo N° 3 de Bases de Licitación, la propuesta económica se compone de los valores ofertados para: solución, implementación y puesta en marcha y soporte y mantención con repuestos incluidos.

¹³ Conforme se da cuenta en Anexo Confidencial.

IV. CONCLUSIÓN

17. No existen antecedentes que permitan inferir una eventual acuerdo colusorio entre las oferentes de la licitación de mercado público ID 2093-22-LP12, consistente en la adquisición de solución informática de 2 UPS de 120 KVA para el Data Center de respaldo de SII, razón por la cual, se recomienda al Sr. Fiscal, salvo su mejor parecer, el archivo de los antecedentes que fueron analizados.

Saluda atentamente a usted,



RONALDO BRUNA VILLENA
JEFE DIVISIÓN INVESTIGACIONES


PHB