

Santiago, veinticinco de octubre de dos mil trece.

VISTOS:

1. A fojas 364, con fecha 13 de julio de 2012, SONDA S.A. (en adelante indistintamente “Sonda”, la “demandante” o la “actora”) interpuso una demanda en contra del Servicio de Registro Civil e Identificación (en adelante indistintamente “SRCEI”, el “Servicio” o la “demandada”), por supuestas infracciones a las normas para la defensa de la libre competencia, al ejecutar actos que habrían tenido por objeto y efecto reducir y eliminar la competencia en la Licitación Pública Internacional para la provisión de los servicios destinados al *“Sistema de Identificación, Documentos de Identidad y Viaje y Servicios Relacionados para el Servicio de Registro Civil e Identificación”*, código 594-56-LP08 (en adelante indistintamente la “Licitación” o el “Proceso Licitatorio”). En su demanda, Sonda expone lo siguiente:

1.1. Con fecha 14 de febrero de 2008 las Bases Administrativas y Bases Técnicas de la Licitación (en adelante, respectivamente las “Bases Administrativas” y las “Bases Técnicas” y, en conjunto, las “Bases” o las “Bases de Licitación”) fueron publicadas en el portal Mercado Público. El objetivo de la Licitación era *“proveer el nuevo Sistema de Identificación y de Viaje y Servicios Relacionados, fortalecer la verificación e identificación automática de la identidad de las personas, producir los nuevos documentos de identidad necesarios para ser utilizados dentro y fuera del país, cumpliendo con los estándares internacionales de uso y seguridad de los documentos emitidos y del proceso de producción de éstos, como también otorgar los servicios de información relacionados”* (punto 1.2. de las Bases Técnicas).

1.2. A la Licitación se habrían presentado los siguientes siete oferentes: Coasin Chile S.A. (en adelante, “Coasin”); SICE Agencia en Chile S.A. (en adelante, “SICE”); Siemens S.A. (en adelante, “Siemens”); Sagem Sécurité S.A., hoy Morpho S.A. (en adelante indistintamente “Sagem Sécurité” o “Morpho”); Bundesdruckerei GmbH (en adelante, “Bundesdruckerei”); Indra Sistemas Chile S.A. (en adelante, “Indra”); y, Sonda (en adelante, colectivamente considerados, los “Oferentes”).

1.3. El 9 de abril de 2010, mediante Resolución Exenta N° 1265, el SRCEI declaró inadmisibles las ofertas de Coasin, por problemas relativos a la vigencia de su boleta de garantía de seriedad de la oferta. Luego, el 14 de mayo de 2010, mediante Resolución Exenta N° 1684, el Servicio declaró inadmisibles las ofertas de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Siemens, debido a la omisión de una declaración jurada ante notario de ausencia de impedimentos para contratar con la administración del Estado. Finalmente, el 12 de julio de 2010, mediante Resolución Exenta N° 2492, el SRCEI declaró inadmisibles las ofertas de SICE y Sonda, en atención a que sus propuestas técnicas no habrían superado el puntaje mínimo de 60 puntos en al menos un Componente. Tres días más tarde, mediante Resolución Exenta N° 2562, el SRCEI adjudicó la Licitación a la empresa Indra.

1.4. El 12 de julio de 2010, mediante Resolución Exenta N° 2492, el SRCEI declaró inadmisibles las ofertas de Sonda. Tres días más tarde, mediante Resolución Exenta N° 2562, el SRCEI adjudicó la Licitación a la empresa Indra.

1.5. Con fechas 22 y 27 de julio de 2010 Sonda y Morpho, respectivamente, interpusieron demandas de impugnación en contra de varios actos administrativos pronunciados por el SRCEI durante la Licitación, lo que originó los procesos N° 82-2010 y N° 85-2010, seguidos ante el H. Tribunal de Contratación Pública (en adelante indistintamente "HCTP"). Entre los actos administrativos se encontraban: (i) la Resolución Exenta N° 2492, de 12 de julio de 2010, mediante la que declaró la inadmisibilidad de la oferta de Sonda; (ii) la Resolución Exenta N° 2562, de 15 de julio de 2010, mediante la que se adjudicó el contrato licitado a Indra; (iii) el acta de evaluación técnica, de 12 de julio de 2010; (iv) el acta de evaluación económica, denominada Informe de Subcomisión Evaluación Económica, de fecha 13 de julio de 2010; y, (v) la Guía del Evaluador, publicada el 12 de julio de 2010. Mediante sentencia de 17 de junio de 2011, pronunciada en el proceso N° 85-2010, el referido tribunal dejó sin efecto la adjudicación a Indra, ordenando retrotraer la Licitación al estado de efectuarse una nueva evaluación técnica y económica de las propuestas. Por otra parte, mediante sentencia de 26 de julio de 2011, pronunciada en el proceso N° 82-2010, el HTCP ordenó la reincorporación de Sonda a la Licitación. Debe tenerse presente que el H. Tribunal de Contratación Pública acogió la demanda interpuesta por Sonda en el proceso N° 82-2010, sin pronunciarse sobre los supuestos vicios de calificación técnica imputados por la demandante, puesto que, mediante sentencia pronunciada en el proceso N° 85-2010 se ordenó que los referidos aspectos fueran objeto de una nueva evaluación.

1.6. Una vez reanudado el Proceso Licitatorio, el SRCEI dictó la Resolución Exenta N° 3103, de 27 de julio de 2011, mediante la cual se declaró la inadmisibilidad de las ofertas presentadas por SICE y Bundesdruckerei, en atención a que éstas no habrían cumplido con la obligación de mantener vigentes las boletas de garantía de seriedad de sus ofertas. Posteriormente, con fecha 22 de agosto de 2011, el SRCEI dictó la Resolución Exenta N° 3492, declarando

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

inadmisible la oferta presentada por Sonda, en atención a que ésta no habría cumplido con las exigencias establecidas en la sección 2.1.1 “Experiencia del Proponente” de las Bases Técnicas. Finalmente, mediante Resolución Exenta N° 4195, de 13 de octubre de 2011, el Servicio adjudicó la Licitación a Morpho.

1.7. Señala Sonda que la Licitación fue adjudicada a la empresa que había presentado la propuesta más costosa de las ofertas económicas abiertas, pero que, al haber llegado sin competencia a la fase final de la Licitación, no fue objeto de comparación de ninguna especie, ni en lo económico, ni en lo tecnológico. Expone que en la Licitación se habrían cometido múltiples y graves irregularidades, que habrían motivado diversos procesos judiciales, y que el SRCEI habría incurrido en una serie de actos arbitrarios que habrían afectado gravemente las condiciones de competencia en el Proceso Licitatorio.

1.8. Explica que el SRCEI se habría extralimitado permanentemente, incumpliendo las Bases de Licitación y las disposiciones de la Ley N° 19.886 mediante el ejercicio de facultades discrecionales –bajo el pretexto de ejercer facultades legales–, con el objeto y efecto de: (i) alterar las condiciones objetivas de competencia; (ii) poner en situación de privilegio a algunos oferentes en desmedro de otros; y, (iii) excluir participantes; para, en definitiva, adjudicar el contrato licitado al único proponente que el SRCEI dejó en carrera, sin que mediara competencia alguna. Lo anterior constituiría un abuso de poder de parte del SRCEI, en virtud de la posición de ente licitante que le conferirían la ley y las Bases, y que se habría manifestado en la comisión de las siguientes conductas:

1.8.1. Primera exclusión de Sonda: explica que la primera declaración de inadmisibilidad de su oferta se produjo el 12 de julio de 2010, mediante Resolución Exenta N° 2492 dictada por el SRCEI, fundada en que Sonda no habría informado el tiempo que su *software* de reconocimiento facial demoró en procesar 29 fotografías. Expone que las referidas fotografías, entregadas por el SRCEI, se encontraban incompletas o corruptas, pues parte de su información era ilegible, lo que imposibilitó que el *software* empleado por Sonda las procesara. Señala que el SRCEI no solicitó a Sonda aclaraciones o rectificaciones de ningún tipo en la oportunidad que correspondía, pese a que el Protocolo de Pruebas Prácticas de la Licitación establecería que las pruebas podrían repetirse tantas veces como fuera necesario. Como consecuencia de lo anterior, Sonda dedujo una demanda de impugnación en contra la Resolución Exenta N° 2492, que dio lugar al proceso rol N° 82-2010, substanciado ante el H. Tribunal de la Contratación Pública. Dicho tribunal acogió la demanda, ordenado la reincorporación de Sonda al Proceso Licitatorio, aunque sin referirse a los supuestos vicios incurridos en la fase de evaluación técnica.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.8.2. Adjudicación a Indra: señala que la adjudicación a Indra, realizada mediante Resolución Exenta N° 2562, de 15 de julio de 2010, adoleció de diversas ilegalidades, destacándose dentro de ellas: (i) la inexistencia, por un plazo de 20 días, de la boleta de garantía de seriedad de la oferta de Indra; y, (ii) la participación de terceros ajenos a la Comisión Evaluadora de la Licitación en el proceso de calificación de propuestas. Dichos vicios habrían sido constatados en la sentencia de 17 de junio de 2011, pronunciada por el H. Tribunal de Contratación Pública en el proceso N° 85-2010, que resolvió declarar ilegal la adjudicación a favor de Indra, excluir a dicha empresa de la Licitación y retrotraer ésta al estado de efectuarse una nueva evaluación técnica y económica.

1.8.3. Exclusión de SICE y Bundesdruckerei: luego del pronunciamiento del H. Tribunal de Contratación Pública, y una vez reanudada la Licitación, el SRCEI, mediante Resolución Exenta N° 3103, de 27 de julio de 2011, declaró la inadmisibilidad de las ofertas de Bundesdruckerei y SICE, en atención a que éstas no habrían renovado sus boletas de garantía de seriedad de sus propuestas, lo que habría infringido lo dispuesto en la sección 2.1.1 de las Bases Administrativas. Lo anterior constituiría una arbitrariedad del SRCEI, ya que el vencimiento de las referidas boletas de garantía se produjo durante la suspensión del Proceso Licitatorio, decretada por el H. Tribunal de Contratación Pública.

1.8.4. Segunda exclusión de Sonda: mediante Resolución Exenta N° 3492, de 22 de agosto de 2011, el SRCEI declaró inadmisibles las ofertas presentadas por Sonda, invocando como fundamento la no acreditación de experiencia del proponente, exigencia contenida en el punto 2.1.1 de las Bases Técnicas. Con esta resolución, el SRCEI habría eliminado lo que quedaba de competencia en el mercado creado por la Licitación, otorgando a Morpho un monopolio mediante resoluciones administrativas discrecionales. Señala que lo anterior implicaría una grave infracción a la sentencia pronunciada por el H. Tribunal de Contratación Pública en el proceso rol N° 85-2010, que ordenó retrotraer la Licitación al estado de efectuarse una nueva evaluación técnica y económica, esto es, a la fase terminal del proceso administrativo, en la que correspondía asignar puntajes a las diversas propuestas y adjudicar el contrato. En cambio, el SRCEI habría vuelto a la etapa de evaluación de antecedentes administrativos, que se encontraba terminada desde el año 2009, sin que el ente licitante manifestara oportunamente observación alguna en relación con los hechos que sirvieron de fundamento a la segunda exclusión de Sonda. Adicionalmente, Sonda explica que, de acuerdo con las Bases, la evaluación de las ofertas técnicas se debía realizar calificando ocho componentes, que a su vez comprendían diversas materias e ítems (en adelante “Componentes”, “Materias” e “Ítems”) Un oferente sólo podía ser excluido si no

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

obtenía el puntaje mínimo de 60 puntos en uno de los Componentes técnicos, lo que implicaba ponderar previamente la calificación obtenida en cada una de las Materias y cada uno de los Ítems que los conformaban. En el caso *sublite*, el Componente “Plan de Desarrollo del Proyecto” comprendía seis Ítems (de acuerdo con las Bases, Materias), uno de los cuales era la “Experiencia del Proponente”. De esta manera, para decidir si correspondía o no excluir a Sonda era necesario efectuar la evaluación de su oferta técnica y determinar si, como consecuencia de una eventual falta de acreditación de experiencia, la calificación obtenida en el Componente “Plan de Desarrollo del Proyecto” no cumplía con el puntaje mínimo exigido por las Bases. Lo anterior no habría ocurrido en la especie, pues el SRCEI declaró la inadmisibilidad de la oferta de Sonda antes de su calificación. Por último, Sonda indica que el reproche de falta de acreditación de experiencia que formuló el Servicio, y que justificó la declaración de inadmisibilidad de su propuesta técnica, carecería de sustento, pues la empresa se ha encontrado a cargo de la emisión de cédulas de identidad y pasaportes en Chile durante los últimos años.

1.8.5. No exclusión de Morpho por vicios de su boleta de garantía: según la demandante, la boleta de garantía de seriedad de la propuesta presentada por Sagem Sécurité (Morpho) no habría sido extendida a la vista, pues exigía, como requisito para proceder a su cobro, el envío de un aviso escrito previo al banco emisor, indicando que Sagem Sécurité no había dado cumplimiento a las obligaciones garantizadas. Esto habría implicado infringir las Bases y la Ley N° 19.886 y quebrantar la igualdad entre los oferentes y la competencia leal que debía existir entre ellos. La referida discriminación arbitraria sería especialmente grave, atendido que las propuestas de cuatro oferentes fueron declaradas inadmisibles precisamente por problemas relativos a sus boletas de garantía.

1.8.6. Evaluación de ofertas en condiciones desiguales para los proponentes, como consecuencia de existir ofertas económicas abiertas y otras cerradas: al retrotraerse la Licitación al estado de efectuarse una nueva evaluación técnica, se produjo una situación anómala, pues algunas ofertas económicas se encontraban abiertas debido a la fallida adjudicación anterior (Sagem Sécurité y Bundesdruckerei), mientras que otras permanecían cerradas (SICE y Sonda). El Proceso Licitatorio fue concebido de manera que no fueran conocidas las ofertas económicas al momento de evaluarse las ofertas técnicas, como una forma de salvaguardar evaluaciones imparciales e independientes. Sin embargo el SRCEI decidió seguir adelante con la Licitación, sin resolver la referida anomalía, lo que constituiría un proceder inadmisibile e irregular.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.8.7. Utilización de distintos criterios en la evaluación de propuestas técnicas: el Servicio habría actuado arbitrariamente al evaluar las propuestas técnicas, aplicando un criterio al calificar a Morpho dispar al empleado para declarar inadmisibles la oferta de Sonda. En la evaluación de la propuesta técnica de Morpho, en el Ítem (de acuerdo con las Bases, "Materia") "Responsabilidad durante la explotación", que formaba parte del Componente "Plan de Desarrollo del Proyecto", fue calificada con 8,8 puntos sobre un máximo de 15, lo que proporcionalmente representaría un puntaje de 58,66, inferior al mínimo de 60 que exigían las Bases. De esta forma, la actora concluye que, de haberse evaluado la propuesta técnica de Morpho por Ítems (de acuerdo con las Bases, "Materias") en vez de por Componentes –como habría ocurrido con Sonda–, aquella debió ser declarada inadmisibles.

1.8.8. Conformación de Comisión Evaluadora con un funcionario que carecería de imparcialidad suficiente: la segunda Comisión Evaluadora encargada de calificar la propuesta de los Oferentes que continuaban en el Proceso Licitatorio fue conformada mediante Resolución Exenta N° 2808, dictada por el SRCEI el 11 de julio de 2011. Uno de los miembros de la Subcomisión Técnica, el señor Bruno Opazo Ruiz, habría emitido con anterioridad su opinión sobre aspectos técnicos de la Licitación y las propuestas, pues actuó como testigo presentado por Morpho en el proceso N°85-2010, tramitado ante el H. Tribunal de Contratación Pública. A juicio de la demandante, de acuerdo con las normas de probidad administrativa, la situación precedente inhabilitaría al señor Opazo para actuar como evaluador, de modo que la calificación efectuada por la nueva Subcomisión Técnica sería arbitraria e ilegal.

1.8.9. Adjudicación al único oferente en carrera y no ejercicio de la facultad de declarar desierto la licitación. Desfase de precios y/o soluciones tecnológicas: habida cuenta de: (i) la exclusión de 6 de los 7 oferentes por consideraciones administrativas; (ii) la ausencia de elementos de comparación o elementos de juicio que permitieran evaluar adecuadamente la propuesta del único oferente no excluido, Morpho; (iii) las múltiples irregularidades que se habrían cometido durante la Licitación; y, (iv) el desfase tecnológico producido como consecuencia de los más de 4 años de duración del Proceso Licitatorio, con el consiguiente mayor precio que tendría que pagar el Servicio por una tecnología atrasada; Sonda estima que las únicas alternativas razonables eran reincorporar a los oferentes arbitrariamente excluidos o declarar desierto la Licitación, al amparo de lo dispuesto en el punto 4.10.1 de las Bases Administrativas. El no uso de la referida facultad por el SRCEI atentaría contra la libre competencia, pues sólo declarando desierto el Proceso Licitatorio se habría cumplido la finalidad pública

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que lo inspiraba: dotar de la mejor tecnología posible a los pasaportes y cédulas de identidad, comprometiendo la menor cantidad de recursos públicos.

1.8.10. *Realización irregular de pruebas prácticas:* durante la fase de pruebas prácticas se habrían cometido las siguientes irregularidades que habrían alterado sustancialmente la igualdad entre los oferentes: (i) demoras injustificadas en la entrega del protocolo de pruebas y los datos para realizar las pruebas fácticas; (ii) observación de las pruebas de los Oferentes por distintas personas, lo que habría afectado la objetividad de las evaluaciones; y, (iii) definición de los criterios de evaluación *a posteriori*, al momento de realizar la calificación. Como consecuencia de ello, se habría otorgado una mayor relevancia al precio, en desmedro de la componente técnica de la Licitación.

1.9. La demandante solicita que los hechos imputados al SRCEI, descritos previamente, sean apreciados y analizados integralmente, pues, en su conjunto, demostrarían cómo la libre competencia fue limitada, restringida y excluida en la Licitación; llegándose al extremo de eliminar a todos los Oferentes, salvo a uno, perjudicando, en definitiva, a todos los usuarios de pasaportes y cédulas de identidad.

1.10. En cuanto a la competencia de este Tribunal para conocer las conductas imputadas, explica que, entre los intereses del legislador al regular los procesos licitatorios se encuentran velar por el correcto comportamiento del ente licitante y resguardar las condiciones de acceso equitativo al mercado. Añade que el artículo 3° letra a) del D.F.L. N° 1 de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L. N° 211 (el "D.L. N° 211"), implicaría un reconocimiento explícito a la aptitud de los procesos licitatorios para dar lugar a mercados, en los cuales la competencia puede verse impedida, restringida o entorpecida. En este sentido, la comisión de infracciones a las disposiciones del D.L. N° 211 otorgaría competencia a este Tribunal, no obstante que las mismas conductas puedan ser materia de otras leyes o de conocimiento de otros tribunales. Indica asimismo que la legislación de defensa de la libre competencia es integrante del orden público económico, por lo que se aplicaría tanto a particulares como a órganos del Estado, incluyendo, dentro de éstos, al SRCEI.

1.11. En cuanto a la definición del mercado relevante, la demandante señala que, atendidas la especificidad de los servicios requeridos y las características de la Licitación, esta última generaría un mercado relevante entre los Oferentes, que podría definirse como la prestación de bienes y servicios de carácter computacional y tecnológico, en el marco de las necesidades del SRCEI y, en particular, de las emisiones de cédulas de identidad y pasaportes. Desde una perspectiva geográfica, el mercado relevante estaría definido por el territorio de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

República de Chile; y, desde una perspectiva temporal, por el plazo de 10 años de duración del contrato a ser adjudicado. El Proceso Licitatorio produciría una competencia “*por el mercado*”, y no “*en el mercado*”, pues una vez realizada la adjudicación, la competencia dejaría de existir, dando lugar a la provisión de los servicios licitados por una sola entidad durante la vigencia del respectivo contrato.

1.12. En mérito de lo descrito, la demandante solicita a este Tribunal:

- (i) Dejar sin efecto, o bien ordenar al SRCEI dejar sin efecto, la adjudicación a favor de Morpho;
- (ii) Dejar sin efecto, o bien ordenar al SRCEI dejar sin efecto, el contrato que, con motivo de dicha adjudicación, fue suscrito entre Morpho y el SRCEI;
- (iii) Aplicar las multas establecidas en la ley en contra del SRCEI y los funcionarios involucrados;
- (iv) Adoptar las demás medidas que se estimen procedentes respecto del Proceso Licitatorio, de conformidad con la ley y con todo lo expuesto; y,
- (v) Condenar al SRCEI en costas.

2. A fojas 589, con fecha 9 de octubre de 2012, el Servicio de Registro Civil e Identificación contestó la demanda interpuesta por Sonda, solicitando su rechazo, con expresa condenación en costas, por las consideraciones siguientes:

2.1. Explica que el Servicio de Registro Civil e Identificación es un servicio público, funcionalmente descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene, entre otros, los siguientes fines públicos: (i) establecer y registrar la identidad civil de las personas y otorgar documentos oficiales que acrediten la misma; y, (ii) emitir los documentos de viaje (pasaportes) que permiten a los chilenos salir del territorio nacional, formando y manteniendo actualizado un registro de aquéllos. Señala que la Licitación fue convocada precisamente para dar cumplimiento a los referidos fines, específicamente mediante la selección de un contratista que proveyera un nuevo sistema de identificación automática de cédulas de identidad y pasaportes, ajustado a los más altos estándares internacionales en materia de seguridad.

2.2. Añade que Sonda sería el incumbente en el mercado de emisión de cédulas de identidad y pasaportes, pues ha provisto al SRCEI los servicios asociados a dichos documentos por más de once años. El contrato entre Sonda y el Servicio expiraba originalmente en agosto del año 2009 pero, debido a la dilación del Proceso Licitatorio, fue extendido mediante trato directo en dos oportunidades. Indica que Sonda se habría visto beneficiada con la extensión en cuatro años de la vigencia de su contrato con el SRCEI y que, en su calidad de incumbente, habría utilizado diversos procedimientos administrativos y jurisdiccionales para retardar o entorpecer el ingreso de Morpho, adjudicataria de la Licitación. Específicamente,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

señala que los mismos hechos que Sonda sometería al conocimiento de este Tribunal habrían sido planteados al H. Tribunal de Contratación Pública (procesos roles N° 82-2010, 138-2011, 162-2011, 184-2011, 208-2011 y 212-2011), la Contraloría General de la República (dictámenes N° 6365/2012, 6367/2012 y 7173/2012) y la Fiscalía Nacional Económica.

2.3. En lo que respecta al mercado relevante en el que incidirían las conductas imputadas, el SRCEI comparte la definición de la demandante, entendiendo que la Licitación constituiría un mercado en sí mismo.

2.4. En relación con la *primera exclusión de Sonda, la supuesta realización irregular de pruebas prácticas y la adjudicación a favor de la empresa Indra*, explica el SRCEI que el H. Tribunal de Contratación Pública resolvió, mediante sentencias pronunciadas en los procesos N° 82-2010 y 85-2010: (i) declarar ilegal y dejar sin efecto la adjudicación a favor de la empresa Indra, ordenando retrotraer el Proceso Licitatorio al estado de efectuarse una nueva evaluación técnica de las ofertas; y, (ii) reincorporar a Sonda a la Licitación, disponiendo expresamente que la nueva evaluación técnica se llevara a cabo sin la reiteración de pruebas prácticas. Por lo tanto, las imputaciones en cuestión constituirían controversias resueltas mediante sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, lo que privaría a aquéllas de actualidad y oportunidad.

2.5. En relación con las imputaciones de *exclusión de las empresas Bundesdruckerei y SICE*, el SRCEI plantea la falta de legitimación activa de Sonda, en atención a que esta empresa “*no representa el interés general en el orden económico*” –función que el D.L. N° 211 otorga de manera exclusiva a la FNE–, ni se vislumbra cómo las conductas cuestionadas podrían haber afectado su capacidad de desenvolverse competitivamente en el mercado relevante. Así mismo, señala que el actuar de la propia Sonda sería inconsistente con las imputaciones que formula. En primer lugar, porque la actora habría impugnado la adjudicación realizada a favor de Indra, fundándose precisamente en que ésta no renovó su boleta de garantía de seriedad de la oferta. Y, en segundo lugar, porque la actora habría optado por renovar su boleta de garantía durante la suspensión del Proceso Licitatorio, presumiblemente para mantenerla vigente hasta el alzamiento de la suspensión decretada judicialmente. Adicionalmente, explica el SRCEI que la exclusión de Bundesdruckerei y SICE, lejos de calificar como actos arbitrarios, constituirían una aplicación estricta de lo dispuesto en el punto 2.1.1 de las Bases Administrativas. Añade que la legalidad del proceder del SRCEI habría sido ratificada por la Contraloría General de la República (en adelante indistintamente “Contraloría”), mediante dictamen N° 6365, de 1 de febrero de 2012. Por último, señala que esta imputación también carecería de oportunidad, al

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

haber sido previamente resuelta por el H. Tribunal de Contratación Pública mediante sentencia pronunciada el 13 de septiembre de 2011 en el proceso rol N° 138-2011.

2.6. En relación con las *irregularidades imputadas en relación con la boleta de garantía de seriedad de la oferta de Morpho*, el SRCEI señala que la sola lectura de dicha garantía permitiría concluir que se trata de un instrumento extendido a la vista, por lo que la acusación de arbitrariedad carecería de todo fundamento. Que la boleta de garantía en cuestión exija la presentación de un aviso al banco emisor no la privaría de su condición de pagadera de inmediato. Señala además que las boletas de garantía presentadas por la actora también hacían alusión a la presentación de avisos al banco emisor, sin que por ello perdieran su carácter de extendidas a la vista. El SRCEI añade que no incurrió en discriminaciones arbitrarias al tratar de diferente manera a Bundesdruckerei y SICE, por una parte, y a Morpho, por otra, pues dichas situaciones no serían equiparables. El reproche que Sonda formula en relación con la boleta de garantía de Morpho se refiere a la manera en que ésta fue extendida, mientras que las exclusiones de Bundesdruckerei y SICE se explican por incumplimientos asociados a la vigencia de sus boletas de garantía.

2.7. En relación con el *supuesto otorgamiento de un tratamiento desigual a los proponentes, como consecuencia de la existencia de ofertas económicas abiertas y cerradas*, el Servicio señala que ello obedecería exclusivamente a que el H. Tribunal de Contratación Pública declaró ilegal la adjudicación a favor de Indra y ordenó retrotraer la Licitación a la etapa de una nueva evaluación técnica de las ofertas presentadas por SICE, Sonda, Bundesdruckerei y Morpho. Como dos de estas empresas (Bundesdruckerei y Morpho) habían previamente llegado a la etapa de evaluación económica, sus ofertas ya se encontraban abiertas, hecho que no sería imputable al SRCEI. El Servicio se habría limitado a aplicar estrictamente las Bases y lo resuelto por el H. Tribunal de Contratación Pública. En todo caso, el SRCEI advierte que esta situación no generó ventajas o desventajas competitivas, ya que los proponentes no tuvieron la oportunidad de modificar o cambiar las ofertas previamente presentadas y la evaluación económica de las mismas sería el resultado de una fórmula objetiva, que no permite discrecionalidad alguna al órgano adjudicador.

2.8. En relación con la *segunda exclusión de Sonda*, el SRCEI expone que las Bases Técnicas eran claras acerca de cómo se debía acreditar la experiencia del proponente y que Sonda habría incumplido un requisito esencial de dichas Bases, lo que justificaría su exclusión. Hacer caso omiso de dicho incumplimiento habría implicado vulnerar los principios de trato igualitario entre los oferentes y apego

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

irrestricto de las bases, establecidos en la legislación y reglamentos aplicables. Por otra parte, la existencia de diferencias tecnológicas entre el sistema de identificación objeto de la Licitación y el provisto por Sonda desde el año 2001 impedirían tener por acreditada la experiencia de la actora simplemente por el hecho de ser incumbente. Añade el SRCEI que no sería efectivo que los pronunciamientos del H. Tribunal de Contratación Pública hayan ordenado proceder directamente a la asignación de puntajes. La sentencia simplemente habría ordenado retrotraer la Licitación a la etapa de evaluación técnica, lo que no eximía al SRCEI de aplicar estrictamente las Bases, excluyendo a los Oferentes que no cumplieran con las exigencias establecidas en aquéllas. Finalmente, el apego de la demandada a la legalidad habría sido refrendado por la Contraloría mediante la toma de razón de la resolución que aprobó la celebración del contrato entre Morpho y el SRCEI.

2.9. En relación con la *utilización de criterios distintos para evaluar las ofertas de Morpho y Sonda*, indica que no sería efectivo que la primera empresa no haya cumplido con el puntaje mínimo exigido por las Bases, advirtiendo que Sonda intentaría confundir entre “Componentes” y “Ítems” (de acuerdo con las Bases, “Materias”). Las Bases Administrativas establecieron que la propuesta técnica calificaría cuando la respectiva evaluación técnica tuviera un puntaje superior a 60 puntos para cada uno de los ocho Componentes; no se exigía la obtención de dicho puntaje para las Materias y los Ítems que los integraban. Por lo tanto, la obtención de un puntaje menor a 60 puntos en una Materia o un Ítem no era causal de exclusión con arreglo a las Bases. Señala el Servicio que no es lo mismo incumplir las Bases en lo que respecta al modo en que una Materia o un Ítem debe ser acreditado –situación en la que se encontraría Sonda–, que obtener un puntaje menor a 60 puntos en una Materia o un Ítem que sí fue acreditado, hipótesis en la que se encontraría Morpho.

2.10. En lo que respecta a la *adjudicación al único oferente en carrera y al no ejercicio de la facultad de declarar desierta la Licitación*, el Servicio expone que ésta consistía en un concurso y no en una subasta, por lo que no se requería la concurrencia de más de un oferente para poder llevar a cabo la adjudicación. Así mismo, indica que el mérito técnico de la adjudicación a Morpho excedería el ámbito de competencia de este Tribunal, advirtiendo, en todo caso, que la oferta de dicho proponente cumpliría con creces las exigencias técnicas de las Bases. El SRCEI también señala que las Bases no imponían el deber de declarar la deserción por el solo hecho de declararse una única oferta como admisible. Por el contrario, advierte que no se habría encontrado facultado para declarar desierta la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Licitación, ya que una oferta cumplía con las Bases y los intereses del Servicio, explicitados en éstas, habrían sido suficientemente satisfechos.

2.11. Finalmente, *refiriéndose a la conformación de la Comisión Evaluadora con un funcionario que carecería de imparcialidad suficiente*, el SRCEI indica que dicha imputación sería irrelevante para la libre competencia. Señala que a lo más la referida situación podría ser calificada como una infracción al Estatuto Administrativo, aclarando que ello habría sido descartado por la Contraloría mediante dictamen N° 7173 de 2012.

2.12. Como una defensa jurídica de aplicación general, el SRCEI hace presente que se encontrarían sometidas al conocimiento del H. Tribunal de Contratación Pública las imputaciones relativas a: (i) las irregularidades que existirían en la boleta de garantía presentada por Morpho; (ii) la segunda exclusión de Sonda; (iii) la realización de una nueva evaluación técnica; (iv) la desigualdad entre oferentes provocada por la existencia de propuestas económicas abiertas y cerradas; (v) la parcialidad del señor Opazo; (vi) la adjudicación a favor de Morpho; y, (vii) el no ejercicio de la facultad de declarar desierta la Licitación. Señala que, en todos estos casos, la calificación de las supuestas arbitrariedades en que habría incurrido el SRCEI durante el Proceso Licitatorio sería una cuestión que el ordenamiento jurídico encomienda exclusivamente al H. Tribunal de Contratación Pública, en virtud de lo dispuesto por la Ley N° 19.886. Lo anterior, sin perjuicio de la competencia que tendría este Tribunal para establecer, con posterioridad, si dichas arbitrariedades constituyen una infracción a las disposiciones del D.L. N° 211. En este sentido, señala que se configuraría una relación de prejudicialidad entre la sentencia que debe pronunciar el H. Tribunal de Contratación Pública y aquella que podría dictarse en esta sede. En subsidio, explica que el H. Tribunal de Contratación Pública habría prevenido en el conocimiento de las supuestas arbitrariedades, pues los procesos substanciados ante él se habrían radicado antes que el presente litigio.

2.13. Finalmente, el SRCEI indica que el petitorio de la demanda adolecería de serios defectos. En primer lugar, no solicitaría la declaración de haberse cometido alguna infracción a las normas de defensa de la libre competencia, condición que sería necesaria para aplicar alguna de las sanciones contempladas en el artículo 26° del D.L. N° 211. En segundo lugar, pediría dejar sin efecto, u ordenar al SRCEI dejar sin efecto, la adjudicación de la Licitación a favor de Morpho y la celebración del correspondiente contrato con dicha empresa, lo que excedería el elenco de sanciones contempladas en el citado artículo 26°. En tercer lugar, requeriría la aplicación de multas y medidas sin determinar el monto de aquéllas o la naturaleza de éstas, lo que sería improcedente. Y, en cuarto y último lugar,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

solicitaría la imposición de multas respecto de funcionarios no individualizados en el libelo ni emplazados en el proceso.

2.14. En mérito de lo anterior, la demandada solicita a este Tribunal rechazar la demandada interpuesta por Sonda en todas sus partes, con expresa condenación en costas.

3. A fojas 652, con fecha 31 de octubre de 2012, se recibió la causa a prueba y se fijó un hecho substancial, pertinente y controvertido que, tras acogerse parcialmente los recursos de reposición presentados por las partes, quedó del siguiente modo: *“Hechos y circunstancias que configurarían y justificarían (i) la exclusión de participantes en la licitación pública número 594-56-LP08, destinada a la contratación de los ‘Servicios Destinados al Sistema de Identificación, Documentos de Identidad y Viajes y Servicios Relacionados’, convocada por el Servicio de Registro Civil e Identificación; y, (ii) su adjudicación a la empresa Morpho S.A. Efectos sobre la competencia”.*

4. Documentos acompañados por las partes:

4.1. Sonda acompañó, a fojas 364, (i) Bases Administrativas de Licitación (modificadas, segunda versión, según Resolución N° 621 de 17 de diciembre de 2008) *“Proyecto Sistema de Identificación, Documentos de Identidad y Viaje y Servicios Relacionados para el Servicio de Registro Civil e Identificación”*; (ii) Bases Técnicas de Licitación (modificadas, segunda versión) *“Proyecto Sistema de Identificación, Documentos de Identidad y Viaje y Servicios Relacionados para el Servicio de Registro Civil e Identificación”*; (iii) acta de apertura de *“Propuestas Técnicas Primera Etapa de la Licitación”*, de 12 de junio de 2009; (iv) demanda de impugnación interpuesta por Sonda en contra del SRCEI, ante el H. Tribunal de Contratación Pública (proceso rol N° 82-2010); (v) sentencia definitiva pronunciada por el H. Tribunal de Contratación Pública en el proceso rol N° 82-2010, de fecha 26 de julio de 2011; (vi) demanda de impugnación interpuesta por Morpho en contra del SRCEI, ante el H. Tribunal de Contratación Pública (proceso rol N° 85-2010); (vii) sentencia definitiva pronunciada por el H. Tribunal de Contratación Pública en el proceso rol N° 85-2010, de fecha 17 de junio de 2011; (viii) resolución pronunciada por el H. Tribunal de Contratación Pública con fecha 27 de julio de 2010, en el proceso rol N° 85-2010, que suspendió el Proceso Licitatorio por un lapso de 20 días corridos; (ix) resolución pronunciada por el H. Tribunal de Contratación Pública con fecha 27 de julio de 2010, en el proceso rol N° 82-2010, que suspendió el Proceso Licitatorio por un lapso de 20 días corridos; (x) resolución pronunciada por el H. Tribunal de Contratación Pública con fecha 17 de agosto de 2010, en el proceso rol N° 82-2010, que mantuvo la suspensión precedente; (xi) Resolución Exenta N° 3103, pronunciada por el SRCEI el 27 de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

julio de 2011; (xii) Resolución Exenta N° 3492, pronunciada por el SRCEI el 22 de agosto de 2011; (xiii) Informe de la Subcomisión Administrativa de la Comisión Evaluadora de la Licitación Pública ID 594-56-LP08, de fecha 3 de octubre de 2011; (xiv) Informe Resumen del Proceso Licitatorio ID 594-56-LP08, de fecha 3 de octubre de 2011; (xv) Informe Nueva Evaluación Técnica, Licitación Pública ID 594-56-LP08, de fecha 29 de septiembre de 2011; (xvi) Resolución Exenta N° 4195, pronunciada por el SRCEI el 13 de octubre 2011; (xvii) Resolución Exenta N° 55, pronunciada por el SRCEI el 11 de enero 2011; (xviii) correo electrónico de doña Leyla Díaz Hernández a don Óscar Cerda Seitz, con copia a don Jaime Niño Trepát y don Moisés Bugueño Gómez, de 18 de febrero de 2011, a las 8:15 p.m.; (xix) correo electrónico de doña Leyla Díaz Hernández a don Óscar Cerda Seitz, con copia a don Jaime Niño Trepát y don Moisés Bugueño Gómez, de 15 de junio de 2011, a las 7:01 p.m.; (xx) carta de don Óscar Cerda Seitz a doña Leyla Díaz Hernández, de 15 de julio de 2011; (xxi) carta de doña Leyla Díaz Hernández a don Óscar Cerda Seitz, de 15 de julio de 2011; (xxii) carta de don Tomás Aylwin Bustillos al SRCEI, de fecha 8 de julio de 2011, mediante la cual se adjunta copia de boleta bancaria de garantía entregada por Morpho al SRCEI, de fecha 9 de junio de 2009, y una prórroga de la fecha de vencimiento de la misma, de fecha 1 de julio de 2011; y, (xxiii) boleta de garantía presentada por la empresa Bundesdruckerei, emitida por el Banco Security, con fecha 12 de junio de 2009. A fojas 740, (xxiv) dictamen de la Contraloría N° 14.133, de 16 de abril de 2002; (xxv) Resolución Exenta N° 663, dictada por el SRCEI el 28 de febrero de 2008; (xxvi) Resolución Exenta N° 1198, dictada por el SRCEI el 11 de abril de 2008; (xxvii) comunicación N° 3, realizada por el SRCEI el 3 de diciembre de 2008; (xxviii) comunicación N° 6, realizada por el SRCEI el 12 de febrero de 2009; (xxix) copia de boleta de garantía entregada por Sagem Sécurité al SRCEI, de fecha 9 de junio de 2009, y su prórroga, de 23 de diciembre de 2009; (xxx) *“Acta de Apertura de Propuestas Técnicas Primera Etapa de la Licitación”*, de 12 de junio de 2009; (xxxi) *“Protocolo para la realización de pruebas prácticas relativas a Documentos de Identidad y Viaje”*, emitido por el SRCEI, de fecha 29 de octubre de 2009; (xxxii) *“Protocolo de Pruebas Prácticas”*, Anexo 19 *“Pruebas que se realizarán como parte de la evaluación”*, modificado, secciones 19.4 *“Procedimiento Evaluación de AFIS”* y 19.5 *“Procedimiento Evaluación de Reconocimiento Facial”*, emitidos por el SRCEI, de fecha 29 de octubre de 2009; (xxxiii) Anexo 19: *“Pruebas que se realizarán como parte de la evaluación, modificado, del Proyecto sistema de Identificación, Documentos de Identidad y Viaje y Servicios Relacionados para el Servicio de Registro Civil e Identificación”*, junto con copia del anexo 19.3: *“Pruebas prácticas documentos de identidad y*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

viaje”; (xxxiv) “Informe de resultado Tasas FMR, FNMR y 1-FNMR, sin uso de filtros”, firmado por los representantes de Sonda, Cogent Systems y el SRCEI, de fecha 13 de noviembre de 2009; (xxxv) “Informe de resultado Tasas FMR, FNMR y 1-FNMR, con uso de filtros”, firmado por los representantes de Sonda, Cogent Systems y el SRCEI, de fecha 13 de noviembre de 2009; (xxxvi) Resolución Exenta N° 3880, dictada por el SRCEI el 2 de diciembre de 2009; (xxxvii) correo electrónico de don Rodrigo Seisdedos Reyes a don Óscar Cerda Seitz, de 11 de diciembre de 2009, junto con respuesta mediante correo electrónico de don Óscar Cerda Seitz a don Rodrigo Seisdedos Reyes, de 15 de diciembre de 2009; (xxxviii) memorándum N° 01, de 15 de diciembre de 2009, de don Juan Velásquez Morales a don Rodrigo Seisdedos Reyes; (xxxix) memorándum coord. N° 10, de 17 de diciembre de 2009, de don Rodrigo Seisdedos Reyes a don Patricio Minzón Friedmann; (xl) memorándum SJ N° 304, sin fecha legible, de don Patricio Minzón Friedmann a don Rodrigo Seisdedos Reyes; (xli) Resolución Exenta N° 521, emitida por el SRCEI el 16 de febrero de 2010; (xlii) comunicación N°18, realizada por el SRCEI el 31 de marzo de 2010; (xliii) Resolución Exenta N° 1265, emitida por el SRCEI el 9 de abril de 2010; (xliv) Resolución Exenta N° 1684, emitida por el SRCEI el 14 de mayo de 2010; (xlv) correo electrónico enviado por don Rodrigo Seisdedos Reyes a don Carlos Jaureche Ballefin, don Daniel Arnoff Polloni, don Néstor Luis Marino, don Óscar Cerda Seitz y don Tomás Aylwin Bustillos, de 6 de junio de 2010, a las 23:54 horas, y documento adjunto titulado “*Componente 8. Plan de Desarrollo del Proyecto*”; (xlvi) carta de don Óscar Cerda Seitz a don Rodrigo Seisdedos Reyes, de 25 de junio de 2010; (xlvii) correo electrónico enviado por don Rodrigo Seisdedos a don Carlos Jaureche Ballefin, don Daniel Arnoff Polloni, don Néstor Luis Marino, don Óscar Cerda Seitz y don Tomás Aylwin Bustillos, con copia a don Patricio Minzón Friedmann, el 1 de julio de 2010, a las 23:43 horas; (xlviii) correo electrónico de don Néstor Luis Marino a don Rodrigo Seisdedos Reyes, con copia a don Patricio Minzón Friedmann, don Pablo Castro y don Óscar Santana, el 9 de febrero de 2010, a las 19:52, en respuesta a correo electrónico enviado por don Rodrigo Seisdedos Reyes a don Néstor Luis Marino, con copia a don Patricio Minzón Friedmann, el 8 de febrero de 2010, a las 2:57 horas; (xlix) correo electrónico enviado por don Rodrigo Seisdedos Reyes a don Néstor Luis Marino, con copia a don Patricio Minzón Reyes, el 7 de febrero de 2010, a las 22:57 horas; (l) correo electrónico enviado por don Rodrigo Seisdedos Reyes a don Carlos Jaureche Ballefin, con copia a don Patricio Minzón Friedmann, el 7 de febrero de 2010, a las 22:57 horas; (li) correo electrónico enviado por don Rodrigo Seisdedos Reyes a don Daniel Arnoff Polloni, con copia a don Patricio Minzón Friedmann, el 7 de febrero de 2010, a las 22:57 horas; (lii) correo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

electrónico enviado por don Rodrigo Seisedos Reyes a doña Gigia Lucic Rieloff, con copia a don Patricio Minzón Friedmann, el 7 de febrero de 2010, a las 22:57 horas; (liii) correo electrónico enviado por don Rodrigo Seisedos Reyes a don Carlos Jaureche Ballefin, don Daniel Arnoff Polloni, don Néstor Luis Marino, don Óscar Cerda Seitz y don Tomás Aylwin Bustillos, con copia a don Patricio Minzón Friedmann, el 14 de junio de 2010, a las 22:40 horas; (liv) correo electrónico enviado por don Rodrigo Seisedos Reyes a don Carlos Jaureche Ballefin, don Daniel Arnoff Polloni, don Néstor Luis Marino, don Óscar Cerda Seitz y don Tomás Aylwin Bustillos, con copia a Patricio Minzón Friedmann, el 14 de junio de 2010, a las 22:41 horas; (lv) memorándum SJ N° 842, de 12 de julio de 2010, suscrito por don Patricio Minzón Friedmann y dirigido a don Rodrigo Seisedos Reyes; (lvi) Resolución Exenta N° 2492, emitida por el SRCEI el 12 de julio de 2010; (lvii) Informe final de evaluación, *“Proyecto Sistema de Identificación, Documentos de Identidad y Viaje y Servicios Relacionados para el SRCEI”*; (lviii) Resolución Exenta N° 2562, emitida por el SRCEI el 15 de julio de 2010; (lix) resolución pronunciada por el H. Tribunal de Contratación Pública con fecha 27 de julio de 2010, en el proceso rol N° 82-2010, que suspendió el Proceso Licitatorio por un lapso de 20 días corridos; (lx) resolución pronunciada por el H. Tribunal de Contratación Pública con fecha 27 de julio de 2010, en el proceso rol N° 85-2010, que suspendió el Proceso Licitatorio por un lapso de 20 días corridos; (lxi) resolución pronunciada por el H. Tribunal de Contratación Pública con fecha 17 de agosto de 2010, en el proceso rol N° 85-2010, que mantuvo la suspensión precedente; (lxii) copia de informe emitido por Cesmec, a solicitud de Sonda, de fecha 5 de octubre de 2010; (lxiii) copia de informe emitido por el fotógrafo don Rafael Luis Edwards Aguirre, a solicitud de Sonda, de noviembre de 2010; (lxiv) copia de informe emitido por Cogent Systems, suscrito por don Bruno Lassus, sin fecha, autorizada por un notario público del Distrito de Columbia, Estados Unidos de América, con fecha 23 de diciembre de 2010; (lxv) traducción al español del informe emitido por Cogent Systems, suscrito por don Bruno Lassus, sin fecha, autorizada por un notario público del Distrito de Columbia, Estados Unidos de América, con fecha 23 de diciembre de 2010; (lxvi) carta suscrita por don Bruno Lassus, Vicepresidente de Cogent Systems, dirigida a Sonda, de fecha 22 de diciembre de 2010, autorizada por un notario público del Distrito de Columbia, Estados Unidos de América; (lxvii) acta de la audiencia testimonial realizada el 4 de enero de 2011, en el proceso rol N° 85-2010 seguido ante el H. Tribunal de Contratación Pública, en la que declaró don Bruno Igor Opazo Ruiz; (lxviii) Resolución Exenta N° 55, emitida por el SRCEI el 11 de enero de 2011; (lix) correo electrónico enviado por doña Leyla Díaz Hernández a don Óscar Cerda

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Seitz, con copia a don Jaime Niño Trepas y don Moisés Bugueño Gómez, el 18 de febrero de 2011, a las 8:15 horas; (lxx) acta de la audiencia testimonial realizada el 15 de marzo de 2010 (*sic*), en el proceso rol N° 82-2010 seguido ante el H. Tribunal de Contratación Pública, en la que declaró don Ricardo Antonio Scozia Sepúlveda, junto con el acta de continuación de la misma audiencia testimonial, de 12 de abril de 2011; (lxxi) copia de escrito firmado por don Rafael Luis Edwards Aguirre, presentado al H. Tribunal de Contratación Pública en el proceso rol N° 82-2010, por medio del cual ratifica el informe de su autoría acompañado por Sonda en dicho proceso, reconociendo la firma suscrita en aquél; (lxxii) correo electrónico enviado por doña Leyla Díez Hernández a don Óscar Cerda Seitz, con copia a don Jaime Niño Trepas y don Moisés Bugueño Gómez, el 15 de junio de 2011, a las 7:01 horas; (lxxiii) sentencia definitiva pronunciada por el H. Tribunal de Contratación Pública, en el proceso rol N° 85-2010, de fecha 17 de junio de 2011; (lxxiv) carta enviada por don Tomás Aylwin Bustillos, en representación de Morpho, al SRCEI, con fecha 8 de julio de 2011, junto con copia de prórroga de fecha de vigencia de la boleta bancaria de garantía acompañada por Sagem Sécurité al Servicio de Registro Civil de Identificación; (lxxv) carta enviada por don Óscar Cerda Seitz, en representación de Sonda, a doña Leyla Díez Hernández, en representación del SRCEI, de fecha 15 de julio de 2011; (lxxvi) Resolución Exenta N° 2808, emitida por el SRCEI el 11 de julio de 2011; (lxxvii) Resolución Exenta N° 2970, emitida por el SRCEI el 15 de julio de 2011; (lxxviii) carta enviada por doña Leyla Díez Hernández, en representación del SRCEI, a don Óscar Cerda Seitz, en representación de Sonda, de fecha 21 de julio de 2011; (lxxix) sentencia definitiva pronunciada por el H. Tribunal de Contratación Pública, en el proceso rol N° 82-2010, de fecha 26 de julio de 2011; (lxxx) Resolución Exenta N° 3103, emitida por el SRCEI el 27 de julio de 2011; (lxxxii) acta de reunión “*Evaluación Técnica – Componente N° 8 ‘Plan de Desarrollo del Proyecto’, Materia: ‘Experiencia del Proponente’*”, de 10 de agosto de 2011; (lxxxiii) Resolución Exenta N° 3492, emitida por el SRCEI el 22 de agosto de 2011; (lxxxiv) informe evacuado por el SRCEI en el proceso rol N° 138-2011, tramitado ante el H. Tribunal de Contratación Pública, de fecha 24 de agosto de 2011; (lxxxv) informe “*Nueva Evaluación Técnica*”, de 29 de septiembre de 2011; (lxxxvi) “*Informe resumen del proceso licitatorio*”, de 3 de octubre de 2011; (lxxxvii) “*Informe Subcomisión Administrativa de la Comisión Evaluadora*”, de 3 de octubre de 2011; (lxxxviii) Resolución Exenta N° 4195, emitida por el SRCEI el 13 de octubre de 2011; (lxxxix) informe evacuado por el SRCEI en el proceso rol N° 184-2011, tramitado ante el H. Tribunal de Contratación Pública, de fecha 27 de octubre de 2011; (xc) informe evacuado por

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

el SRCEI en el proceso rol N° 208-2011, tramitado ante el H. Tribunal de Contratación Pública, de fecha 15 de noviembre de 2011; (xci) carta suscrita por doña Leyla Díaz Hernández, en representación del SRCEI, y dirigida a don Óscar Cerda Seitz, en representación de Sonda, de fecha 5 de enero de 2012; (xcii) norma técnica ISO/IEC 19794-4, titulada *“Information technology – Biometric data interchange formats – Part 5: Face image data”*, en inglés y en español; (xciii) norma técnica ICAO, Doc. N° 9303, *“Documentos de viaje de lectura mecánica – Parte 1: Pasaportes de lectura mecánica – Volumen 1: Pasaporte con datos de lectura mecánica almacenados en formato de reconocimiento óptico de caracteres”*, sexta edición, 2006, Organización de Aviación Civil Internacional; (xciv) norma técnica ICAO, Doc. N° 9303, *“Documentos de viaje de lectura mecánica – Parte 1: Pasaportes de lectura mecánica – Volumen 2: Especificaciones para pasaportes electrónicos con capacidad de identificación biométrica”*, sexta edición, 2006, Organización de Aviación Civil Internacional; (xcv) norma técnica ICAO, Doc. N° 9303, *“Documentos de viaje de lectura mecánica – Parte 2: Visados de lectura mecánica”*, tercera edición, 2005, Organización de Aviación Civil Internacional; (xcvi) norma técnica ICAO, Doc. N° 9303, *“Documentos de viaje de lectura mecánica – Parte 3: Documentos de viaje oficiales de lectura mecánica – Volumen 1: dvLM con datos de lectura mecánica almacenados en formato de reconocimiento óptico de caracteres”*, tercera edición, 2008, Organización de Aviación Civil Internacional; y, (xcvii) norma técnica ICAO, Doc. N° 9303, *“Documentos de viaje de lectura mecánica – Parte 3: Documentos de viaje oficiales de lectura mecánica – Volumen 2: Especificaciones para dvLM electrónicos con capacidad de identificación biométrica”*, tercera edición, 2006, Organización de Aviación Civil Internacional. A fojas 767, un DVD entregado a Sonda por el SRCEI, en virtud del requerimiento de acceso a información pública AK002C0002157, formulado al amparo de la Ley N° 20.285, que contiene (xcviii) acta de reunión *“Cierre materia ‘Experiencia del Proponente’ en el contexto del componente ‘Plan de Proyecto’”*, de 21 de diciembre de 2009, junto con sus anexos; (xcix) acta de reunión *“Validación materia ‘Experiencia del proponente’ en el contexto del componente ‘Plan de Desarrollo del Proyecto’”*, de 28 de enero de 2010; (c) acta de reunión *“Cierre materia ‘Experiencia del Proponente’ en el contexto del componente ‘Plan de Proyecto’”*, de 18 de mayo de 2010, junto con sus anexos; (ci) acta de reunión *“Validación materia ‘Experiencia del proponente’ en el contexto del componente ‘Plan de Desarrollo del Proyecto’”*, junto con *“Formulario de calidad – Validación de Guías”*, ambos de 18 de mayo de 2010; (cii) *“Guía del desarrollador – Anexo N° 27”*, sin fecha; (ciii) acta de reunión *“Cierre materia ‘Experiencia del Proponente’ en el contexto del componente ‘Plan de*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Proyecto”, de 27 de mayo de 2010, junto con dos anexos; (civ) acta de reunión “*Validación materia ‘Experiencia del Proponente’ en el contexto del componente ‘Plan de Proyecto’*”, junto con “Formulario de calidad – Validación de Guías”, ambos de 28 de mayo de 2010; (cv) acta de reunión “*Cierre materia ‘Experiencia del Proponente’ en el contexto del componente ‘Plan de Proyecto’*”, de 26 de junio de 2010, con sus anexos; (cvi) acta de reunión “*Evaluación materia ‘Experiencia del Proponente’ en el contexto del componente ‘Plan de Proyecto’*”, de 3 de julio de 2010, con su anexo; (cvii) acta de reunión “*Validación materia ‘Experiencia del Proponente’ en el contexto del componente ‘Plan de Proyecto’*”, junto con “Formulario de calidad – Validación de Guías”, ambos de 3 de julio de 2010; (cviii) acta de reunión “*Cierre materia ‘Experiencia del Proponente’ en el contexto del componente ‘Plan de Proyecto’*”, de 5 de julio de 2010, con sus anexos; (cix) acta de reunión “*Cierre materia ‘Experiencia del Proponente’ en el contexto del componente ‘Plan de Proyecto’*”, de 8 de julio de 2010, con sus anexos; (cx) acta de reunión “*Validación materia ‘Experiencia del Proponente’ en el contexto del componente ‘Plan de Proyecto’*”, junto con “Formulario de calidad – Validación de Guías”, ambos de 8 de julio de 2010; (cxii) acta de reunión “*Validación materia ‘Experiencia del Proponente’ en el contexto del componente ‘Plan de Proyecto’*”, junto con “Formulario de calidad – Validación de Guías”, ambos de 8 de julio de 2010; (cxiii) acta de reunión “*Cierre materia ‘Experiencia del Proponente’ en el contexto del componente ‘Plan de Proyecto’*”, de 10 de julio de 2010, con sus anexos; (cxiv) acta de reunión “*Validación materia ‘Experiencia del Proponente’ en el contexto del componente ‘Plan de Proyecto’*”, junto con “Formulario de calidad – Validación de Guías”, ambos de 10 de julio de 2010; (cxv) acta de reunión “*Evaluación técnica - Componente N° 8 – ‘Plan de Desarrollo del proyecto’ – Materia: ‘Experiencia del proponente’*”, de 10 de agosto de 2011; (cxvi) acta de evaluación técnica “*Componente N° 8 ‘Plan de Desarrollo del Proyecto’*”, de 7 de septiembre de 2011; (cxvii) cartas SED N° 265, 266, 267, 268, 269, 270 y 271, de 28 de octubre de 2009, suscritas por don Rodrigo Seisedos Reyes, en representación del SRCEI, y dirigidas, respectivamente, a don Óscar Cerda Seitz, en representación de Sonda; a don César Cantuarias Chazarro, en representación de Coasin; a don Carlos Jaureche Ballefin, en representación de Indra; a don Néstor Luis Marino, en representación de Bundesdruckerei; a don Tomás Aylwin Bustillos, en representación de Sagem Sécurité.; a don Daniel Arnoff Polloni, en representación de SICE.; y, a doña Gigia Lucic Rieloff, en representación de Siemens, de 28 de octubre de 2009; y, (cxviii) carta suscrita por don Óscar Cerda

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Seitz y dirigida a don Rodrigo Seisdedos Reyes, de 22 de octubre de 2009. A fojas 790, (cxix) carta enviada por Stanke Representaciones a Sonda, de 9 de noviembre de 2012; (cxx) cotizaciones N° 06272012 y N°052320009, emitidas por Cogent Systems a solicitud de Sonda; y, (cxxi) dos tablas que contendrían la lista de precios de una serie de productos Hewlett Packard para los años 2009 y 2012.

4.2. El SRCEI acompañó, a fojas 553, (i) demanda de impugnación interpuesta por Sonda en contra del SRCEI ante el H. Tribunal de Contratación Pública, que dio lugar al proceso rol N° 82-2010; (ii) demanda de impugnación interpuesta por Sonda en contra del SRCEI ante el H. Tribunal de Contratación Pública, que dio lugar al proceso rol N° 138-2011; (iii) demanda de impugnación interpuesta por Sonda en contra del SRCEI ante el H. Tribunal de Contratación Pública, que dio lugar al proceso rol N° 162-2011; (iv) demanda de impugnación interpuesta por Sonda en contra del SRCEI ante el H. Tribunal de Contratación Pública, que dio lugar al proceso rol N° 184-2011; y, (v) demanda de impugnación interpuesta por Sonda en contra del SRCEI ante el H. Tribunal de Contratación Pública, que dio lugar al proceso rol N° 208-2011. A fojas 577, (vi) certificado expedido por el Sr. Secretario del H. Tribunal de Contratación Pública, relativo a ciertos hechos que constarían en el proceso rol N° 162-2011 tramitado ante ese tribunal. A fojas 580, (vii) certificado expedido por la Sr. Secretaria de la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago, relativo a ciertos hechos que constarían en el proceso rol N° 8870-2011 tramitado ante ese tribunal. A fojas 814, (viii) *“Anexo 25: Formato de presentación de la experiencia del proponente, modificado”*; (ix) documentos entregados por Morpho en relación con el Anexo 25 de las Bases de Licitación, *“Formato de Presentación de la Experiencia del Proponente Modificado”*; (x) documentos entregados por Sonda en relación con el Anexo 25 de las Bases de Licitación, *“Formato de Presentación de la Experiencia del Proponente Modificado”*; (xi) copia simple de sentencia definitiva pronunciada por el H. Tribunal de Contratación Pública, en proceso rol N° 85-2011, de fecha 17 de junio de 2011; (xii) *“Directiva de contratación pública N° 8 – Instrucciones para la contratación de bienes y servicios relacionados con tecnologías de la información y comunicaciones”*; (xiii) copias simples, sin firma del ministro de fe correspondiente, de las notificaciones efectuadas a Morpho, Indra, Sonda y SRCEI, de la sentencia definitiva pronunciada en el proceso N° 85-2010, tramitado ante el H. Tribunal de Contratación Pública; (xiv) Resolución Exenta N° 3103, emitida por el SRCEI el 27 de julio de 2011; (xv) dictamen N° 6365-2012, pronunciado por la Contraloría el 1 de febrero de 2012; (xvi) boleta bancaria de garantía N° 870500338045, emitida por el Banco Santander Chile, a favor del SRCEI, por cuenta de SICE, de fecha 3 de junio de 2009, junto con sus enmiendas de 30 de noviembre de 2009, 11 de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

enero de 2010 y 10 de marzo de 2010; (xvii) boleta bancaria de garantía emitida por el Banco Security, a favor del SRCEI, por cuenta de Bundesdruckerei, de fecha 12 de junio de 2009, junto con sus enmiendas de 6 de enero de 2010 y 29 de noviembre de 2010; (xviii) sentencia definitiva pronunciada por el H. Tribunal de Contratación Pública, en proceso rol N° 82-2011, de fecha 26 de julio de 2011; (xix) Resolución Exenta N° 2808, emitida por el SRCEI el 11 de julio de 2011; (xx) dictamen N° 7173-2012, pronunciado por la Contraloría el 6 de febrero de 2012; (xxi) escrito presentado por Morpho el 26 de noviembre de 2010 en el proceso rol N° 85-2010, tramitado ante el H. Tribunal de Contratación Pública; (xxii) escrito presentado por Indra en el proceso rol N° 85-2010, tramitado ante el H. Tribunal de Contratación Pública, sin fecha legible; (xxiii) acta de la audiencia testimonial realizada el 4 de enero de 2011, en el proceso rol N° 85-2010 seguido ante el H. Tribunal de Contratación Pública, en la que declaró don Bruno Igor Opazo Ruiz; (xxiv) acta de reunión “*Evaluación Técnica – Componente N° 8 ‘Plan de Desarrollo del Proyecto’, Materia: ‘Experiencia del Proponente’*”, de 10 de agosto de 2011; (xxv) Resolución Exenta N° 3492, emitida por el SRCEI el 22 de agosto de 2011; (xxvi) “*Anexo 25: Formato de presentación de la experiencia del proponente, modificado*” y de “*Anexo 27, modificado*”; (xxvii) “*Preguntas Licitación ID N° 594-56-LP08*”; (xxviii) dictamen N° 6367-2012, pronunciado por la Contraloría el 1 de febrero de 2012; y, (xxix) resolución N° 376, emitida por el SRCEI el 18 de junio de 2009, con timbre de toma de razón de fecha 31 de julio de 2008. A fojas 1165, (xxx) resolución N° 3 del SRCEI, de 6 de enero de 2010, que aprueba contrato de prestación de servicios biométricos, soporte y mantención de la plataforma computacional para dichos servicios, entre el Servicio de Registro Civil e Identificación y la Sociedad Nacional de Procesamiento de Datos S.A.; (xxxi) contrato de prestación de servicios biométricos, soporte y mantención de la plataforma computacional para dichos servicios, entre el SRCEI y SONDA; (xxxii) resolución N° 132, emitida por el SRCEI el 6 de julio de 2011, que aprueba Contrato de Prestación de Servicios para el Desarrollo y Explotación del Nuevo Sistema de Identificación, Cédula de Identidad y Pasaportes; (xxxiii) sentencia definitiva pronunciada por el H. Tribunal de Contratación Pública en el proceso rol N° 162-2011, de fecha 19 de abril de 2013; (xxxiv) resolución pronunciada el 26 de agosto de 2011 por el H. Tribunal de Contratación Pública en el proceso rol N° 138-2011; (xxxv) resolución pronunciada el 22 de septiembre de 2011 por el H. Tribunal de Contratación Pública en el proceso rol N° 162-2011; (xxxvi) resolución pronunciada el 3 de noviembre de 2011 por el H. Tribunal de Contratación Pública en el proceso rol 184-2011; (xxxvii) resolución pronunciada el 17 de noviembre de 2011 por el H. Tribunal de Contratación Pública en el proceso rol N° 208-2011;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(xxxviii) copia de resolución sin número, ni fecha, que aprueba contrato de prestación de servicios para la explotación del sistema de identificación, cédulas de identidad, y pasaportes para el Servicio de Registro Civil e Identificación; (xxxix) copia de facturas N° 97052, 97053, 97054, 97055, 97056 y 97057, emitidas por Sonda el 11 de abril de 2013, en las que se indica como beneficiario de los servicios facturados al SRCEI; y, (xl) copia de proposición técnico-comercial para la continuidad operacional, servicio de emisión de documentos, de fecha 17 de mayo de 2010. A fojas 1340, (xli) resolución de fecha 21 de junio de 2011, dictada por el H. Tribunal de Contratación Pública, en el proceso rol N° 82-2010, mediante la cual se ordena dejar sin efecto la suspensión del procedimiento administrativo de selección de contratistas; (xlii) Resolución Exenta N° 2767, emitida por el SRCEI el 6 de julio de 2011; (xliii) impresión que daría cuenta de los anexos ingresados al sitio web del Proceso Licitatorio en el portal Mercado Público; y, (xliv) resolución de archivo dictada el 5 de junio de 2012 por la Fiscalía Nacional Económica, en relación con la denuncia formulada por Sonda en contra del SRCEI. A fojas 1393, (xlv) artículo titulado *“La potestad sancionatoria del TDLC para modificar o terminar actos y convenciones”*, publicado por don Domingo Valdés Prieto.

5. Informes en derecho e informes económicos acompañados por las partes:

5.1. Sonda acompañó, a fojas 364 y 740, (i) informe en Derecho titulado *“Análisis jurídico de la boleta de garantía bancaria entregada por la empresa ‘Sagem Sécurité’ – Morpho S.A.”*, suscrito por don Arturo Prado Puga, de octubre de 2011; a fojas 737, (ii) informe económico titulado *“Licitaciones Públicas y Análisis de Libre Competencia”*, suscrito por don Rodrigo Harrison, de fecha 21 de diciembre de 2012; y, a fojas 1368, (iii) informe en Derecho titulado *“‘Boleta de garantía bancaria’ entregada por SAGEM SECURITE en el marco de la Licitación del ‘Proyecto Sistema de Identificación, Documentos de Identidad y Viaje y Servicios Relacionados para el Servicio de Registro Civil e Identificación’”*, suscrito por don Joel González Castillo, de fecha 2 de julio de 2013.

5.2. El SRCEI acompañó, a fojas 1231, (i) informe en Derecho titulado *“El derecho al juez natural en un conflicto relativo a una licitación pública”*, suscrito por don Alejandro Romero Seguel, sin fecha; a fojas 1265, (ii) informe en Derecho titulado *“Análisis del ejercicio de potestades en licitaciones públicas por parte de SRCEI”*, suscrito por don Jorge Bermúdez Soto, de mayo de 2013; y, a fojas 1315, (iii) informe en Derecho suscrito por don Bruno Caprile Biermann, sin título ni fecha.

6. Prueba testimonial rendida por las partes:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6.1. Por parte de Sonda: (i) a fojas 828, don Rodrigo José Harrison Vergara; (ii) a fojas 830, don José Luciano Orlandini Robert; y, a fojas 836, don Luis Orlando Fuentes Cerda.

6.2. Por parte del SRCEI, a fojas 965, doña Leyla Luz del Rosario Díaz Hernández.

7. Prueba confesional rendida por las partes:

7.1. A fojas 1183 comparece don Raúl Lupercio Vejar Olea, Gerente General de Sonda. Dicha diligencia fue solicitada por el SRCEI a fojas 792 y ordenada a fojas 793.

8. Prueba decretada de oficio por el Tribunal:

8.1. A fojas 1475 el Tribunal decretó, de oficio, las siguientes medidas para mejor resolver: (i) ordenar al Servicio de Registro Civil e Identificación acompañar todas la actas de evaluación de las propuestas técnicas de Morpho S.A. y Sonda S.A., realizadas durante la segunda etapa de evaluación de propuestas presentadas en la Licitación, así como todos los documentos relevantes para la comprensión de las referidas actas y los puntajes asignados a los Componentes, Materias e Ítems de la propuesta técnica de Morpho S.A., o que digan relación con la calificación total o parcial, preliminar o definitiva, asignada o propuesta respecto de los Componentes, Materias e Ítems que integran la propuesta técnica de Sonda S.A.; y, (ii) oficiar al H. Tribunal de Contratación Pública, a fin de que se sirviera remitir los expedientes originales o copias autorizadas de los procesos tramitados ante él bajo los roles N° 138-2011, 162-2011, 184-2011, 208-2011 y 212-2011.

8.2. A fojas 1477, el Servicio acompañó al proceso un disco compacto que contiene las Actas de Evaluación Técnica de la Propuesta de Morpho, así como los Informes emitidos por la Escuela de Ingeniería de la Pontificia Universidad Católica de Chile;

8.3. A fojas 1490 el H. Tribunal de Contratación Pública remitió copias autorizadas de los procesos roles N° 184-2011 y 208-2011, las que se acompañaron íntegramente al proceso. Así mismo, el H. Tribunal de Contratación Pública remitió los autos originales de los procesos roles N° 138-2011 y 212-2011, los que fueron tenidos a la vista por un lapso de diez días.

9. A fojas 1344, con fecha 28 de mayo de 2013, este Tribunal ordenó traer los autos en relación. La vista de la causa se efectuó en la audiencia del día 25 de julio de 2013.

Y CONSIDERANDO:

Primero. Que, como se ha señalado, con fecha 13 de julio de 2012 Sonda demandó en esta sede al SRCEI porque, en su concepto, dicho Servicio habría

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

incurrido en graves y reiteradas conductas atentatorias contra la libre competencia, en el marco de la licitación del nuevo sistema de identificación y emisión de cédulas de identidad y pasaportes. En particular, la demandante sostiene que la demandada habría cometido una serie de arbitrariedades que: (i) habrían alterado las condiciones objetivas de competencia entre los oferentes de dicha licitación; (ii) habrían puesto en una situación de privilegio a algunos oferentes respecto de otros; y, (iii) habrían representado derechamente actos exclusorios de uno o más de ellos; todo lo cual restringiría la libre competencia, lo que adquiriría mayor relevancia en este caso al tratarse de una competencia “*por la cancha*”;

Segundo. Que dichas arbitrariedades habrían consistido, siempre según la demandante, en los siguientes actos y omisiones ejecutados por el SRCEI: (i) la primera exclusión de Sonda producida por la declaración de inadmisibilidad de su oferta mediante Resolución Exenta N° 2492; (ii) la adjudicación a Indra, realizada mediante la Resolución Exenta N° 2562; (iii) las exclusiones de SICE y Bundesdruckerei, declaradas mediante Resolución Exenta N° 3103; (iv) la segunda exclusión de Sonda, producida por la declaración de inadmisibilidad de su oferta mediante Resolución Exenta N° 3492; (v) la no exclusión de Morpho por vicios de su boleta de garantía; (vi) la evaluación de ofertas en condiciones desiguales para los proponentes, como consecuencia de existir algunas ofertas económicas abiertas y otras cerradas; (vii) la utilización de distintos criterios en la evaluación de propuestas técnicas; (viii) la conformación de la Comisión Evaluadora con un funcionario que carecería de la debida imparcialidad; (ix) la adjudicación al único oferente en carrera y el no ejercicio de la facultad de declarar desierta la Licitación; y, (x) la realización irregular de pruebas prácticas;

Tercero. Que el SRCEI, al contestar la demanda de autos, solicita su total rechazo, con costas, pues argumenta que no ha cometido conducta alguna que pueda ser calificada como contraria a la libre competencia, toda vez que los actos y omisiones denunciados por Sonda no constituyen arbitrariedades ni ilegalidades, sino que se enmarcarían en el respeto irrestricto del ordenamiento jurídico y de las Bases de Licitación. Además, señala que sus actuaciones han sido objeto de un control de legalidad adecuado pues: (i) algunos de los hechos imputados por la actora ya fueron conocidos y resueltos por sentencia firme del HTCP; (ii) otros están siendo conocidos por dicho tribunal, por lo que se habría configurado una cuestión de prejudicialidad que haría ineludible que el HTCP constatare la naturaleza arbitraria o ilegal de las conductas del SRCEI; (iii) otros fueron ratificados en cuanto a su legalidad por la Contraloría; y, (iv) que, en todo caso, el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

contrato de adjudicación fue tomado de razón por parte de la Contraloría el día 20 de enero de 2012. Por último, señala que el petitorio de la demanda estaría mal planteado ya que Sonda no solicitó que se declare la existencia de una infracción a la libre competencia; pidió medidas no contempladas en el artículo 26° del D.L. N° 211; y las multas estarían mal solicitadas, al estar formuladas en términos abiertos y respecto de personas que no habrían sido demandadas ni emplazadas en este proceso;

Cuarto. Que, en forma previa a analizar el mercado relevante en el que se habrían producido las conductas denunciadas por la demandante, este Tribunal realizará ciertas precisiones en relación con su competencia para conocer los hechos que motivan el presente proceso, atendida la cuestión de prejudicialidad planteada por la demandada en su contestación, conforme con la cual, para que este Tribunal pueda declarar como infracciones a la libre competencia los actos y omisiones descritos en los números (iv) a (x) de la consideración segunda precedente, resultaría imprescindible que el HTCP haya constatado en forma previa la naturaleza arbitraria o ilegal de dichas conductas;

Quinto. Que, en primer lugar, es menester recordar que el SRCEI, en tanto órgano del Estado, debe respetar el principio de legalidad consagrado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, el que se reitera en el artículo 2° de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado. Esto implica que todas las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones deben someter su acción a la Constitución y las leyes, dentro de las cuales está el D.L. N° 211, que fija normas para la defensa de la libre competencia;

Sexto. Que en este orden de consideraciones, existe abundante jurisprudencia tanto de este Tribunal como de sus antecesoras –las Comisiones Preventivas y Resolutiva- y de la Excm. Corte Suprema, que ha señalado reiteradamente que las normas de libre competencia del D.L. N° 211 no contemplan ninguna excepción en cuanto a los sujetos a quienes se aplica y que, por lo tanto, también deben ser cumplidas por los órganos de la Administración del Estado, por cuanto es perfectamente posible que éstos, a través de sus actuaciones en el mercado, impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, o tiendan a producir dichos efectos;

Séptimo. Que, así, este Tribunal ha resuelto que la expresión amplia (“*el que* [...]”) que utiliza el legislador en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 para aludir al sujeto activo de una infracción a las normas de defensa de la libre competencia,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

revela que éste no requiere de ninguna calidad especial, de manera que comprende a cualquier persona natural o jurídica, sea de derecho público o privado, que concurra a los mercados. Por lo tanto, dado que las normas de protección de la libre competencia son de orden público, si se hubiese querido exceptuar de cumplir con ellas a determinados órganos del Estado, tal excepción habría debido establecerse por ley, lo que no ha sido el caso (Sentencia N° 89/2009, consideración décima; Sentencia N° 92/2009, consideración séptima; Sentencia N° 113/2011, consideración tercera; Sentencia N° 114/2011, consideración octava; Sentencia N° 121/2012, consideración quinta);

Octavo. Que, por consiguiente, el Decreto Ley N° 211 es aplicable a todos los sujetos que intervienen directa o indirectamente en los mercados, sea que se trate de personas de derecho privado, público o de administración autónoma, y sea que estas últimas participen como oferentes, adquirentes o demandantes de bienes o servicios, o en cuanto autoridades que ofrecen o asignan recursos económicos (entre otras, sentencias N° 113/2011, consideración cuarta; N° 114/2011, consideración novena; N° 121/2011, consideración sexta);

Noveno. Que, tratándose de órganos del Estado, lo relevante para efectos de la legislación de defensa de la competencia es analizar si sus actuaciones como oferentes o demandantes de bienes y servicios o asignadores de derechos o recursos inciden o no en el resultado que debiera prevalecer en un mercado competitivo, pues lo que en definitiva se busca al cautelar el bien jurídico de la libre competencia es impedir que se produzcan conductas que la entorpezcan o eliminen, ocasionando así pérdidas de bienestar social o, en otras palabras, que afecten negativamente la eficiencia económica en el uso o asignación de recursos escasos (entre otras, sentencias N° 77/2008, consideración novena; N° 92/2009, consideración novena);

Décimo. Que en el caso *sublite*, el órgano del Estado actuó como demandante o comprador de un servicio, por lo que le resulta además aplicable lo dispuesto en la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos de Suministro y Prestación de Servicios, cuyo artículo 1° inciso primero dispone que “[l]os *contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación. Supletoriamente, se les aplicarán las normas de Derecho Público y, en defecto de aquéllas, las normas del Derecho Privado*”;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Undécimo. Que en el Título V de dicho cuerpo legal se creó un tribunal especial, denominado “Tribunal de Contratación Pública”, al que se le delimitó su ámbito de competencia en el artículo 24°, al señalarse que éste “[...] *será competente para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por esta ley*”;

Duodécimo. Que en virtud de lo expuesto, la demandada sostiene que la referida Ley N°19.886 entregó al HTCP “[...] *la competencia exclusiva para pronunciarse respecto de actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por esta ley*”, por lo que “[...] *para todos los efectos legales a que pueda dar lugar, la declaración de que un servicio público ha incurrido en una arbitrariedad en el contexto de un procedimiento de contratación pública corresponde en forma exclusiva al TCP*”, razón por la cual, según el SRCEI, para que este Tribunal de Defensa de la Libre Competencia pueda hacer un reproche sobre eventuales actos discriminatorios o ilegales del Servicio en el contexto de la Licitación de autos “[...] *resulta ineludible que el TCP haya constatado en forma previa la naturaleza ‘arbitraria’ de las conductas del SRC*”, existiendo entonces, según estima, una relación de prejudicialidad entre las diversas acciones que Sonda ha interpuesto ante el HTCP y la que interpuso ante esta sede;

Decimotercero. Que, tal cual se reconoce en el informe en derecho acompañado por el SRCEI a fojas 1265, las cuestiones de prejudicialidad son excepcionales en nuestro ordenamiento jurídico, como las que se regulan a propósito de ciertas situaciones producidas en un proceso penal que necesariamente requieren del pronunciamiento previo de la jurisdicción civil (artículo 173° del Código Orgánico de Tribunales), por lo que no existe norma alguna que obligue a este Tribunal a esperar un pronunciamiento del HTCP para que pueda conocer y sancionar actos u omisiones ilegales o arbitrarios cometidos por un órgano público en el contexto de un proceso de compras públicas, si los mismos impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o tienden a producir dichos efectos, lo que es de suyo lógico, pues de lo contrario se llegaría a situaciones absurdas como las que podrían plantearse respecto de los casos de competencia desleal que conoce este Tribunal, en los que habría que esperar el juicio de la Justicia Civil sobre el carácter de desleal o no del acto antes de poder conocer el requerimiento o demanda en esta sede;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Decimocuarto. Que el carácter excepcionalísimo de la prejudicialidad -la que por lo demás y tal como se ha dicho, requiere texto expreso de la ley- encuentra su fundamento en las múltiples responsabilidades legales que pueden surgir de un mismo hecho, las cuales, por regla general, pueden ser perseguidas simultáneamente. Así, tal como lo ha resuelto la Excma. Corte Suprema, “[...] *no debe olvidarse que de un mismo acto pueden derivar consecuencias jurídicas de diversa naturaleza, y que el examen de legalidad ha de verificarse sólo por el órgano al que la ley ha conferido competencia en razón del tipo de la eventual trasgresión*” (Sentencia pronunciada por la Excma. Corte Suprema el 28 de enero de 2011 en causa rol N° 6.100-2010). En ese mismo orden de consideraciones, este Tribunal ha fallado en reiteradas oportunidades que “[...] *la circunstancia de que los actos y contratos a que se refiere esta causa se realicen en el marco de procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos, no implica que éstos han de regirse exclusivamente por las disposiciones pertinentes de la Ley 19.886, sin consideración de lo preceptuado en la legislación de defensa de la libre competencia la que, por lo demás, es de orden público*” (Sentencia N°77/2008, consideraciones cuarta; en sentido similar, Sentencia N°89/2009, consideración decimonovena; Sentencia N°114/2011, consideraciones quinta y vigésimo quinta; y, Sentencia N° 121/2012, consideración octava);

Decimoquinto. Que la circunstancia de que un mismo hecho pueda ser perseguido simultáneamente ante distintas jurisdicciones con el objeto de hacer efectivas las respectivas responsabilidades legales, obedece a que cada una de ellas busca proteger distintos bienes jurídicos. De esta manera, por ejemplo, puede perseguirse simultáneamente la responsabilidad penal y civil del autor de un hecho que reviste los caracteres de delito ante tribunales diversos. Por lo tanto, la competencia simultánea de este Tribunal y del HTCP para conocer los actos y omisiones denunciados por Sonda, encuentra su explicación en las distintas responsabilidades que cada uno de ellos debe establecer. Así, mientras la Ley N° 19.886 estableció las bases sobre contratos de suministro y prestación de servicios con el objeto de “[...] *lograr un uso eficiente de los recursos, compras de mejor calidad, ahorros presupuestarios y mayor transparencia en los actos del Estado*” (Mensaje de la Ley, página 5), el D.L. N° 211 tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados (artículo 1°). Vale decir, ambas legislaciones buscan proteger bienes jurídicos distintos y, por tanto, la infracción de sus normas necesariamente genera distintas responsabilidades, por lo que nada obsta a que puedan perseguirse simultáneamente;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Decimosexto. Que, por todo lo expuesto, el SRCEI debe cumplir no solamente con la legislación administrativa vigente en materia de contratos de suministro y prestación de servicios, sino también con las disposiciones contenidas en el D.L. N° 211. Al respecto, no debe olvidarse que las atribuciones de este Tribunal de Defensa de la Libre Competencia surgen del D.L. N° 211 y se basan en la tutela constitucional de la libertad económica y la existencia de un orden público económico (artículo 19°, N° 21 de la Constitución Política de la República), e incluyen el resguardo de la libre competencia en los mercados, incluyendo, dentro de éstos, los mercados de compras públicas;

Decimoséptimo. Que la conclusión establecida en la consideración precedente es sin perjuicio de aquellas actuaciones del SRCEI que se enmarquen estrictamente en la ley en virtud del ejercicio de una potestad de carácter reglado, en cuyo caso no se le podría sancionar por el incumplimiento de las normas del D.L. N° 211, pues ello implicaría hacerlo incurrir en una infracción al principio de legalidad que rige sus actuaciones. En el caso que este Tribunal estime que una actuación de un órgano público -que no hace más que dar fiel cumplimiento a la legislación vigente-, vulnera la libre competencia, lo que cabe es ejercer la facultad propositiva del artículo 18° N° 4 del D.L. 211, tal como lo ha sostenido la Excma. Corte Suprema al señalar que *“[...] resulta de meridiana claridad que al elaborar las bases para el proceso de licitación de las frecuencias aéreas restringidas materia de esta causa la Junta de Aeronáutica Civil no hizo más que dar fiel cumplimiento a la legislación vigente que resulta aplicable en la especie. Es el Decreto Supremo N° 102, por remisión del Decreto Ley 2564, el que establece que las frecuencias deben ser asignadas a la empresa que haya ofrecido la mayor cantidad de dinero por cada una de ellas, encontrándose obligada la Junta a elaborar las bases de licitación en concordancia con tales condiciones, según expresamente lo dispone el inciso segundo del artículo 3 de la Ley de Aviación; [...] Que de acuerdo a lo expresado, encontrándose vigente dicha normativa, no le resulta posible al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ordenar la modificación de las bases en la forma que lo hizo [...] contrariando con ello lo que se encuentra expresamente regulado por la legislación de aviación comercial que nos rige [...] De estimar el tribunal que el reglamento de la ley de aviación comercial, al que se remite expresamente esta última en materia de licitación de frecuencias aéreas internacionales, atenta contra las normas que regulan la libre competencia, en este caso el Decreto Ley 211, sólo le es permitido proponer a la Presidente de la República su modificación, mas no ordenar a la Junta de Aeronáutica Civil elaborar las bases con prescindencia de lo que éste establece*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

[...]” (Sentencia pronunciada el 15 de junio de 2009, en proceso rol N° 1855-2009, consideraciones séptima y octava);

Decimoctavo. Que, ahora bien, en relación con los actos y omisiones denunciados, es necesario tener presente que el ordenamiento jurídico ha encomendado al Servicio de Registro Civil e Identificación la función pública de establecer y registrar la identidad civil de las personas y otorgar los documentos oficiales que la acreditan (artículo 4° N° 4 de la Ley N° 19.477, Orgánica del Servicio de Registro Civil e Identificación). La licitación N° 594-56-LP08, cuestionada en este proceso, fue convocada precisamente para dar cumplimiento a la referida función pública, específicamente mediante la selección de un único contratista que proveyera un nuevo sistema de identificación y la emisión de nuevas cédulas de identidad y nuevos pasaportes;

Decimonoveno. Que la forma como el Registro Civil ejerce su disposición a contratar y pagar por los servicios necesarios para cumplir con la provisión de un sistema de identificación y la emisión de las cédulas de identidad y de los pasaportes de la República de Chile, tiene efectos en el mercado en que incide, especialmente considerando que la Licitación implica la selección de un único contratista por un lapso de diez años. Adicionalmente, al licitar los servicios el Registro Civil no actúa simplemente como un demandante directo de ellos, sino que lo hace también en representación de otros –los chilenos y habitantes de Chile en general– quienes se presume que contribuyen a soportar el costo de dichos servicios al menos parcialmente, mediante el pago de las respectivas tasas por cédulas de identidad o pasaportes;

Vigésimo. Que, en la jurisprudencia reciente, el análisis efectuado por este Tribunal respecto del actuar de entes licitantes estatales se ha enfocado, por regla general, en el diseño de las respectivas bases de licitación. En virtud de lo anterior, en pronunciamientos previos se ha discernido si las cláusulas de las bases administrativas infringen las normas de defensa de la libre competencia, restringiendo la participación, en igualdad de condiciones, de competidores a los procesos licitatorios en cuestión o impidiendo la selección del competidor más eficiente (Sentencia N° 37/2006, consideración decimocuarta). De acuerdo con lo expuesto, este Tribunal ha analizado si las exigencias impuestas por las bases de licitación reducen o pueden reducir sin fundamento el número de oferentes que puedan participar en un proceso de contratación (entre otras, Sentencia N° 34/2005, consideraciones cuarta, vigésimo quinta y vigésimo sexta; Sentencia N° 77/2008, consideraciones vigésimo cuarta a trigésimo cuarta, trigésimo sexta,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cuadragésimo primera a cuadragésimo novena y quincuagésima quinta; Sentencia N° 92/2009, consideraciones trigésimo tercera, trigésimo cuarta, trigésimo sexta y cuadragésimo sexta; Sentencia N° 105/2010, consideraciones quincuagésimo segunda, quincuagésimo novena y sexagésima cuarta; Resolución N°7/2005, consideraciones cuarta a octava y duodécima; Resolución N° 13/2006, consideraciones decimosegunda, decimotercero). También ha juzgado el impacto que produce en la competencia entre oferentes el otorgamiento de facultades discrecionales al ente licitante (entre otras, Sentencia N° 34/2005, consideraciones decimooctava y vigésimo octava; Sentencia N° 89/2009, consideraciones trigésimo quinta y trigésimo sexta; Resolución N°13/2006, consideración decimoquinta) y la falta de claridad en los criterios de asignación del objeto de la licitación o en la responsabilidad, cargas y deberes que asume el adjudicatario (entre otras, Sentencia N° 34/2005, consideración tercera; Resolución N° 4/2005, consideración décima; Resolución N° 13/2006, consideración décimo séptima);

Vigésimo primero. Que no obstante lo expuesto en la consideración precedente, este Tribunal también ha analizado, excepcionalmente, la actuación de entes licitantes durante el proceso licitatorio, con el objeto de determinar la eventual comisión de arbitrariedades o discriminaciones arbitrarias que impidan, entorpezcan o restrinjan la libre competencia o tiendan a producir dichos efectos (Sentencia N° 92/2009, consideraciones vigésimo segunda, quincuagésima, sexagésima cuarta y sexagésima quinta; Sentencia N° 34/2005, consideración decimosegunda);

Vigésimo segundo. Que, en consecuencia, este Tribunal rechazará las defensas adjetivas del Servicio de Registro Civil e Identificación consistentes en: (i) la irrelevancia general de las conductas de los entes licitantes para el derecho de defensa de la libre competencia; (ii) la cuestión de prejudicialidad que existiría entre, por una parte, el pronunciamiento del HCTP sobre la ilegalidad o arbitrariedad de acciones u omisiones del Servicio durante el Proceso Licitatorio y, por la otra, el pronunciamiento de este Tribunal sobre el eventual carácter anticompetitivo de dichas acciones u omisiones; y, (iii) la supuesta radicación de la misma contienda jurídica ante el HTCP que impediría el conocimiento y fallo por esta sede;

Vigésimo tercero. Que, como otra defensa de carácter adjetivo, el SRCEI alegó en su contestación que el petitorio de la demanda adolecería de los siguientes tres errores que obstarían a que la acción pudiera prosperar: (i) no solicitar que se declarara la existencia de una infracción a la libre competencia; (ii) solicitar

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

medidas no contempladas en el artículo 26° del D.L. N° 211; y, (iii) contener peticiones abiertas –no concretas– en materia de multas, solicitando además que ellas se apliquen a personas que no fueron demandadas, ni emplazadas en este proceso;

Vigésimo cuarto. Que, tal como ya se ha señalado en la parte expositiva de esta sentencia, en el petitorio de su demanda Sonda solicita a este Tribunal que: (i) se deje sin efecto, o bien se ordene al SRCEI dejar sin efecto, la adjudicación a favor de Morpho; (ii) se deje sin efecto, o bien se ordene dejar sin efecto, el contrato que, con motivo de dicha adjudicación, fue suscrito entre Morpho y el SRCEI; (iii) se apliquen las multas establecidas en la ley en contra del SRCEI y los funcionarios involucrados; (iv) se adopten las demás medidas que se estimen procedentes respecto del Proceso Licitatorio, de conformidad con la ley; y, (v) se condene al SRCEI en costas;

Vigésimo quinto. Que en forma previa a ponderar cada una de las alegaciones particulares que formula el SRCEI en esta materia, este Tribunal analizará el tema de fondo que se plantea a través de estas defensas del demandado y que dice relación con la correlación entre, por un parte, la competencia de este Tribunal para conocer de un determinado asunto y, por otra, con las peticiones concretas que se le formulen en un requerimiento o demanda;

Vigésimo sexto. Que si bien es cierto que se aplican supletoriamente las normas contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil al procedimiento contencioso establecido para hacer efectiva la responsabilidad en materia de libre competencia -regulado en los artículos 19° y siguientes del D.L. N° 211-, ello sólo tiene lugar en la medida que dicha aplicación no sea incompatible con él (artículo 29° del D.L. N° 211);

Vigésimo séptimo. Que, de este modo, para dilucidar si la aplicación supletoria de una determinada norma de los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil puede resultar incompatible con el procedimiento regulado en los artículos 19° y siguientes del D.L. N° 211, habrá que estarse, en primer lugar, a los elementos esenciales de este procedimiento y, en segundo lugar, a la naturaleza de la responsabilidad que se busca hacer efectiva a través del mismo y del interés que mediante este procedimiento se busca proteger;

Vigésimo octavo. Que, en este orden de ideas, toda demanda que se interpone ante este Tribunal debe contener la exposición clara y determinada de los hechos, actos o convenciones que infringirían el D.L. N° 211 e indicar el o los mercados en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que incidiría la presunta infracción (artículo 20° inciso segundo). Adicionalmente, el libelo también debe contener las menciones que señala el artículo 254° del Código de Procedimiento Civil, pues así expresamente lo indica aquella norma del D.L. N° 211. Dentro de dichas menciones está, precisamente, la enunciación precisa y clara consignada en la conclusión de las peticiones que se someten al fallo de este Tribunal;

Vigésimo noveno. Que, en opinión de este Tribunal, la demanda de Sonda de fojas 364 y siguientes contiene una enunciación precisa y clara de sus peticiones, tal cual se puede desprender de la simple lectura de las mismas. Por esta razón, este Tribunal no solicitó a la demandante subsanar este aspecto de la demanda en el plazo de tres días hábiles, ni tampoco el demandado opuso la correspondiente excepción dilatoria de ineptitud del libelo;

Trigésimo. Que, ahora bien, habiéndose formulado en forma razonablemente precisa y clara las peticiones en la demanda, cabe preguntarse si la competencia de este Tribunal queda supeditada a dichas peticiones si estimara, por ejemplo, que procede una multa distinta de la solicitada por el actor, o que procede aplicar una multa en aquellos casos en que se formula en términos abiertos, o que procede la aplicación de alguna de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas a que alude el inciso primero del artículo 3° del D.L. N° 211, aun cuando todas o algunas de estas medidas no se hayan pedido en forma expresa sino genéricamente;

Trigésimo primero. Que en el procedimiento ordinario civil, de aplicación supletoria en la especie en la medida que sea compatible con este procedimiento, la competencia del juez para conocer los hechos de la *litis* queda indefectiblemente unida a las peticiones que se formulan en la demanda pues, en caso contrario, la sentencia que se dicte en dicho procedimiento adolecerá de un vicio susceptible de invalidar la misma, consistente “[...] *en haber sido dada ultra petita, esto es, otorgando más de lo pedido por las partes, o extendiéndola a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, sin perjuicio de la facultad que éste tenga para fallar de oficio en los casos determinados por la ley*” (artículo 768° N° 4 del Código de Procedimiento Civil);

Trigésimo segundo. Que esta vinculación entre lo pedido por las partes y lo que puede resolver el juez civil tiene su justificación en el principio dispositivo que inspira nuestro procedimiento civil, principio que se traduce en la máxima *ne eat iudex ultra petita partium*, es decir, el juez sólo debe proveer conforme con lo que se pide y sólo sobre lo que se pide. La aplicación de este principio al

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

procedimiento civil es de suyo lógica atendido el carácter privado de los derechos e intereses en juego;

Trigésimo tercero. Que, en cambio, en materia de libre competencia, pese a la aplicación supletoria de disposiciones del procedimiento civil en la medida que no sean incompatibles, este principio formativo del procedimiento no se aplica, atendido el interés público que va envuelto en todas las causas que conoce este Tribunal y la consiguiente responsabilidad, de carácter infraccional, que se hace efectiva en el mismo. En efecto, la naturaleza propia del procedimiento contencioso que contemplan los artículos 19° y siguientes del D.L. N° 211 es incompatible con el principio dispositivo, pues de otra forma no se entendería, entre otras materias, que el tribunal: (i) deba impulsarlo de oficio hasta su resolución definitiva; (ii) pueda decretar en cualquier estado de la causa las diligencias probatorias que estime convenientes; o (iii) pueda decretar de oficio todas las medidas cautelares que sean necesarias para impedir los efectos negativos de las conductas sometidas a su conocimiento y para resguardar el bien común;

Trigésimo cuarto. Que, por las razones expuestas, este Tribunal considera que los límites dentro de los cuales deben enmarcarse las sentencias que dicta en los procedimientos contenciosos, están dados, por un lado, por los hechos o circunstancias contenidos en el requerimiento o demanda y no por las peticiones concretas que, finalmente, el requirente o demandante formula y, por otro, por la debida individualización de los requeridos o demandados, a fin de que puedan ejercer debidamente su derecho a defensa. A esta conclusión también necesariamente debe arribarse si se atiende la clase o naturaleza de la responsabilidad legal que se busca hacer efectiva a través de este procedimiento y que no es otra que una responsabilidad infraccional a la cual se le aplican, con matices, los principios propios del derecho sancionatorio;

Trigésimo quinto. Que, por todo lo expuesto, este Tribunal no acogerá la demanda de Sonda en aquella parte en la que se solicita la aplicación de multas a funcionarios de SRCEI que no fueron individualizados en el libelo ni emplazados en el proceso y rechazará las demás defensas del Servicio relativas a los defectos en el petitorio de la demanda;

Trigésimo sexto. Que para efectos de analizar el mercado relevante, las conductas denunciadas por Sonda y la prueba existente en el proceso respecto de su ocurrencia y su correspondencia con las normas contenidas en el D.L. N° 211, este Tribunal expondrá, en primer término, el desarrollo que tuvo la Licitación;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Trigésimo séptimo. Que, son hechos acreditados en el proceso y no controvertidos por las partes, los siguientes: (i) con fecha 14 de julio de 2008 el SRCEI publicó las Bases de Licitación, las que fueron aprobadas por la Contraloría el 8 de febrero de ese mismo año; (ii) luego de varias modificaciones al calendario de la Licitación, la fecha para la entrega de ofertas fue fijada para el 11 de junio de 2009, realizándose la apertura de las propuestas técnicas de los Oferentes al día siguiente; (iii) con fecha 9 de abril de 2010 el Servicio, mediante la Resolución Exenta N° 1.265 excluyó a Coasin, debido al incumplimiento de la obligación de mantener vigente su boleta bancaria de garantía de seriedad de la propuesta; (iv) luego, mediante la Resolución Exenta N° 1.684, con fecha 14 de mayo de ese mismo año, excluyó a Siemens, debido a la omisión de una declaración jurada ante notario de no encontrarse el proponente comprendido en alguna de las prohibiciones indicadas en el artículo 4° de la Ley N° 19.886; (v) tras estas exclusiones, y luego de realizadas las pruebas prácticas necesarias para la evaluación técnica, con fecha 12 de julio de 2010 el Registro Civil publicó el Acta de Evaluación Técnica, en la que se consignan los puntajes obtenidos por las ofertas de Morpho, Indra, Bundesdruckerei, SICE y Sonda; (vi) mediante Resolución Exenta N° 2.492 se excluye a Sonda y SICE, en atención a que estas proponentes no cumplieron con el puntaje mínimo establecido en las Bases de 60 puntos para todos los Componentes; y, (vii) finalmente, y luego de proceder a la apertura de las ofertas económicas de Morpho, Indra y Bundesdruckerei, el SRCEI adjudicó la Licitación a Indra mediante Resolución Exenta N° 2.562, de fecha 15 de julio de 2010;

Trigésimo octavo. Que, en una segunda fase, y tras la adjudicación a Indra, ocurrieron los siguientes hechos, también acreditados en autos y no controvertidos por las partes: (i) Sonda y Morpho interpusieron sendas demandas ante el HTCP, con fechas 22 y 24 de julio de 2010, dando inicio a las causas rol N° 82-2010 y 85-2010, respectivamente; (ii) tales acciones legales derivaron en sentencias de dicho Tribunal de fechas 17 de junio de 2011 para la causa rol N° 85-2010 y 26 de julio de 2011 para la causa rol N° 82-2010; la primera de las cuales dejó sin efecto la adjudicación a Indra y ordenó al Servicio retrotraer la Licitación a la etapa de evaluación de las propuestas técnicas, por lo que, con fecha 11 de julio de 2011, a través de la Resolución Exenta N° 2.808 el Registro Civil conformó la nueva Comisión Evaluadora; (iii) una vez reactivado el Proceso Licitatorio, se excluyeron las ofertas de Bundesdruckerei y SICE por no cumplir con la obligación de mantener vigentes las boletas de garantía de seriedad de sus propuestas, mediante la Resolución Exenta N° 3.103, de fecha 27 de julio de 2011; y de Sonda, por no haber acreditado experiencia en tres componentes el Sistema de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Identificación, como indica la Resolución Exenta N° 3.492, de 22 de agosto del mismo año; y, (iv) por último, sólo la propuesta de Morpho fue evaluada, con fechas 29 de septiembre de 2011 para el componente técnico y 3 de octubre de 2011 para el componente económico, adjudicándosele la Licitación a dicha empresa el 13 de octubre del mismo año, mediante la Resolución Exenta N° 4.195;

Trigésimo noveno. Que así establecida la secuencia de hechos precedentes, corresponde a continuación determinar el mercado relevante en el que se desarrollaron los hechos, actos o convenciones que denuncia la demandante. A este respecto, las partes coinciden en que éste sería el de la Licitación, pues la demandante asevera que el caso *sublite* se trata de “[...] *una competencia ‘por el mercado’, y no ‘en el mercado’, ya que, una vez adjudicado el contrato, la competencia deja de existir, puesto que la provisión de los bienes licitados se efectúa por una sola entidad durante todo el período que dure el respectivo contrato*” y la demandada sostiene que comparte la definición de la demandante, entendiendo que la Licitación constituiría un mercado en sí mismo;

Cuadragésimo. Que, en relación con lo anterior, a juicio de este Tribunal la Licitación tenía por objeto la contratación de un único proveedor de los insumos necesarios –tal como se desprende del tenor literal de las Bases- para proveer un nuevo sistema de identificación y emitir documentos de identidad y viaje, toda vez que es el propio SRCEI quien en definitiva será el que cumple la función pública de emisión de cédulas de identidad y pasaportes a las personas que lo requieran. Ahora bien, debido a las dificultades que plantearía el tener más de un proveedor de los insumos necesarios para emitir estos documentos de identidad y viaje o licitar el contrato por periodos breves -por las características de los servicios licitados, las inversiones exigidas para su prestación y la necesidad de uniformidad y seguridad que requieren los referidos documentos- es forzoso asignar esta actividad a un solo proveedor y por un periodo prolongado;

Cuadragésimo primero. Que lo anterior es ratificado por las Bases Administrativas, que indican como objetivos generales de la Licitación la provisión del “*nuevo SISTEMA DE IDENTIFICACIÓN, Documentos de Identidad y de Viaje y de Servicios Relacionados, fortalecer la verificación e identificación automática de la identidad de las personas, producir los nuevos documentos de identidad necesarios para ser utilizados dentro y fuera del país, cumpliendo con los estándares internacionales de uso y de seguridad de los documentos emitidos y del proceso de producción de éstos, como también otorgar los servicios de*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

información relacionados”; y establecen como deber del adjudicatario la provisión, sin costo adicional, de “todos los elementos necesarios para la operación del SISTEMA DE IDENTIFICACIÓN, incluyendo los que se encuentran en las fábricas de personalización de documentos, en los datacenters, en las bodegas y en las demás dependencias bajo su responsabilidad, con las excepciones especificadas en la sección 5.6 EXCEPCIONES A LAS OBLIGACIONES DEL ADJUDICATARIO de las Bases Administrativas” (sección 1.2. de las Bases Administrativas, fojas 7 del cuaderno principal). En términos similares, diversas exigencias de seguridad, tecnología e infraestructura contenidas en los objetivos específicos de la Licitación confirman la necesidad de contratar a un único proponente por un lapso significativo (sección 1.3, literales a, d, e, f, g, i, m, o, p, q, r, s, t, u, y de las Bases Administrativas, páginas 7 a 9 del cuaderno principal);

Cuadragésimo segundo. Que, por lo tanto, al tener que contratar necesariamente a un solo proveedor los servicios ya descritos, la licitación pública del SRCEI debía tener como su principal objetivo el de subsanar la imposibilidad de competencia *expost*, mediante la creación de una instancia en que diversos proveedores pudieran competir presentando ofertas para proveer los servicios, bajo condiciones de precio, calidad y cantidad que se aproximen a las de un mercado competitivo;

Cuadragésimo tercero. Que, dadas las consideraciones anteriores, este Tribunal estima que el mercado relevante en que se puede dar la competencia y, por tanto, desarrollar conductas que la perjudiquen, es el de la licitación misma, entendiéndose que ésta comprende todo el proceso de licitación, tal como lo define la Ley N° 19.886 en su artículo 7°, al señalar que “[...] *el procedimiento administrativo de carácter concursal mediante el cual la Administración realiza un llamado público, convocando a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales se seleccionará y aceptará la más conveniente*”.

Cuadragésimo cuarto. Que además de determinar el mercado relevante como se indica en las consideraciones precedentes, este Tribunal estima necesario analizar ciertas características de la licitación de cédulas de identidad y pasaportes que son relevantes para efectos de la libre competencia, considerando que el SRCEI debió resguardar que tanto el diseño de las Bases de Licitación como su aplicación se hiciera con el especial cuidado de no infringir las normas del D.L. N° 211, y respetando siempre los principios de legalidad y de estricta

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sujeción a las bases, atendidas las razones ya expresadas, especialmente en la consideraciones quinta a novena, decimoquinta y decimosexta;

Cuadragésimo quinto. Que en el caso de autos se trata de una licitación multivariable, en que se ponderan por una parte requisitos técnicos y por otra, el precio ofertado. La dificultad de las licitaciones multivariable radica en la comparación de elementos difícilmente comparables, lo que obliga al ente licitante a definir en las bases de licitación alguna regla de ponderación necesariamente discrecional. En este caso, la regla de ponderación establecida en las Bases consiste en valorar en cincuenta por ciento la oferta técnica y económica de cada proponente;

Cuadragésimo sexto. Que, además, las Bases de Licitación, acompañadas a fojas 1 y siguientes del cuaderno principal, establecen puntuaciones relativas que se le asignan a cada postulante en cada Ítem o subítem de su oferta. En efecto, las Bases consideran que si el postulante cubre el mínimo de lo requerido en un Ítem cuantificable obtendrá entre 60 y 100 puntos; y que si no cubre el mínimo obtendrá como máximo 50 puntos, pudiendo asignársele un puntaje menor de acuerdo con su grado de incumplimiento, el que, de ser absoluto, corresponde a cero puntos. La manera en que se califican las ofertas de los postulantes entre los 60 y los 100 puntos, en el primer caso, y entre cero y los 50 puntos, en el segundo, dependerá de la distancia que exista entre, por una parte, la calidad de su propuesta en ese Ítem o subítem y, por otra parte, la mejor oferta presentada, la que recibe la puntuación máxima. Por último, la mejor propuesta para los Ítems no cuantificables también recibe la puntuación máxima, estableciéndose que las ofertas de menor calidad pero que cumplen con el mínimo exigido en ese Ítem o subítem, deben calificarse con 80 puntos, mientras que la calificación que corresponde a un incumplimiento parcial asciende a solo 20 puntos, sin mediar en este caso comparación entre oferentes, por no poder otorgársele un orden cardinal preciso a sus propuestas, dada su naturaleza no cuantificable;

Cuadragésimo séptimo. Que así, en el caso de autos, en que por diversas razones se eliminan de la competencia todos los postulantes menos uno, necesariamente el proponente que queda en competencia obtiene 100 puntos al cumplir por sobre el mínimo requerido en cada Ítem. Por tanto, en esta situación sería fácil para el único competidor alcanzar en cada componente los 60 puntos requeridos para no quedar fuera de competencia. Es fácil deducir entonces que con el sistema de evaluación relativo antes descrito podría aprobarse una oferta técnica que cumpla apenas por sobre la calidad mínima exigida en algunos Ítems

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

y que no cumpla en otros; mientras que la misma oferta, en un escenario de comparación con otras, podría ser declarada inadmisibles por incumplimiento de puntaje mínimo de uno o más Componentes. Con el fin de ilustrar esta idea, en un caso hipotético podría existir un Componente con dos Materias, con una ponderación de 50% para cada una. Si finalmente sólo un postulante "A" es evaluado técnicamente, quien en su propuesta cumple una Materia con el mínimo requerido y en la otra no alcanza el mínimo, obtendrá 100 puntos en la primera Materia y 50 en la segunda, con lo que obtendrá un total de 75 puntos en el Componente, es decir, aprueba la evaluación técnica. En cambio, si aún queda otro competidor "B" y éste supera a "A" en la primera Materia y no lo hace en la segunda, "A" obtendrá 60 puntos en la primera y 50 en la segunda, con un promedio final de 55 que lo lleva a ser excluido de la competencia;

Cuadragésimo octavo. Que, en consecuencia, las Bases de Licitación establecieron un mecanismo de evaluación de los aspectos tanto técnico como económico de las distintas propuestas u ofertas, con asignación de puntaje relativo, esto es, uno en el que su valoración depende de la evaluación que el ente licitante haga de las otras propuestas. Es decir, el puntaje entregado a cada oferta depende de la valoración de las demás, a menos que se trate de una oferta que supere a todas las ofertas competidoras en cada uno de los ítems y subítems evaluados -es decir, una oferta que sea estrictamente superior en lo técnico a todas las otras que se presenten-, en cuyo caso ese puntaje máximo (en este caso 100 puntos) se mantiene con independencia de si existe o no comparación con otras propuestas;

Cuadragésimo noveno. Que, de esta forma, la competencia en la presente licitación no se extinguía al momento de presentar las ofertas, sino que se generaba cuando se evaluaban todas ellas en mutua comparación. En otras palabras, si el licitante no podía comparar al menos dos propuestas, el puntaje asignado a la única oferta restante podría quedar sobrevalorado;

Quincuagésimo. Que, efectuadas las precisiones anteriores sobre la Licitación, este Tribunal analizará las conductas denunciadas por la actora, en el orden descrito en la demanda, teniendo especialmente en cuenta las precisiones señaladas en las consideraciones precedentes sobre las Bases de Licitación, la naturaleza de los servicios licitados y el deber, por tanto, del licitante -en este caso el SRCEI- de intentar replicar las condiciones de competencia en la licitación;

Quincuagésimo primero. Que de acuerdo con la demandante, por una parte se encuentran los actos administrativos por los cuales se declararon inadmisibles las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ofertas de Sonda, Sice y Bundesdruckerei, los que constituirían, en su concepto, conductas exclusorias que atentan en contra de la libre competencia. Por otra parte, existen imputaciones sobre hechos, actos y omisiones del SRCEI que constituirían conductas que habrían privilegiado a unos oferentes en desmedro de otros, afectando de este modo la libre competencia. Dentro de esta categoría se encuentran las acusaciones relativas a la adjudicación de la Licitación a Indra; la no exclusión de Morpho por vicios en su boleta de garantía; la evaluación desigual de las ofertas por parte del SRCEI; la utilización de criterios distintos para evaluar los mismos hechos; la conformación de la nueva Comisión Evaluadora; y la adjudicación al único oferente en carrera y el no ejercicio de la facultad de declarar desierta la Licitación. Por último, Sonda reprocha como otras conductas que atentarían en contra de la libre competencia, el desfase de precios y solución tecnológica, y la realización irregular de pruebas técnicas;

Quincuagésimo segundo. Que la primera conducta atentatoria en contra de la libre competencia que imputa Sonda al SRCEI es la declaración de inadmisibilidad de su oferta mediante Resolución Exenta N° 2492, de fecha 12 de julio de 2010, la que se encuentra acompañada a fojas 162 del cuaderno de documentos de Sonda, fundada en que Sonda no habría informado el tiempo que su software de reconocimiento facial demoró en procesar 29 fotografías. En particular, dicho Servicio declaró inadmisibile la oferta de Sonda “[...] *por no haber calificado su Propuesta Técnica de conformidad a lo establecido en la sección 4.7.3 Evaluación Técnica de las bases de licitación, toda vez que el Componente Reconocimiento Facial de la Pauta de Evaluación, signado con el número siete, obtuvo un puntaje inferior a sesenta (60) puntos, a saber, cincuenta y ocho como noventa y cinco (58,95) puntos*”;

Quincuagésimo tercero. Que según la demandante, su exclusión habría sido arbitraria e ilegal puesto que las fotografías que fueron entregadas por el SRCEI para la realización de las pruebas prácticas se encontraban incompletas o corruptas y porque el Servicio no repitió dichas pruebas prácticas para corregir errores, pudiendo hacerlo. Además de lo anterior, la demandante sostiene que el carácter arbitrario e ilegal de esta conducta por parte del SRCEI estaría confirmado con la sentencia dictada por el HTCP en el proceso rol N° 82-2010, que habría ordenado la reincorporación de Sonda al Proceso Licitatorio;

Quincuagésimo cuarto. Que el SRCEI, por su parte, señala que esta imputación que hace Sonda en su demanda carecería de oportunidad y actualidad, lo que la privaría de relevancia. De acuerdo con el demandado, el H. Tribunal de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Contratación Pública resolvió, mediante sentencias pronunciadas en los procesos N° 82-2010 y 85-2010: (i) declarar ilegal y dejar sin efecto la adjudicación a favor de la empresa Indra, ordenando retrotraer el Proceso Licitatorio al estado de efectuarse una nueva evaluación técnica de las ofertas; y, (ii) reincorporar a Sonda a la Licitación, razón por la cual este tema ya estaría zanjado;

Quincuagésimo quinto. Que dado que el SRCEI no compite con los Oferentes, no es posible afirmar que haya cometido un abuso exclusorio respecto de sus competidores, lo que hace que la calificación jurídica efectuada por Sonda en su demanda no sea correcta. En consecuencia, y con independencia de la calificación jurídica efectuada por la demandante, este Tribunal analizará si el acto administrativo dictado por la demandada para declarar inadmisibles dichas ofertas impidió, restringió o entorpeció la libre competencia, o tendió a ello;

Quincuagésimo sexto. Que si bien es cierto que Sonda dedujo ante el HTCP una demanda de impugnación contra la Resolución Exenta N° 2.492 del SRCEI – que declaraba inadmisibles sus ofertas-, dicho Tribunal no se pronunció sobre el actuar del SRCEI ni de la Comisión Evaluadora al dejar fuera de concurso a Sonda, señalando que “[...] *no se pronunciará sobre los supuestos vicios de la calificación técnica imputados por la demandante a la Comisión Evaluadora, ya que se ha ordenado que dichos aspectos sean objeto de una nueva evaluación [...]*”. Más aún, como se ha establecido antes en las consideraciones decimoquinta a decimosexta, incluso en el caso en que el HTCP se hubiera pronunciado sobre la exclusión de Sonda por la calificación de la Comisión Evaluadora, esto no impediría que se pudiesen denunciar tales hechos en esta sede, ni que este Tribunal pueda pronunciarse sobre su idoneidad para producir efectos contrarios a la libre competencia. Tal como lo ha resuelto este Tribunal en causas anteriores (Sentencia N°77/2008, consideración cuarta; Sentencia N°89/2009, consideración decimonovena; Sentencia N°114/2011, consideraciones quinta y vigésimo quinta; y, Sentencia N° 121/2012, consideración octava), el hecho de que un determinado órgano jurisdiccional conozca y juzgue un hecho no impide que ese mismo hecho pueda ser conocido y juzgado por esta Judicatura, aunque desde un punto de vista diferente, pues los bienes jurídicos y las pretensiones que se hacen valer en uno y otro caso son distintas;

Quincuagésimo séptimo. Que, de este modo, cabe determinar si existió o no un trato discriminatorio respecto de Sonda en el primer proceso de adjudicación, que afectara la libre competencia en el mismo. Para esto, se analizará la prueba acompañada en autos al respecto, consistente en informes

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

emitidos por expertos en fotografía, las normas técnicas que debían cumplir las ofertas, la declaración ante este Tribunal del testigo don Luis Fuentes Cerda y los correos electrónicos relativos a aclaraciones de resultados de pruebas prácticas solicitadas por el SRCEI;

Quincuagésimo octavo. Que de los informes acompañados por Sonda a fojas 207, 221 y 251 del cuaderno de documentos de dicha parte, se desprende que existían fotografías que no cumplían con las normas técnicas ISO/IEC 19794-4 e ICAO N°9303, acompañadas a fojas 511 y 585 del cuaderno de documentos de Sonda. De dichos informes resulta acreditado –y no controvertido en estos autos– que existieron fotografías corruptas o que incumplían con los estándares establecidos en las normas técnicas antes citadas. Sobre esta misma materia se pronunció ante este Tribunal el testigo de Sonda don Luis Orlando Fuentes Cerda, al declarar que quienes fueron a presenciar las pruebas relativas a las fotografías en representación del Servicio tuvieron conocimiento de que no se habían procesado 29 fotografías, indicando: “[...] *sí, claro que tuvimos conocimiento [...]*”, lo que, unido a su respuesta a una nueva pregunta sobre la calidad de las fotografías que no habían sido analizadas, en la que señaló que “[...] *algunas ni siquiera eran fotografías, muchas de ellas estaban cortadas a la mitad en lugar de estar la cara completa estaba un pedazo de la cara, otras había una mancha negra o no eran fotografías propiamente tales [...]*”, permite a este Tribunal llegar a la conclusión de que el SRCEI sabía de la existencia de fotografías que no cumplían con los estándares necesarios para su análisis, pudiendo haber solicitado aclaraciones o enmiendas que, como se verá en consideraciones posteriores, sí pidió respecto de otros proponentes;

Quincuagésimo noveno. Que de la misma declaración testimonial se desprende que, a juicio del señor Fuentes Cerda, los Oferentes “[...] *tenían que procesar todas las fotografías que se le entregaban y entregar la mayor cantidad de resultados que fuese posible, pero nunca se estableció que si no entregaban algún resultado [sic] iba a tener menos de 60 puntos en esa prueba*”, pero que, sin embargo, “[...] *se impuso el criterio de que tenían que ser todos los resultados [de las pruebas prácticas] entregados, y eso causó que el proponente Sonda [...] quedara fuera por no haber entregado todos, las evaluación [sic] de todas las fotografías o todas las firmas en la primera instancia [...]*”, de lo que se deduce que el criterio utilizado por el SRCEI para calificar que la prueba cumplía con el mínimo fue la información de resultados para el total de las 100.000 fotografías entregadas, aunque esto no quedara claramente establecido en las Bases;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sexagésimo. Que, en efecto, en los correos electrónicos relativos a las solicitudes de aclaración por parte del SRCEI respecto de algunos de los resultados de pruebas prácticas presentados por las Oferentes -acompañados a fojas 142 y siguientes del cuaderno de documentos de Sonda- se observa la disposición del Coordinador de la Licitación a aclarar los resultados de las pruebas de reconocimiento facial y otras, efectuadas por los proponentes SICE (fs. 142 y 155), Bundesdruckerei (fs. 150 y 159), Indra (fs. 153 y 159 bis) y Siemens (fs. 157), sin que exista comunicación alguna con Sonda; circunstancias todas que no se encuentran controvertidas en autos ni en la causa seguida bajo el rol N° 82-2010 ante el HTCP;

Sexagésimo primero. Que, según consta a fojas 142 del cuaderno documentos de Sonda, el Coordinador de la Licitación por parte del SRCEI consultó, al menos a SICE, las razones que explicarían sus incumplimientos sobre los mismos ítems respecto de los cuales calificó posteriormente a Sonda como que “*no cumple*”. Así, se solicitó a dicha empresa “[...] *aclarar la aparente inconsistencia observada entre la cantidad de registros reportados para la base A y la cantidad reportada de comparaciones de A con B para FRS 1:1*”;

Sexagésimo segundo. Que, de este modo, es claro que el SRCEI no consideró necesario realizar consultas respecto de los resultados de las pruebas prácticas efectuadas por Sonda, lo que representa un trato diferenciado para esta empresa, toda vez que le impidió aclarar –como sí pudieron hacerlo sus competidoras- un aspecto de su oferta técnica;

Sexagésimo tercero. Que, a juicio de este Tribunal, dicho trato diferenciado corresponde a una discriminación arbitraria por parte del Servicio, que podría haber tenido efectos contrarios a la libre competencia en el Proceso Licitatorio, toda vez que podría haber influido en los puntajes relativos asignados tanto en lo técnico como en la evaluación económica de las propuestas. Sin embargo, no existen antecedentes en autos que permitan a este Tribunal establecer una relación de causalidad directa entre la falta de solicitud de aclaración a Sonda ya referida y el puntaje definitivamente asignado a dicha empresa, por lo que no es posible acoger la demanda en esta parte, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante en este fallo;

Sexagésimo cuarto. Que la siguiente conducta anticompetitiva imputada por Sonda al SRCEI dentro de este grupo, es la exclusión de SICE y Bundesdruckerei del Proceso Licitatorio, lo que hizo efectivo mediante la Resolución Exenta N° 3103, de 27 de julio de 2011, por la cual declaró inadmisibles dichas ofertas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

porque estas empresas no renovaron sus boletas de garantía de seriedad de sus propuestas, lo que habría vulnerado lo dispuesto en la sección 2.1.1 de la Bases Administrativas. De acuerdo con la demandante, la exclusión habría sido ilegal y arbitraria, pues el vencimiento de las boletas bancarias de garantía se produjo durante la suspensión del Proceso Licitatorio, decretada judicialmente por el H. Tribunal de Contratación Pública con ocasión de la causa rol N° 85-10 y se encontraban vigentes al momento de reanudarse el mismo;

Sexagésimo quinto. Que, en relación con esta imputación, el SRCEI sostiene, en primer lugar, que Sonda carecería de legitimación activa para cuestionar la exclusión de SICE y Bundesdruckerei del Proceso Licitatorio, ya que no tendría un interés legítimo en defender los intereses de dichas empresas y tampoco tendría la facultad de representar el interés general en la materia, el que corresponde al Fiscal Nacional Económico de acuerdo con lo previsto en la letra b) del artículo 39° del D.L. N° 211;

Sexagésimo sexto. Que sobre esta alegación de falta de legitimidad esgrimida por el SRCEI, es menester recordar que en los procesos de libre competencia subyace un interés general en asegurar que en el funcionamiento de los mercados no existan interferencias ilícitas por parte de agentes económicos e incluso por actos de autoridad, que puedan impedir, restringir o entorpecer la libre competencia que debe desarrollarse en los mismos, o que tienda a producir dichos efectos. Por esta razón existe un organismo público –la Fiscalía Nacional Económica- que representa ese interés general de la colectividad en el orden económico. Sin embargo, los hechos, actos o convenciones que pueden impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, o que pueden tender a producir dichos efectos, también afectan a los distintos agentes económicos que participan en el mercado en el que se producen los mismos, sean éstos consumidores, competidores o proveedores de los respectivos bienes y servicios;

Sexagésimo séptimo. Que, por lo anterior, nuestro sistema de libre competencia no ha conferido el monopolio del ejercicio de la acción al órgano persecutor, la Fiscalía Nacional Económica, señalando expresamente en el artículo 20° inciso segundo del D.L. N° 211 que el procedimiento contencioso puede iniciarse tanto por requerimiento de dicho Servicio como por demanda de algún particular. Por consiguiente, este Tribunal entiende que un particular tiene un interés legítimo en los resultados de un proceso seguido ante esta Magistratura y, en consecuencia, se encuentra legitimado activamente, cuando los hechos,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

actos o convenciones denunciados como anticompetitivos le afectan o pueden afectarle;

Sexagésimo octavo. Que en el caso de autos la pretensión jurídica de la demandante, contenida en el petitorio de su demanda, es: (i) dejar sin efecto la licitación 594-56-LP08, incluida la adjudicación a Morpho; (ii) la aplicación de multas al SRCEI; y, (iii) la adopción de las medidas que este Tribunal estime procedentes. Desde el momento en que Sonda participó en dicho Proceso Licitatorio, cuya validez cuestiona en este juicio, se desprende claramente su legitimación activa, siendo intrascendente para efectos de evaluar dicha legitimación que los hechos, actos o convenciones denunciados por ella como anticompetitivas hayan sido ejecutados por el SRCEI durante el Proceso Licitatorio directamente en contra de ella o en contra de los otros oferentes;

Sexagésimo noveno. Que, por otra parte, el SRCEI alega que la Resolución Exenta N° 3103 por la cual se excluyó a SICE y Bundesdruckerei del Proceso Licitatorio, es un acto plenamente legal y ajustado a las Bases de Licitación, lo que estaría acreditado por las propias actuaciones de la demandante y por sendas resoluciones del HTCP y de la Contraloría. En cuanto a la conducta de Sonda, sostiene el SRCEI que el hecho de que dicha empresa haya mantenido vigente su boleta de garantía durante todo el Proceso Licitatorio, incluido el período en que el mismo estuvo suspendido en virtud de la resolución del HTCP dictada en el proceso rol N° 85-10, y de que la actora haya impugnado la primera adjudicación a Indra por no mantener vigente su boleta de garantía, son antecedentes que avalarían la legalidad de la actuación de la demandada al declarar inadmisibles las ofertas de SICE y Bundesdruckerei;

Septuagésimo. Que a juicio de este Tribunal la legalidad de un hecho, acto o convención desde la óptica del derecho de la libre competencia no puede ser analizada sobre la base de la consistencia o no de las actuaciones de uno de los posibles afectados por dicho hecho, acto o convención, sino si los mismos impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, o tienden a ello. En otras palabras, la circunstancia de que la demandante no pueda actuar en contra de sus propios actos, es decir, que deba obrar de buena fe, no implica validar per se una conducta cuyo examen y juzgamiento, desde el punto de vista de la libre competencia, recae exclusivamente en este Tribunal;

Septuagésimo primero. Que en relación con la imputación que hace la actora sobre el carácter exclusorio de la Resolución Exenta N° 3103, este Tribunal se remite a las precisiones efectuadas en la consideración quincuagésima quinta ,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

por lo que independientemente de la calificación jurídica efectuada por la demandante sobre la inadmisibilidad de SICE y Bundesdruckerei como conducta exclusoria, este Tribunal analizará si el acto administrativo dictado por la demandada para declarar inadmisibles dichas ofertas impidió, restringió o entorpeció la libre competencia, o tendió a producir dichos efectos;

Septuagésimo segundo. Que el SRCEI declaró, mediante Resolución Exenta N° 3103, inadmisibles las ofertas presentadas por los proponentes SICE y Bundesdruckerei por no cumplir con la obligación expresada en la sección 2.1.1 de las Bases Administrativas. De acuerdo con dicha sección, cada proponente debía entregar una boleta de garantía de seriedad de la propuesta, tomada en un banco con oficinas en Santiago de Chile, a la vista, irrevocable y a la orden del SRCEI por US\$ 500.000 (quinientos mil dólares de los Estados Unidos de América), debiendo mantener una vigencia inicial de a lo menos 180 días contados desde la fecha de entrega de la propuesta respectiva, la que debía renovarse por períodos de 35 días, manteniendo su vigencia durante todo el Proceso Licitatorio y hasta el décimo día hábil siguiente a la fecha de la toma de razón por parte de la Contraloría de la resolución que apruebe el respectivo contrato. A su vez, las secciones 4.6 y 4.7.2 letra b) de las Bases establecen, en suma, que el Servicio no puede aceptar ofertas que no cumplan con los requisitos establecidos en la referida sección 2.1.1;

Septuagésimo tercero. Que se encuentra acreditado en el proceso que la boleta de garantía N° 870500338045 del Banco Santander tomada por SICE, acompañada a fojas 686 del cuaderno de documentos del SRCEI, venció el día 31 de octubre de 2010, sin que se entregara una nueva boleta de garantía o se renovara la singularizada precedentemente antes de su vencimiento. Lo mismo sucedió respecto de la boleta de garantía N° BG 1026 del Banco Security, tomada por Bundesdruckerei, la que se encuentra acompañada a fojas 692 del cuaderno de documentos del SRCEI. En consecuencia, constituye un hecho objetivo que dichas boletas no mantuvieron su vigencia durante todo el Proceso Licitatorio y hasta el décimo día hábil siguiente a la fecha de la toma de razón por parte de la Contraloría de la resolución que aprobó el respectivo contrato;

Septuagésimo cuarto. Que la sección 4.6 de las Bases Administrativas establecen textualmente que “[e]l SERVICIO sólo aceptará las Ofertas de aquellos PROPONENTES que se ajusten a las normativas indicadas en las presentes Bases de Licitación”. A su vez, la letra b) de la sección 4.7.2, que regula la apertura de las propuestas técnicas, señala que “[s]e recibirá y abrirá el sobre

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

correspondiente a la Boleta de Garantía de Seriedad de la Propuesta de los PROPONENTES. De no cumplirse con los requisitos solicitados en la sección 2.1.1 Boleta de Garantía de Seriedad de la Propuesta de estas Bases Administrativas, el PROPONENTE respectivo quedará desde ese momento fuera del Proceso de Licitación”;

Septuagésimo quinto. Que, como se puede apreciar, el Servicio de Registro Civil estaba obligado a cumplir estrictamente lo dispuesto en las Bases Administrativas respecto de las boletas bancarias de garantía de seriedad de las propuestas y su vigencia. En efecto, las expresiones “sólo aceptará” y “quedará” de las secciones 4.6 y 4.7.2 letra b), están redactadas en términos imperativos lo que impedía, a juicio de este Tribunal, que el Servicio pudiera tener una flexibilidad para evaluar ofertas que no cumplieran estrictamente lo establecido en la sección 2.1.1;

Septuagésimo sexto. Que, por consiguiente, no puede hacerse un reproche al SRCEI desde el punto de vista de la libre competencia toda vez que el acto de autoridad imputado se enmarcó estrictamente en lo dispuesto en las Bases de Licitación y, por ende, en la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos de Suministro y Prestación de Servicios, la que establece como uno de sus principios fundamentales –tal como se ha dicho- el de la actuación del licitante con estricto apego a las bases de licitación, en su artículo 10°;

Septuagésimo séptimo. Que, ahora bien, la demandante ha señalado que no podía obligarse a los oferentes a mantener vigentes sus boletas de garantía de seriedad de sus propuestas mientras el Proceso Licitatorio estuviera suspendido en virtud de la resolución dictada por el HTCP en el marco del proceso rol N° 85-10, la que obligó al ente licitante a abstenerse de ejecutar o celebrar cualquier acto administrativo o contrato dirigido a la prosecución del Proceso Licitatorio. En otras palabras, Sonda entiende que estando suspendida la Licitación cesaban las obligaciones que tendrían los proponentes, por lo que la Resolución Exenta N° 3103 mediante la cual el SRCEI declaró inadmisibles las ofertas de SICE y Bundesdruckerei, sería ilegal;

Septuagésimo octavo. Que a fojas 683 del cuaderno de documentos del SRCEI se encuentra acompañada una copia del Dictamen N° 6365 de la Contraloría, emitido con fecha 1 de febrero del año 2012, mediante el que el órgano contralor rechazó una solicitud de la empresa Bundesdruckerei en la que pedía que se considerara, en la toma de razón del respectivo contrato de concesión de Morpho, la improcedencia de la declaración de inadmisibilidad de su

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

oferta porque no se podía exigir lo establecido en la sección 2.1.1 de las Bases Administrativas estando suspendido el Proceso Licitatorio. En dicho dictamen, la Contraloría, organismo con rango constitucional que está encargado de controlar la legalidad de los actos de la administración, estimó que “[...] *la declaración de inadmisibilidad de la oferta de la solicitante, se ajustó a derecho, en tanto ese proponente no mantuvo vigente su boleta de seriedad de la oferta en los términos indicados en las bases*”, señalando que la mera recepción de nuevas boletas de garantías o de sus prórrogas no constituían actos administrativos o contratos que estuvieran destinados a la prosecución del Proceso Licitatorio;

Septuagésimo noveno. Que, de este modo, se encuentra acreditado en estos autos que ha existido un pronunciamiento por parte de la Contraloría, declarando la legalidad, desde el punto de vista del derecho administrativo, de la Resolución Exenta N° 3103, la que ha sido dictada por el SRCEI con estricta sujeción a las Bases de Licitación, razón por la que no podía exigírsele otra conducta, por lo que esta imputación de Sonda no puede prosperar;

Octogésimo. Que Sonda también imputó al SRCEI como conducta contraria a la libre competencia su segunda exclusión del Proceso Licitatorio, esta vez producida por la dictación de la Resolución Exenta N° 3492, de 22 de agosto de 2011, mediante la cual dicho Servicio declaró inadmisibile su oferta una vez que el proceso fue reiniciado en virtud de las sentencias dictadas por el HTCP en el marco de los procesos roles números 82-2010 y 85-2010. De acuerdo con dicha Resolución, Sonda no habría acreditado su experiencia en los términos de la exigencia contenida en el punto 2.1.1 de las Bases Técnicas;

Octogésimo primero. Que sobre el carácter “exclusorio” de esta conducta imputada por Sonda al SRCEI, nuevamente este Tribunal se remite a las precisiones efectuadas en la consideración quincuagésima quinta, es decir, se analizará si el acto administrativo dictado por la demandada para declarar inadmisibile la oferta de Sonda por incumplir la exigencia contenida en el punto 2.1.1 de las Bases Técnicas, impidió, restringió o entorpeció la libre competencia, o tendió a ello, independientemente de la calificación jurídica efectuada por la demandante y de lo que pueda decidirse en otra sede respecto de los mismos hechos;

Octogésimo segundo. Que según la demandante, dicha Resolución sería ilegal y arbitraria, e impediría, restringiría o entorpecería la libre competencia en el Proceso Licitatorio, porque implicaría una grave infracción de la sentencia pronunciada por el H. Tribunal de Contratación Pública en el proceso rol N° 85-

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2010, que ordenó retrotraer la Licitación al estado de efectuarse una nueva evaluación técnica y económica, en la que correspondía asignar puntajes a las diversas propuestas y adjudicar el contrato. En lugar de ello, el SRCEI habría vuelto a la etapa de evaluación de antecedentes administrativos, terminada el año 2009, en la que no habría manifestado observación alguna en relación con los hechos que sirvieron de fundamento a esta segunda exclusión de Sonda;

Octogésimo tercero. Que, además de lo anterior, la demandante continúa señalando que, de acuerdo con las Bases Técnicas, la evaluación de las ofertas técnicas se debía realizar calificando ocho Componentes, que a su vez comprendían diversas Materias e Ítems. Un oferente sólo podía ser excluido si no obtenía el puntaje mínimo de 60 puntos en uno de los Componentes técnicos, lo que implicaba ponderar previamente la calificación obtenida en cada uno de las Materias e Ítems que conformaban dicho Componente. En el caso *sublite*, el Componente “Plan de Desarrollo del Proyecto” comprendía seis Materias, una de las cuales era la “Experiencia del Proponente”. De esta manera, para decidir si procedía o no excluir a Sonda era necesario proceder a la evaluación de su oferta técnica y determinar si, como consecuencia de una eventual falta de acreditación de experiencia, la calificación obtenida en el Componente “Plan de Desarrollo del Proyecto” no cumplía con el puntaje mínimo exigido por las Bases. Lo anterior no habría ocurrido en la especie, pues el SRCEI declaró la inadmisibilidad de la oferta de Sonda antes de su calificación. Además Sonda califica de arbitraria esta decisión del SRCEI porque si hubiera seguido estrictamente el mismo criterio “[...] *debió excluirse a los demás oferentes, ya que todos en algunos de los ítems no cumplieron, aun cuando si lo hicieron en el promedio general del componente respectivo*” (fojas 387 del cuaderno principal);

Octogésimo cuarto. Que, por último, en lo que respecta a esta imputación, Sonda señala que, en todo caso, estaría mal aplicado lo dispuesto en la sección 2.1.1 de las Bases Técnicas pues el reproche de falta de experiencia que hace el SRCEI carecería de sustento, ya que la empresa se ha encontrado a cargo de la emisión de cédulas de identidad y pasaportes en Chile durante los últimos años;

Octogésimo quinto. Que, por su parte, el SRCEI señala en su contestación que no sería efectivo que los pronunciamientos del H. Tribunal de Contratación Pública hayan ordenado proceder directamente a la asignación de puntajes. La sentencia dictada en el proceso rol N° 85-2010 simplemente habría ordenado retrotraer la Licitación a la etapa de evaluación técnica, lo que no eximía al SRCEI de aplicar estrictamente las Bases, excluyendo a los oferentes que no cumplieran

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

con las exigencias establecidas en aquéllas. En opinión del demandado, las Bases Técnicas, en particular lo dispuesto en la sección 2.1.1, serían claras acerca de cómo se debía acreditar la experiencia del proponente y que Sonda habría incumplido un requisito esencial de dichas Bases, lo que justificaría la declaración de inadmisibilidad de su oferta, pues de lo contrario habría vulnerado los principios de trato igualitario entre los oferentes y apego irrestricto de las bases, establecidos en la legislación y reglamento aplicables;

Octogésimo sexto. Que, en este mismo orden de consideraciones, el SRCEI sostiene que el argumento de Sonda sobre su experiencia en la emisión de cédulas de identidad y pasaportes en Chile durante los últimos años no era aplicable en la especie, pues existían diferencias tecnológicas importantes entre el sistema de identificación objeto de la Licitación y el provisto por la demandante desde 2001, lo que impedía considerar por acreditada la experiencia de la actora simplemente por el hecho de ser la incumbente. Además, sostiene el demandado, la legalidad de la Resolución Exenta N° 3492, de 22 de agosto de 2011, mediante la cual dicho Servicio declaró inadmisibile la oferta de Sonda una vez que el proceso fue reiniciado, no estaría en cuestión desde el momento en que la Contraloría tomó razón de la resolución que aprobó la celebración del contrato entre Morpho y el SRCEI. Por último, señala que, en todo caso, la legalidad o arbitrariedad del referido decreto debe ser resuelta en forma previa por el HTCP, el que está conociendo de este conflicto en el proceso rol N° 162-2011;

Octogésimo séptimo. Que, a juicio de este Tribunal, la circunstancia de que Sonda se encontrara a cargo de la emisión de cédulas de identidad y pasaportes en Chile durante los últimos años no desvirtúa el reproche de falta de experiencia formulado por el SRCEI mediante la Resolución Exenta N° 3.492. En efecto, de la lectura de la sección 2.1.1 de las Bases Técnicas, acompañadas a fojas 48 del cuaderno principal, así como de las respuestas dadas por el SRCEI a las preguntas N° 38 y 2.803 formuladas durante la fase de consultas del Proceso Licitatorio, y que rolan a fojas 790 y 1027 del cuaderno de documentos del SRCEI, la experiencia del proponente debía ser acreditada presentando los certificados de uno o más proyectos correspondientes a uno o más clientes, en los que aquél participe o haya participado como contratista principal, subcontratista, proveedor y/o fabricante de alguno de los componentes del Sistema de Identificación, como se indica en el Anexo N° 25 de las Bases. En virtud de lo anterior, la experiencia acreditada por medios distintos a certificados emitidos de acuerdo con el citado Anexo N° 25 no podía ser considerada por el Registro Civil, so pena de infringir el principio de estricta sujeción a las bases;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Octogésimo octavo. Que, a mayor abundamiento, los documentos de identidad y viaje objeto de la Licitación contemplaban mejoras tecnológicas que los diferenciaban de las cédulas de identidad y pasaportes emitidos durante la vigencia del contrato entre Sonda y el SRCEI, lo que también impide considerar el carácter de incumbente de la demandante como antecedente suficiente de la experiencia exigida por las Bases Técnicas;

Octogésimo noveno. Que, por otra parte, no cabe a este Tribunal pronunciarse respecto del eventual cumplimiento o incumplimiento, por parte del SRCEI, de lo resuelto por el HTCP en la sentencia dictada en el proceso rol N° 85-2010, que ordenó retrotraer la Licitación a la etapa de evaluación técnica. Lo anterior es sin perjuicio de la facultad que le confiere a este Tribunal el D.L. N° 211 para conocer de infracciones a la libre competencia, razón por la cual es preciso -tal como se hará a continuación- establecer si, al reanudar la Licitación, el Registro Civil incurrió o no en discriminaciones arbitrarias que alteraron el proceso competitivo, concretamente, mediante la declaración de inadmisibilidad de la oferta de Sonda por no haber dado cumplimiento, siempre a juicio de la demandada, a un requisito esencial establecido en las Bases Técnicas;

Nonagésimo. Que respecto de la forma de acreditación de experiencia, las Bases Técnicas disponen en su sección 2.1.1: “[p]ara acreditar la participación antes requerida, el PROPONENTE puede presentar, indistintamente, los certificados de uno o más proyectos correspondientes a uno o más clientes, en los que participe o que haya participado como contratista principal, subcontratista, proveedor y/o fabricante de alguno de los componentes del Sistema de Identificación. Todo ello conforme lo indica el ANEXO 25: FORMATO DE PRESENTACIÓN DE LA EXPERIENCIA DEL PROPONENTE”;

Nonagésimo primero. Que, asimismo, durante el periodo de consultas del Proceso Licitatorio, el Servicio señaló expresamente que la experiencia debía ser acreditada con estricta sujeción al formato establecido en el referido Anexo N° 25. A fojas 790 del cuaderno de documentos del SRCEI es posible leer la pregunta N° 38, formulada el 18 de marzo de 2008: “[p]or favor, confirmar si serían válidos certificados que acrediten la participación en proyectos del proponente emitidos por el cliente en el caso de que no se ajusten exactamente al formato del Anexo 25”; junto con la correspondiente respuesta del Servicio, dada el 2 de enero de 2009: “[n]o, los certificados que acrediten la participación del Proponente en los proyectos requeridos según la Sección 2.1.1. Experiencia del Proponente de las Bases Técnicas modificadas, deben presentarse conforme al formato del ANEXO

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

25 modificado, debidamente firmados por el cliente y por el representante legal del PROPONENTE". De forma similar, a fojas 1027 del cuaderno de documentos del SRCEI se encuentra la pregunta N° 2.083, formulada el 10 de diciembre de 2008: "[d]espués de pedir esta información a los clientes referencia, son realmente muy pocos los que han accedido a completar la información y a firmarla, porque ellos mismos dicen que dan las certificaciones que hablan de generalidades del proyecto a nombre del proveedor y con fin a quien interese y el resto de la información es confidencial como la cuantía total del proyecto y otros aspectos delicados para los clientes. CONSULTA: Por la razón anterior se solicita a ustedes que también tengan en cuenta las certificaciones que emiten los clientes existentes así no se rijan bajo el anexo 25 para poder entregar la experiencia real de los proveedores y no solamente la que corresponda a los pocos clientes que accedan a firmar el anexo 25"; junto con la correspondiente respuesta del Servicio, dada el 19 de diciembre de 2008: "[e]l proponente debe acreditar experiencia en proyectos similares, para lo cual puede presentar una o más fichas firmadas por el Cliente, en el formato que señala el ANEXO 25: FORMATO DE PRESENTACIÓN DE LA EXPERIENCIA DEL PROPONENTE, correspondientes a uno o más clientes y/o a uno o más proyectos, en los que se especifique uno o más de los aspectos a evaluar por el SERVICIO, conforme lo establece la sección 2.1.1 Experiencia del Proponente de las Bases Técnicas y la Pauta de Evaluación Técnica";

Nonagésimo segundo. Que en el "Acta de Reunión de Evaluación Técnica Componente N°8 'Plan de Desarrollo del Proyecto' Materia: 'Experiencia del Proponente'", de fecha 10 de agosto de 2011, que rola a fojas 344 del cuaderno de documentos de Sonda y 738 del cuaderno de documentos del SRCEI, se consigna: "Sonda S.A. no acreditó participación en proyectos, según las exigencias establecidas en la sección 2.1.1 Experiencia del Proponente de las bases técnicas, para los siguientes componentes del Sistema de Identificación: (...)". En la referida acta también se señala: "[l]as imposiciones de la sección 2.1.1 Experiencia del Proponente de las bases técnicas, constituye a las acreditaciones de participación en al menos un (1) proyecto para cada uno de los componentes del Sistema de Identificación, en elementos esenciales de la oferta técnica, puesto que sin ellos no puede llevarse a efecto la evaluación de la misma". En consecuencia, en dicha reunión se adoptaron los acuerdos de poner en conocimiento de la Coordinadora de la Licitación la respectiva acta y solicitar a la Subdirección Jurídica la preparación de los actos administrativos que, a juicio de la Subcomisión Técnica, ameritaba lo constatado;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Nonagésimo tercero. Que mediante la Resolución Exenta N° 3492, de 22 de agosto de 2011, cuya copia rola a fojas 279 del cuaderno principal, el Servicio, teniendo presente lo expuesto en la precitada acta de evaluación de 10 de agosto de 2011, declaró la inadmisibilidad de la oferta de Sonda, en atención a que “no cumplió con las exigencias de las bases técnicas de la licitación, toda vez que no acreditó participación en al menos (1) proyecto para cada uno de los siguientes componentes del Sistema de Identificación: a) Personalización de documentos de identidad. b) Personalización de pasaportes electrónicos. c) AFIS 1:1. d) AFIS 1:N. e) Reconocimiento Facial 1:1. f) Reconocimiento Facial 1:N. g) Gestión de Sistemas de Identificación en los que se integre personalización de documentos de identidad y viaje y biometría”;

Nonagésimo cuarto. Que en dicha resolución se considera “[q]ue, la acreditación de participación en proyectos similares **para cada uno** de los componentes del Sistema de Identificación, en los términos y plazos establecidos en la sección 2.1.1. Experiencia del Proponente de las bases técnicas de la licitación **constituyen elementos esenciales de las propuestas técnicas presentadas**, por ser requisitos para evaluar de conformidad al Anexo 27 Pauta de Evaluación Técnica, los ítems de la Materia Experiencia del Proponente, Componente N°8 Plan de Desarrollo del Proyecto (...)”. Más adelante se reitera la importancia del formato del Anexo N° 25 en la acreditación de la experiencia: “[q]ue, **los certificados para acreditar experiencia en proyectos similares, forman parte de la Propuesta Técnica presentada** y que conforme las bases técnicas de licitación, debieron ser presentados en el formato definido por el ANEXO 25: FORMATO DE PRESENTACIÓN DE LA EXPERIENCIA DEL PROPONENTE de las bases técnicas, **debidamente firmados por el cliente antes del 12 de junio de 2009, fecha de Apertura de las Propuestas Técnicas**” y “[q]ue, la sección 2.1.1 Experiencia del Proponente de las bases técnicas establece de forma clara y precisa cómo los Proponentes debieron acreditar la experiencia en proyectos, y **que estas obligaciones, que fueron aceptadas por todas las empresas que presentaron ofertas en la licitación, son de ineludible acatamiento**” (destacados en el original);

Nonagésimo quinto. Que mediante la referida Resolución Exenta N° 3492 el Servicio, luego de constatar que Sonda no había presentado certificados de experiencia para cada uno de los componentes del Sistema de Identificación de conformidad con el formato establecido en el Anexo N° 25, y en atención a que dichos certificados tendrían el carácter de elementos esenciales de las propuestas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

técnicas, declaró la inadmisibilidad de la oferta de Sonda, ejerciendo la facultad contenida en la sección 4.6. de las Bases Administrativas;

Nonagésimo sexto. Que, a juicio de este Tribunal, existen razones para estimar que las omisiones incurridas por Sonda en relación con la exigencia establecida en la sección 2.1.1 de las Bases Técnicas no debían haber sido sancionadas con la declaración de inadmisibilidad de la oferta de dicho proponente;

Nonagésimo séptimo. Que, en primer término, en la sección 4.7.3 de las Bases Administrativas se contemplaba la sanción específicamente aplicable a aquellos casos en los que un proponente fracasara en la acreditación o cumplimiento de uno o más de los ítems a ser evaluados técnicamente: “A cada uno de estos Ítems se les asignará de 0 a 100 puntos en forma independiente (...) b) Puntaje para un ítem de cumplimiento menor que el exigido (0-50 puntos) ° Propuesta(s) más alta(s): 50 punto ° Propuesta(s) intermedia(s) • Ítem cuantificable: puntaje obtenido como resultado de la interpolación lineal simple entre 0 y 50 puntos • Ítem no cuantificable: 20 puntos ° Incumplimiento del ítem: 0 puntos”. A su vez, las mismas Bases Administrativas contemplaban en qué caso las insuficiencias de una propuesta técnica podía producir la exclusión del oferente del Proceso Licitatorio: “(...) cada Componente tiene varias materias y a su vez cada Materia tiene varios Ítems de evaluación (...) Calificará la Propuesta Técnica de un PROPONENTE sólo cuando en la respectiva Evaluación Técnica, éste obtenga un puntaje igual o superior a sesenta (60) puntos para cada uno de los (8) Componentes indicados precedentemente. En caso contrario el PROPONENTE quedará fuera de la Licitación”. A juicio de este Tribunal, es razonable suponer que la disposición específica relativa al incumplimiento de ítems técnicos (sección 4.7.3 de las Bases Administrativas) debe aplicarse con preferencia a aquella de carácter general (sección 4.6 de las Bases Administrativas);

Nonagésimo octavo. Que, por otra parte, el argumento esgrimido por el Servicio en la Resolución Exenta N° 3.492 para elevar los certificados de experiencia del proponente a elementos esenciales de las propuestas técnicas no parece convincente. En efecto, la Pauta de Evaluación contenida en el Anexo N° 27 (fojas 766 del cuaderno de documentos del SRCEI) simplemente sistematiza todas y cada una de las secciones de las Bases y Anexos relevantes para la calificación de los respectivos Ítems, Materias y Componentes de las ofertas técnicas; nada permite concluir que los certificados de experiencia constituyan

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

elementos esenciales sin los cuales no se pueda proceder a la evaluación, o que siquiera sean más relevantes que otros Ítems a ser evaluados;

Nonagésimo noveno. Que otra interpretación posible consiste en estimar que las Bases Administrativas otorgaban al Servicio un margen de discrecionalidad frente al incumplimiento en uno o más Ítems a ser evaluados técnicamente: declarar la inadmisibilidad de la oferta, con arreglo a la sección 4.6 de las Bases Administrativas, o calificar con 0 puntos el o los respectivos Ítems, de acuerdo con la sección 4.7.3 de las mismas;

Centésimo. Que de acuerdo con la “Tabla de Contenidos” de las Bases Administrativas, acompañadas a fojas 1 y siguientes del cuaderno principal, la referida sección 4.6, denominada “Procedimiento de Evaluación de Propuestas”, se encuentra incorporada en el título 4 sobre “Procedimiento de Postulación” y antecede a otra sección del mismo título, la 4.7, que regula o rige cómo debe hacerse la evaluación técnica. Al revisarse el contenido de cada una de las secciones que comprenden el citado título 4 de las Bases Administrativas pareciera ser que cada una de ellas regula una materia específica, en un cierto orden cronológico. De este modo, la sección 4.1 trata sobre aspectos generales del procedimiento de postulación; la sección 4.2 precisa cómo se obtienen las bases de postulación; la sección 4.3 regula el período de consultas; la sección 4.4 describe cómo se ingresan electrónicamente las propuestas; la sección 4.5 regula el procedimiento de apertura de las mismas; la sección 4.6 establece el procedimiento de evaluación; la sección 4.7 señala cuándo se entrega la boleta de garantía y regula cómo se hace la apertura de la oferta técnica y cómo se evalúa técnicamente; la sección 4.8 regula cómo se hace la apertura de la oferta económica y cómo se evalúa económicamente; la sección 4.9 señala cómo se hace la evaluación final; y, por último, la sección 4.10 regula todo el tema de la adjudicación;

Centésimo primero. Que interpretando sistemáticamente entonces lo ordenado por el H. Tribunal de Contratación Pública mediante la sentencia dictada en el proceso rol N° 85-2010 con lo dispuesto en las Bases Administrativas, en particular lo dispuesto en las secciones 4.6 y 4.7.3, es posible afirmar que el SRCEI contaba con un margen de acción para no haber declarado inadmisibile la propuesta de Sonda y, en su lugar, evaluarla técnicamente de acuerdo con lo dispuesto en el Anexo N° 27, toda vez que una interpretación posible era que debía continuarse el Proceso Licitatorio a contar de lo dispuesto en la sección 4.7, que es la que regulaba, precisamente, todo lo concerniente a la evaluación técnica

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de las ofertas. Además de lo anterior, si bien es cierto que el inciso segundo de la sección 4.6 parece ser una disposición general que habilita al SRCEI para rechazar en cualquier etapa del proceso de licitación, después de la apertura de las ofertas, aquellas que no cumplan con alguno de los requerimientos especificados en las Bases, la misma es una potestad que, en todo caso, está concedida al Servicio en términos facultativos y no imperativos;

Centésimo segundo. Que incluso considerando que las Bases de Licitación otorgaban dicho margen de discrecionalidad al Servicio, la evaluación de la oferta técnica de Sonda era exigible desde el punto de vista de las normas de defensa de la libre competencia, atendido el carácter relativo de la regla de evaluación de las propuestas explicado en las consideraciones cuadragésimo sexta a cuadragésimo novena, y teniendo presente el deber del Servicio de resguardar y promover la competencia en la Licitación;

Centésimo tercero. Que, por lo tanto, el Servicio debió evaluar técnicamente la oferta de Sonda y aplicar en consecuencia la sección 4.7.3 de las Bases Administrativas y no la sección 4.6 de las mismas, sea porque la primera de dichas secciones prevalecía sobre la segunda en razón de su especialidad, sea porque ésta sólo otorgaba una facultad discrecional al Servicio que, al ser ejercida en este caso, vulneró las normas de defensa de la libre competencia, al impedir la comparación de dos o más ofertas en el Proceso Licitatorio;

Centésimo cuarto. Que sin embargo, la mayor gravedad de la actuación del SRCEI de excluir a Sonda no deviene, desde el punto de vista de la defensa de la libre competencia, de su interpretación de las Bases, sino de la actuación discriminatoria de que darán cuenta las consideraciones que siguen;

Centésimo quinto. Que, en efecto, la evaluación de la oferta técnica de Morpho revela que el SRCEI actuó en forma discriminatoria en esta materia, pues si hubiese seguido el mismo criterio utilizado respecto de la propuesta de Sonda debió declarar inadmisibile la propuesta de Morpho. De este modo, cuando se analizan las actas de evaluación de la propuesta de Morpho elaboradas por la Comisión Evaluadora con motivo de la segunda adjudicación, puede observarse que existen diversos puntos en los que dicho proponente no cumplió a cabalidad con los requisitos establecidos en las Bases Técnicas de la Licitación, como se analizará a continuación;

Centésimo sexto. Que, en lo que respecta a los certificados de experiencia del proponente, de la lectura de la Resolución Exenta N° 3.492 este Tribunal concluye

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que el Servicio, al analizar los certificados de experiencia de Sonda, aplicó rigurosamente en su respecto el formato establecido en el Anexo N° 25 de las Bases de Licitación;

Centésimo séptimo. Que, por otra parte, en el “Acta de Reunión de Evaluación Técnica Componente N°8 ‘Plan de Desarrollo del Proyecto’ Materia: ‘Experiencia del Proponente’”, de fecha 10 de agosto de 2011, la Subcomisión Técnica de la Comisión Evaluadora identificó los certificados presentados por Morpho que serían considerados para la evaluación de los ítems que conforman la materia “Experiencia del proponente”, aplicando así lo dispuesto en los párrafos tercero y cuarto de la sección 2.1.1 de las Bases Técnicas. Dichos certificados fueron precisamente aquellos evaluados y calificados, según da cuenta el “Acta de Evaluación Técnica Componente N°8 ‘Plan de Desarrollo del Proyecto’”, de 7 de septiembre de 2011, acompañada por el SRCEI a fojas 1477;

Centésimo octavo. Que, sin embargo, es posible constatar que algunos de los referidos certificados no cumplen cabalmente con las exigencias formales impuestas por el Anexo N° 25 de las Bases de Licitación, según se expone a continuación;

Centésimo noveno. Que, tratándose de la acreditación de experiencia en proyectos con personalización de documentos de identidad, el Servicio consideró y evaluó el certificado de experiencia presentado por Morpho relativo a la Registraduría Nacional del Estado Civil de Colombia, que rola a fojas 154 del cuaderno de documentos del SRCEI. Sin embargo, dicho certificado no informa el monto total del contrato celebrado en dólares de los Estados Unidos de América, ni se encuentra firmado por el representante del proponente, ambas exigencias contenidas en el Anexo N° 25;

Centésimo décimo. Que, tratándose de la acreditación de experiencia en proyectos que incorporan AFIS: 1:1, Reconocimiento Facial 1:1 y Reconocimiento Facial 1:N, el Servicio consideró y evaluó el certificado de experiencia presentado por Morpho relativo al Instituto Federal Electoral de México, que rola a fojas 407 del cuaderno de documentos del SRCEI. Sin embargo, dicho certificado tampoco se encuentra firmado por el representante del proponente;

Centésimo undécimo. Que, no obstante lo anterior, la propuesta técnica de Morpho no sólo fue evaluada, sino que obtuvo, en virtud de los certificados analizados en las dos consideraciones precedentes, el máximo de puntaje posible

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en los Ítems de acreditación de experiencia de cuatro componentes del Sistema de Identificación;

Centésimo duodécimo. Que la importancia de la firma del representante del proponente fue perentoriamente destacada por el SRCEI al contestar la pregunta N° 38 durante la fase de consultas, al señalar que los certificados *“deben presentarse conforme al formato del ANEXO 25 modificado, debidamente firmados por el cliente y por el representante legal del PROPONENTE”*;

Centésimo decimotercero. Que, en consecuencia, este Tribunal estima que el Registro Civil, al evaluar los certificados de experiencia que fueron precisamente considerados en la calificación de la oferta técnica de Morpho, soslayó ciertos requisitos impuestos por el precitado Anexo N° 25 de las Bases de Licitación;

Centésimo decimocuarto. Que este Tribunal, incluso teniendo presente la existencia de diferencias entre los certificados de experiencia presentados por Morpho y Sonda, acompañados al proceso a fojas 814, debe concluir que el Servicio de Registro Civil e Identificación no aplicó exactamente el mismo criterio al evaluar los certificados de experiencia de los proponentes Sonda y Morpho, aplicando el máximo rigor en la evaluación de los primeros, con el efecto de dejar fuera del proceso a Sonda y de mantener la de Morpho como única oferta a evaluar;

Centésimo decimoquinto. Que, por otra parte, de los antecedentes que obran en el proceso también es posible apreciar que en la evaluación de otras exigencias establecidas respecto de otros Componentes, el SRCEI tampoco habría aplicado la misma rigurosidad respecto de la oferta técnica presentada por Morpho. Así, por ejemplo, en la materia *“Oficinas”* del Componente *“Infraestructura”* se señala el incumplimiento por parte de Morpho del subítem *“Dispositivos para capturar la fotografía en vivo”*, pues, en palabras de la Comisión Evaluadora *“[s]i bien presenta mayor número de dispositivos para capturar la fotografía en vivo de los solicitados en el Anexo 14, la cámara fotográfica propuesta solo genera imágenes en JPEG; no genera imágenes en formato RAW, o sin compresión o JPEG2000 directamente, tal como está solicitado en las Bases Técnicas”*. Lo mismo se advierte en los subítems *“Dispositivos para capturar la fotografía”* del Ítem *“Habilitación Oficinas Sin Equipamiento Computacional”* y *“Dispositivos para fotografía”* del Ítem *“Puestos de Atención Móvil”*. La falta de imágenes en los formatos señalados no se condicen estrictamente con las especificaciones exigidas de la sección 2.1.6 de las Bases Técnicas, en la que se

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

señala que “[e]n los casos que corresponda, la Propuesta Técnica debe cumplir con las siguientes normativas: a) Fotografía digital: Token Frontal Image Type, JPEG-2000, ICAO 2D, ISO/IEC FCD 19794-5 [...]”, lo que permite deducir que no se cumplió con el formato adecuado solicitado;

Centésimo decimosexto. Que, asimismo, en la materia “Plataforma Tecnológica Central” de este mismo Componente, el Ítem “Servidores [...]” la Comisión Evaluadora determinó que “[l]a propuesta no contiene valores para TPC-C, TPC-app, MIPS y capacidad de usuarios concurrentes”, debido a que los valores informados para estos subítems en las aclaraciones efectuadas por Morpho no pudieron considerarse. Por otra parte, en el subítem “Prueba de lavado” del Ítem “Evaluación del cuadernillo”, ambos pertenecientes a la Materia “Pruebas de Laboratorio” del Componente “Pasaporte Electrónico”, la Comisión Evaluadora señala que el cuadernillo tuvo un “[r]esultado de prueba de laboratorio bajo la nota mínima de 4,6”, por haber obtenido una nota de 3. Lo mismo sucede con los subítems “Envejecimiento artificial” de este mismo Ítem y “Sellabilidad” (sic) del Ítem “Evaluación de las hojas personalizadas”, en que obtuvo la misma calificación (nota 3) que resultaba insuficiente para cumplir con el mínimo requerido por las Bases;

Centésimo decimoséptimo. Que, por último, en cuanto a la escala y granularidad de las imágenes utilizadas para el AFIS y el FRS, existen diversos Ítems y subítems en esos dos Componentes en que la propuesta de Morpho no cumplió con los requisitos de las Bases Técnicas. Así, por ejemplo, en la sección 2.4.1 de dichas Bases, se estipula que “[e]l PROPONENTE debe presentar la configuración propuesta de AFIS 1:1 para el SISTEMA DE IDENTIFICACIÓN, indicando los siguientes datos: a) Escala y granularidad para la calidad de las impresiones dactilares [...]”. Asimismo, en la sección 2.4.2 se señala que “[e]l PROPONENTE debe presentar la configuración propuesta de AFIS 1:N para el SISTEMA DE IDENTIFICACIÓN, indicando los siguientes datos: a) Escala y granularidad para la calidad de las impresiones dactilares [...]”. Esto lleva a que la Comisión Evaluadora señale en el Ítem “Escala y granularidad de calidad de las impresiones dactilares” de las Materias “AFIS 1:1” y “AFIS 1:N” del Componente “AFIS” que existió un “[i]ncumplimiento del ítem (sic)” fundamentado en que “[l]os valores de Escala y Granularidad de las impresiones dactilares no se encuentran en la propuesta técnica” por lo que no pudieron considerar las aclaraciones realizadas por Morpho con fecha 11 de junio de 2010;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo decimoctavo. Que algo similar sucedió con las evaluaciones de la Comisión Evaluadora en la Materias “*Identificación 1:1*” e “*Identificación 1:N*” del Componente “FRS”, que en los respectivos Ítems “*Escala y granularidad de calidad de las fotografías*” señala que “[l]os valores de *Escala y Granularidad de las impresiones dactilares no se encuentran en la propuesta técnica*”, no pudiendo considerar las aclaraciones realizadas con posterioridad por la proponente. Estas omisiones harían incumplir al proponente con lo dispuesto en las secciones 2.4.3 y 2.4.4 de las Bases Técnicas, las que señalan, respectivamente, que “[el] *PROPONENTE debe presentar la configuración propuesta para el Sistema de Reconocimiento Facial 1:1 para el SISTEMA DE IDENTIFICACIÓN, indicando los siguientes datos: a) Escala y granularidad para la calidad de las fotografías [...]*”, y que “[el] *PROPONENTE debe presentar la configuración propuesta para el Sistema de Reconocimiento Facial 1:N para el SISTEMA DE IDENTIFICACIÓN, indicando los siguientes datos: a) Escala y granularidad para la calidad de las fotografías [...]*”;

Centésimo decimonoveno. Que todo lo anterior podría haber sido considerado por la Comisión Evaluadora como un incumplimiento de los requisitos de las Bases Técnicas, tal como lo hizo en su Resolución Exenta N° 3.492 de 2011, pues, en opinión de este Tribunal, las Bases Técnicas de Licitación se refieren al requisito de experiencia de la sección 2.1.1 en los mismos términos en que las secciones 2.4.1 a 2.4.4 hacen referencia al requisito de presentar la escala y granularidad de las impresiones dactilares y fotografías;

Centésimo vigésimo. Que, tal como se expresó en la consideración nonagésimo cuarta, la razón invocada por el SRCEI para estimar que la acreditación de participación en proyectos similares para cada uno de los componentes del Sistema de Identificación constituía un elemento esencial de las propuestas técnicas fue la inclusión de esta exigencia en el Anexo N° 27 de la Pauta de Evaluación Técnica. Sin embargo, también debe tenerse presente que en el mismo Anexo N° 27, que rola a fojas 766 del cuaderno de documentos del Servicio de Registro Civil, se hace referencia a la sección 2.5 de las Bases Técnicas y el Anexo N° 14, ambos relativos a la Materia “*Oficinas*” del Componente “*Infraestructura*”, específicamente a los subítems de dispositivos para capturar la fotografía; a la sección 2.3.3 de las Bases Técnicas, relativas al Ítem “*Servidores*”, que integra la Materia “*Plataforma Tecnológica Central*” del Componente “*Infraestructura*”; a la sección 2.10.2 de las Bases Técnicas y el Anexo N° 19 de las Bases, ambos en relación con la Materia “*Pruebas de Laboratorio*” del Componente “*Pasaporte Electrónico*”; y, por último, a las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

secciones 2.4.3 y 2.4.4 de las Bases Técnicas, relativas a los Ítems “*Escala y granularidad de la calidad de las fotografías*”, que integran las Materias “*Verificación de Identidad 1:1*” e “*Identificación 1:N*” del Componente Reconocimiento Facial. De acuerdo con lo expuesto en las consideraciones precedentes, los Ítems antes singularizados no fueron cabalmente cumplidos por Morpho, según lo expuesto por la propia Comisión de Evaluación del Servicio, pero, no obstante ello, la propuesta técnica de dicho Oferente sí fue evaluada con arreglo a las disposiciones de la sección 4.7.3 de las Bases Administrativas;

Centésimo vigésimo primero. Que por todo lo previamente expuesto, este Tribunal estima que el SRCEI, al dictar la Resolución Exenta N° 3492 por la que declaró inadmisibles las ofertas de Sonda, incurrió en una discriminación arbitraria que afectó el proceso y el resultado competitivo en el mercado relevante. Lo anterior es especialmente grave en un contexto como el de la Licitación que contemplaba una forma de asignación relativa de puntajes que dependía del número de oferentes. Por lo anterior, este Tribunal sancionará dicha conducta en los términos que se indicarán en lo resolutivo de esta sentencia;

Centésimo vigésimo segundo. Que, en seguida, Sonda imputó al SRCEI el haber cometido una serie de irregularidades al adjudicar la Licitación a Indra mediante Resolución Exenta N° 2562 de 15 de julio de 2010, todo lo cual constituiría, a su juicio, un comportamiento que privilegia a unos oferentes en desmedro de otros, lo que habría restringido, limitado y, en último término, eliminado la competencia en el Proceso Licitatorio. Dichas irregularidades habrían consistido, básicamente, en no haber excluido a Indra del Proceso Licitatorio, toda vez que dicha empresa no mantuvo vigente la boleta de garantía de seriedad de la oferta por un plazo de 20 días, lo que contravenía las Bases Administrativas. Adicionalmente, la demandante cita una serie de ilegalidades que también se habrían cometido en la Licitación y que constituyeron los argumentos que sirvieron de base a la impugnación que formuló Morpho ante el HTCP (proceso rol N° 85-2010);

Centésimo vigésimo tercero. Que, en lo medular y tal como ya se ha señalado, las Bases Administrativas establecían que cada proponente debía entregar una boleta de garantía de seriedad de la propuesta, tomada en un banco con oficinas en Santiago de Chile, a la vista, irrevocable y a la orden del SRCEI por US\$ 500.000 (quinientos mil dólares de los Estados Unidos de América), debiendo mantener una vigencia inicial de a lo menos 180 días contados desde la fecha de entrega de la propuesta respectiva, la que debía renovarse por periodos de 35

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

días, manteniendo su vigencia durante todo el Proceso Licitatorio y hasta el décimo día hábil siguiente a la fecha de la toma de razón por parte de la Contraloría de la resolución que apruebe el respectivo contrato;

Centésimo vigésimo cuarto. Que a fojas 143 y 184, respectivamente, se encuentran acompañadas en autos copias de las demandas que tanto Sonda como Morpho presentaron en contra del SRCEI ante el HTCP, que dieron origen a los procesos roles números 82-2010 y 85-2010, y mediante las cuales solicitan, entre otras peticiones, que se declare la ilegalidad y arbitrariedad de la Resolución Exenta N° 2562 de 15 de julio de 2010, que adjudicó la Licitación a Indra. Del mismo modo, se encuentran acompañadas, a fojas 167 y 244 respectivamente, las sentencias dictadas por el HTCP en los procesos a que dieron origen ambas demandas;

Centésimo vigésimo quinto. Que la primera sentencia del HTCP fue dictada el día 17 de junio 2011, recayó en el proceso rol N° 85-2010 y en ella se acogió la impugnación de Morpho, declarando ilegal y arbitraria la Resolución Exenta N° 2562, dado que Indra había incumplido su obligación de mantener vigente su boleta de garantía de seriedad de la oferta durante todo el Proceso Licitatorio. En efecto, entre los días 12 y 30 de marzo de 2010 la boleta que dicha empresa mantenía no existió, por lo que no pudo ser cobrada. Asimismo, en dicha sentencia el HTCP determinó que la participación de terceros ajenos a los miembros oficialmente designados para formar parte de la Comisión Evaluadora contravenía la normativa legal vigente, razón por la cual también declaró ilegal el acta de evaluación técnica y ordenó retrotraer el Proceso Licitatorio al estado de efectuarse una nueva evaluación técnica de las ofertas presentadas por Sice Agencia Chile S.A., Sonda S.A., Bundesdruckerei GMBH y Sagem Sécurité, hoy Morpho;

Centésimo vigésimo sexto. Que, como se puede apreciar, se encuentra plenamente acreditado en autos la ilegalidad, desde el punto de vista de la responsabilidad administrativa, de la actuación del SRCEI al adjudicar, mediante Resolución Exenta N° 2562, la Licitación a Indra, lo que además está confirmado por la testigo doña Leyla Luz del Rosario Díaz Hernández, abogada de la demandada y Coordinadora de la Licitación, quien declaró que “[...] *quedó demostrado en el Tribunal de Contratación Pública, a través de un alto personero del banco que emitió la boleta [que] hubo una vacancia en la boleta, hubo un período de vacancia, en consecuencia el tribunal detecta y determina que efectivamente hay vacancia y declara que la adjudicación a Indra Sistema Chile*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

S.A. es ilegal y arbitraria y ordena al SRCEI a efectuar una nueva evaluación técnica de las ofertas presentadas, sin efectuar nuevas pruebas”, todo lo cual consta del acta que rola a fojas 967 y siguientes del cuaderno principal;

Centésimo vigésimo séptimo. Que corresponde ahora determinar a este Tribunal si dicha actuación del SRCEI, declarada ilegal y arbitraria por el HTCP, es también contraria a las normas del D.L. N° 211. En el caso de esta conducta, el reproche anticompetitivo que formula Sonda es haber privilegiado a Indra en desmedro del resto de los oferentes;

Centésimo vigésimo octavo. Que de la demanda se infiere que la antedicha imputación envuelve un actuar ilícito o arbitrario del SRCEI al privilegiar a Indra en desmedro del resto de los oferentes, toda vez que cada vez que se licita un bien o servicio el licitante debe “privilegiar” -adjudicar- una oferta sobre otras, lo que constituye la esencia del proceso licitatorio. Por lo tanto, la expresión utilizada por la demandante envuelve una actuación arbitraria o parcial del licitante al seleccionar a Indra, más allá de las irregularidades consignadas por el HTCP. Para estos efectos, la expresión “privilegiar” utilizada por Sonda se refiere a una de las definiciones que ocupa el Diccionario de la Real Academia de la Lengua consistente en dar privilegio, esto es, aquel que se da o concede sin atención a los méritos del privilegiado, sino solo por gracia, beneficencia o parcialidad del superior;

Centésimo vigésimo noveno. Que sin perjuicio de las irregularidades administrativas que cometió el SRCEI al adjudicar la Licitación a Indra mediante la citada Resolución Exenta N° 2562, las que fueron declaradas ilegales y arbitrarias desde el punto de vista del Derecho Administrativo por el HTCP, no existen antecedentes en estos autos que indiquen que dicha adjudicación fue decidida por el demandado sólo por gracia, beneficencia o parcialidad, es decir, de manera manifiestamente arbitraria;

Centésimo trigésimo. Que las ilegalidades y arbitrariedades declaradas por el HTCP decían relación con el incumplimiento de ciertas disposiciones de las Bases de Licitación y de la normativa que rige estos procesos, pero de los antecedentes que constan en autos no puede inferirse de manera lógica y razonada, que el SRCEI haya tenido el propósito deliberado de querer privilegiar ilegítimamente a Indra con el objeto de adjudicarle la Licitación, en desmedro del resto de los Oferentes y con ello afectar la libre competencia;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo trigésimo primero. Que por las razones expresadas en las consideraciones precedentes, este Tribunal rechazará la demanda de Sonda en lo que dice relación con la adjudicación de la Licitación a favor de Indra;

Centésimo trigésimo segundo. Que la siguiente conducta que Sonda imputa al SRCEI como contraria a la libre competencia porque habría privilegiado a unos contratantes en desmedro de otros, es la supuesta discriminación en la que habría incurrido el demandado al no declarar inadmisibles las propuestas de Morpho por no haber presentado una boleta de garantía de seriedad de la oferta a la vista. De acuerdo con la actora, dicha boleta bancaria de garantía no habría sido extendida a la vista, pues exigía, como requisito para proceder a su cobro, el envío de un aviso escrito al banco emisor, indicando que Sagem Sécurité –hoy Morpho- no había dado cumplimiento a las obligaciones garantizadas. Esta discriminación sería especialmente grave, en concepto de Sonda, pues cuatro de los siete oferentes fueron excluidos por problemas asociados a su boleta de garantía;

Centésimo trigésimo tercero. Que el SRCEI en su contestación señala que la boleta de garantía de Morpho es indudablemente a la vista, por cuanto de acuerdo con el Capítulo 8-11 de la Recopilación Actualizada de Normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, las boletas de garantía sólo pueden extenderse a la vista o a plazo, y no puede entenderse que su boleta de garantía no es a la vista por el hecho de que el banco emisor exija un aviso previo antes de proceder a su pago. Es más, expresa que las boletas de garantía presentadas por la actora también hacían alusión a la presentación de avisos al banco emisor, sin que por ello perdieran su carácter de extendidas a la vista. Además señala que no ha incurrido en ninguna discriminación arbitraria al tratar de diferente manera a Bundesdruckerei y SICE, por una parte, y a Morpho, por la otra, pues dichas situaciones no serían equiparables;

Centésimo trigésimo cuarto. Que esta imputación que hace Sonda en contra del SRCEI consiste, desde el punto de vista de la libre competencia, en haber privilegiado a Morpho en desmedro del resto de los participantes del Proceso Licitatorio, es decir, en una conducta discriminatoria del demandado que habría afectado la competencia en el mercado relevante;

Centésimo trigésimo quinto. Que, como se analizó largamente en las consideraciones septuagésimo tercera a septuagésimo novena, las declaraciones de inadmisibilidad del SRCEI de las propuestas de SICE y Bundesdruckerei por no mantener vigentes sus boletas de garantía de seriedad de sus propuestas se efectuaron sujetándose estrictamente a las Bases de Licitación, razón por la cual

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

no le era exigible otra conducta, sobre todo si se toma en consideración lo resuelto por el HTCP en el proceso rol N° 85-2010 en relación con la boleta de garantía de Indra. Por consiguiente, el razonamiento que debe hacer este Tribunal consiste en determinar si el SRCEI aplicó el mismo criterio al momento de evaluar la boleta de garantía de seriedad de la oferta de Morpho;

Centésimo trigésimo sexto. Que dicho razonamiento es difícil de realizar porque las situaciones en virtud de las cuales fueron declaradas inadmisibles las ofertas de SICE y Bundesdruckerei son completamente diferentes a la controversia planteada por Sonda respecto de las características que tendría la boleta de garantía presentada por Morpho, la que no cumpliría con las exigencias de ser un documento a la vista. Adicionalmente, no existen antecedentes en autos que permitan a este Tribunal inferir o colegir alguna intención discriminatoria por parte del SRCEI al momento de evaluar si la boleta de garantía de Morpho cumplía o no con las exigencias establecidas en la sección 2.1.1 de las Bases Administrativas;

Centésimo trigésimo séptimo. Que, a juicio de este Tribunal, es posible afirmar que el cuestionamiento sobre el carácter de documento a la vista de boleta de garantía de Morpho, cuya copia se encuentra acompañada a fojas 327 del expediente, es, además, discutible de acuerdo con los informes en derecho acompañados a fojas 328, 1267 y 1355 del cuaderno principal, pues la exigencia establecida en la misma para hacerla efectiva, consistente en que el beneficiario dé aviso escrito previo a Banco Security, señalando que Sagem Sécurité no ha dado cumplimiento a las obligaciones garantizadas, puede entenderse como una condición o simplemente como una formalidad para su cobro, pero no como un plazo;

Centésimo trigésimo octavo. Que, por lo expuesto, en opinión de este Tribunal el SRCEI no incurrió en una conducta contraria a la libre competencia al haber admitido la boleta de garantía de seriedad de la propuesta de Morpho;

Centésimo trigésimo noveno. Que otra de las conductas denunciadas dentro de esta categoría de imputaciones es la evaluación de ofertas en condiciones desiguales para los proponentes, como consecuencia de existir ofertas económicas abiertas y otras cerradas producto de la sentencia del HTCP dictada en el proceso rol N° 85-2010. Así, la demandante estima que en el proceso de la evaluación de ofertas técnicas pudo haber habido una distorsión anticompetitiva por parte del SRCEI puesto que aquélla se habría realizado una vez efectuada la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

apertura de algunas de las ofertas económicas (específicamente, las propuestas económicas de Morpho y Bundesdruckerei);

Centésimo cuadragésimo. Que respecto a esta conducta, este Tribunal concuerda en que el resultado de la evaluación técnica podría verse influenciado por la posibilidad de conocer las ofertas económicas, ya que en el mejor caso (si lo que se quiere es minimizar el gasto) puede existir un incentivo de otorgar más puntaje en la evaluación técnica al proponente que presente la menor oferta económica y en el peor (si se tiene preferencia por una empresa) darle menor puntaje técnico a aquellos proponentes que presenten una oferta de menor precio a la empresa preferida por el licitante;

Centésimo cuadragésimo primero. Que, no obstante lo anterior, este Tribunal estima que no es imputable al SRCEI la circunstancia de haber ya tenido a la vista algunas ofertas económicas al momento de evaluar por segunda vez las ofertas técnicas, puesto que en las Bases se contemplaba la apertura secuencial y así fue realizado en el primer intento de adjudicación y en el segundo no era posible retrotraer la apertura de las ofertas económicas ya efectuada;

Centésimo cuadragésimo segundo. Que, además y en todo caso, la posibilidad de distorsión es sólo teórica ya que el demandante no indica en qué puntuaciones incidió el tener las ofertas económicas a la vista al momento de realizar la evaluación técnica, cuáles eran los espacios de discrecionalidad que se pudieron usar y, a quién se quiso beneficiar. En esta misma línea de argumentación, es relevante recordar que en la segunda evaluación sólo hubo una oferta evaluada y, por tanto, es imposible afirmar que fue beneficiada por el conocimiento de la oferta económica al momento de asignarle puntaje a su evaluación técnica;

Centésimo cuadragésimo tercero. Que, por lo expuesto, este Tribunal estima que el SRCEI no incurrió en una conducta contraria a la libre competencia al tener a la vista algunas de las ofertas económicas abiertas durante el primer intento de adjudicación al momento de evaluar por segunda vez las propuestas técnicas, por lo que la demanda de Sonda no será acogida en relación con esta imputación específica;

Centésimo cuadragésimo cuarto. Que la siguiente conducta imputada por la demandante dice relación con la arbitrariedad e ilegalidad de la calificación efectuada por la Subcomisión Técnica de la Comisión Evaluadora del SRCEI, al estar integrada por un funcionario que no habría sido suficientemente imparcial.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sonda afirma que uno de los miembros de la Subcomisión Técnica, don Bruno Opazo Ruiz, habría emitido con anterioridad su opinión sobre aspectos técnicos de la Licitación y las propuestas, pues habría actuado como testigo presentado por Morpho en el proceso N°85-2010, tramitado ante el H. Tribunal de Contratación Pública. Según la demandante, de acuerdo con las normas de probidad administrativa, la situación precedente inhabilitaba al señor Opazo para actuar como evaluador;

Centésimo cuadragésimo quinto. Que el SRCEI sostiene que esta imputación sería irrelevante para la libre competencia. Señala que a lo más la referida situación podría ser calificada como una infracción al Estatuto Administrativo, aclarando que ello habría sido descartado por la Contraloría mediante dictamen N° 7173 de 2012;

Centésimo cuadragésimo sexto. Que Sonda no explica ni da mayor información en su demanda sobre las actuaciones que el señor Opazo habría realizado y que importarían un privilegio que el SRCEI habría otorgado a favor de Morpho y en desmedro del resto de los oferentes, como tampoco existen antecedentes en el proceso que permitan arribar a dicha conclusión;

Centésimo cuadragésimo séptimo. Que, adicionalmente, la Contraloría se pronunció sobre esta materia en el Dictamen N° 7173, acompañado a fojas 718 del cuaderno de documentos del SRCEI, en el que concluyó que *“la participación como testigo de un integrante de la comisión evaluadora en un proceso jurisdiccional vinculado a la licitación, no afecta su imparcialidad por cuanto, de conformidad a la normativa expuesta, la evaluación de las propuestas se efectúa con estricto apego a los criterios objetivos contenidos en las Bases”*;

Centésimo cuadragésimo octavo. Que, a juicio de este Tribunal, no es posible afirmar, con los antecedentes que constan en el proceso y que han sido detallados precedentemente, que la actuación del demandado consistente en incluir como miembro de la Subcomisión Técnica de la Comisión Evaluadora a un funcionario del SRCEI que actuó como testigo ante el HTCP en uno de los procesos en los cuales se impugnó la primera adjudicación de la Licitación, pueda ser calificada como un hecho, acto o convención que haya impedido, restringido o entorpecido la competencia en el Proceso Licitatorio o haya tendido a producir dichos efectos, por lo que en consecuencia se rechazará la demanda de Sonda en cuanto a esta alegación específica;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo cuadragésimo noveno. Que con respecto de la siguiente conducta imputada por Sonda en contra del SRCEI, consistente en haber adjudicado la licitación al único oferente en carrera -Morpho- y no ejercer la facultad de declarar desierta la licitación, sostiene la demandante que dicho acto atentaría en contra de la libre competencia porque privilegiaría a un oferente en desmedro de otros. Dicha omisión sería arbitraria y anticompetitiva, pues sólo declarando desierto el Proceso Licitatorio se habría cumplido la finalidad pública que lo inspiraba: dotar de la mejor tecnología posible a los pasaportes y cédulas de identidad, comprometiendo la menor cantidad de recursos públicos. De este modo el SRCEI, al no ejercer la facultad de declarar desierta la licitación, no habría cumplido de la manera más óptima la satisfacción de una necesidad pública lo que, según Sonda, era indispensable por (i) las múltiples irregularidades que había tenido el Proceso Licitatorio; (ii) la eliminación de seis de los siete oferentes, lo que implicaba una ausencia de elementos de comparación o elementos de juicio que permitieran evaluar adecuadamente la propuesta del único oferente no excluido (Morpho); y, (iii) el desfase tecnológico producido como consecuencia de los más de cuatro años de duración del Proceso Licitatorio, con el consiguiente mayor precio que tendría que pagar el SRCEI;

Centésimo quincuagésimo. Que, por su parte, el SRCEI niega haber cometido alguna arbitrariedad o ilegalidad por la omisión que le reprocha Sonda. En opinión del demandado, las Bases no imponían el deber de declarar la deserción por el solo hecho de declararse una única oferta como admisible. Por el contrario, el SRCEI no se encontraba facultado para declarar desierta la Licitación, ya que una oferta cumplía con las Bases y los intereses del Servicio, explicitados en éstas, se encontraban suficientemente satisfechos. Además de lo anterior, el SRCEI hace presente que la Licitación consistió en un concurso y no en una subasta, por lo que no se requería la concurrencia de más de un oferente para poder llevar a cabo la adjudicación. Por último, en cuanto al desfase tecnológico alegado por Sonda, el demandado señala que el mérito técnico de la adjudicación a Morpho excedería el ámbito de competencia del Tribunal, advirtiendo, en todo caso, que la oferta de dicho proponente cumpliría con creces las exigencias técnicas de las Bases;

Centésimo quincuagésimo primero. Que, al respecto, las condiciones bajo las cuales el Servicio podía declarar desierta la licitación se encuentran reguladas en el artículo 9° de la Ley N° 19.886, de la siguiente forma: “[e]l órgano contratante declarará inadmisibles las ofertas cuando éstas no cumplieren los requisitos establecidos en las bases. Declarará desierta una licitación cuando no se

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

presenten ofertas, o bien, cuando éstas no resulten convenientes a sus intereses”. En términos muy similares está redactada esta materia en la sección 4.10.1 de las Bases Administrativas, cuya principal diferencia es que utiliza la expresión “*podrá*” en lugar de “*deberá*” cuando se refiere a la deserción;

Centésimo quincuagésimo segundo. Que aplicando de manera sistemática ambas disposiciones y reconociendo el principio de jerarquía normativa, el que ante un caso de contradicción en una materia regulada por dos cuerpos normativos privilegia a la norma de rango superior, el SRCEI debía declarar en este caso desierta la licitación en las dos situaciones escritas en la norma legal, esto es, cuando no se presenten propuestas, o cuando las propuestas no resulten convenientes a sus intereses;

Centésimo quincuagésimo tercero. Que, tal como se explicó en la consideración cuadragésimo séptima, efectivamente se puede producir una distorsión en los puntajes que se deben asignar a las propuestas técnicas cuando sólo queda un oferente en carrera, lo que no significa que a partir de esa posibilidad se hayan afectado necesariamente los intereses del Servicio;

Centésimo quincuagésimo cuarto. Que a juicio de este Tribunal en el caso *sublite* no es posible establecer, a partir de la evidencia que consta en el proceso, si la declaración de deserción convenía o no a los intereses del Servicio. En primer lugar, los documentos acompañados por Sonda a fojas 768, 775 y 777 del cuaderno principal sólo darían cuenta de la disminución en los costos de algunos de los insumos considerados por Sonda al momento de presentar su oferta técnica. Los antecedentes anteriores le permiten concluir a Sonda que, en el evento de realizarse una nueva licitación en el año 2013, sus costos serían inferiores en un 14,3% en comparación con aquellos contemplados al momento de presentar su oferta a mediados del año 2009. Sin embargo, al no haber podido compararse tales costos con la oferta del adjudicatario, no se deduce necesariamente de los antecedentes aportados la existencia de un eventual mayor precio a pagar por el Servicio;

Centésimo quincuagésimo quinto. Que, en segundo lugar, no aparece tan evidente para este Tribunal -como sí lo es para la demandante- que la adjudicación a Morpho impida necesariamente realizar cambios en los servicios licitados que moderen los efectos que pueda producir un eventual desfase tecnológico. Lo anterior, toda vez que las Bases Administrativas contemplan expresamente que “[e]l Servicio, con la finalidad de incorporar adelantos que la funcionalidad y la tecnología hagan aconsejables, podrá introducir cambios

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

durante el desarrollo del Contrato debido a exigencias normativas, motivos de fuerza mayor o situaciones que imponga el mercado.- Para desarrollar esta actividad, se generará una Orden de Cambio, a través de la cual se formalizarán los alcances y contenidos de dicho cambio.- En caso que el cambio implique un pago adicional al establecido, éste se formalizará a través de una modificación al Contrato, la que cumplirá con todas las formalidades que la ley exige” (sección 5.17, fojas 39 del cuaderno principal); todo lo cual indica que el Servicio podría incorporar cambios tecnológicos al sistema de identificación y a los documentos de identificación y viaje, empleando para ello el procedimiento contemplado en las Bases. Por todo lo anterior, los antecedentes allegados al proceso no permiten calificar que la adjudicación de la Licitación fuere contraria a los intereses institucionales del SRCEI;

Centésimo quincuagésimo sexto. Que, por las razones expuestas, no es posible afirmar, con los antecedentes que constan en el proceso, que la actuación del demandado consistente en no ejercer la facultad de declarar desierta la Licitación pueda ser calificada como un hecho, acto o convención que haya impedido, restringido o entorpecido la competencia en el Proceso Licitatorio o haya tendido a producir dichos efectos, razón por la cual la demanda de Sonda será desestimada en lo que a este punto específico respecta;

Centésimo quincuagésimo séptimo. Que, en último término, la demandante expone que la realización de las pruebas prácticas, llevadas a cabo con ocasión del primer intento de adjudicación de la Licitación, habría adolecido de graves e importantes defectos, consistentes en: (i) demoras injustificadas en la entrega del protocolo de pruebas y de los datos para realizar las pruebas prácticas; (ii) entrega de información y datos para realizar pruebas primero a unos oferentes, en desmedro de otros; (iii) apreciación de las pruebas prácticas por distintos grupos de observadores; y, (iv) definición *a posteriori* de los criterios de evaluación de dichas pruebas. Lo anterior, a juicio de Sonda, habría redundado en el otorgamiento de una mayor importancia relativa del precio, en desmedro de la componente técnica;

Centésimo quincuagésimo octavo. Que, como ha señalado este Tribunal en otras oportunidades, los entes licitantes deben definir en las Bases Técnicas de cada licitación los parámetros objetivos que se considerarán para adjudicar el respectivo contrato (v. gr., consideración décima de la Resolución N° 4/2005). Si se tiene presente que en el caso *sublite* algunos de los ítems técnicos a ser calificados requerían de la realización de pruebas prácticas, la exigencia de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

explicitar adecuadamente los parámetros de evaluación se hacía naturalmente extensible a dichas pruebas;

Centésimo quincuagésimo noveno. Que el Anexo N° 19 de las Bases Técnicas, titulado “*Pruebas que se realizarán como parte de la evaluación*”, que rola a fojas 85 del cuaderno de documentos de Sonda, describe las pruebas que se realizarían respecto de los sistemas biométricos y documentos de las soluciones tecnológicas presentadas por los Oferentes;

Centésimo sexagésimo. Que, sin embargo, y según consta a fojas 29, 51 y 99 del cuaderno de documentos de Sonda, diversos protocolos relativos al citado Anexo N° 19 habrían sido elaborados por el Servicio con fechas 2, 13 y 29 de octubre de 2009, esto es, al menos tres meses después de la apertura de las ofertas técnicas (12 de junio de 2009, según consta a fojas 131 del cuaderno principal), y con sólo algunos días de anticipación al inicio del respectivo periodo de pruebas prácticas (2 de noviembre de 2009, según da cuenta la Resolución Exenta N° 3.880, que rola a fojas 114 del cuaderno de documentos de Sonda);

Centésimo sexagésimo primero. Que, por otra parte, de la declaración testimonial de don Luis Orlando Fuentes Cerda, cuya transcripción rola a fojas 895, se puede dar por acreditada la participación de diversos grupos de observadores en la apreciación de las pruebas prácticas de los oferentes: “*(...) resulta que por un tema de tiempo ese año había elecciones el dos mil nueve, ¿dos mil nueve o no?, sí, y cuando hay elecciones los funcionarios públicos tienen la prohibición de salir del país, pero hay prohibición de mandarlos en comisión de servicio a un lugar distinto al que se desempeñan, esto es para fomentar la participación de las elecciones, porque si yo sé que estos gallos (sic) son adversarios míos, yo los mando a todos a Punta Arenas porque votan en Santiago, entonces los mando a Punta Arenas y no pueden votar, para evitar eso hay normas que protegen a los funcionarios, entonces en lugar de tener un grupo para hacer pruebas de cédula de identidad, otro grupo para hacer pruebas de pasaporte y otro grupo para hacer pruebas de impresiones dactilares y otros para hacer pruebas faciales, se hicieron varios grupos simultáneos (...)*”. También se desprende de la declaración del señor Fuentes que, con el objeto de evitar la disparidad de criterios en la apreciación de las pruebas prácticas, “*(...) había un documento que regía el accionar de esos grupos, también escrito por mí y protocolizado por un montón de gente, que se llamaba protocolo de cómo se revisaban las pruebas prácticas*”;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo sexagésimo segundo. Que, por último, de los documentos acompañados a fojas 112, 121, 122 y 123 del cuaderno de documento de Sonda se desprende que en al menos dos oportunidades el Servicio habría entregado material defectuoso o no habría entregado material necesario para la realización oportuna de las pruebas prácticas;

Centésimo sexagésimo tercero. Que de acuerdo con lo expuesto en las consideraciones precedentes es posible para este Tribunal constatar ciertas irregularidades en la forma y oportunidad en que se realizaron y evaluaron las pruebas prácticas de la Licitación;

Centésimo sexagésimo cuarto. Que, sin embargo, no se ha explicado ni acreditado en el proceso cómo los reparos que Sonda formula al periodo de pruebas prácticas habrían impedido, entorpecido o restringido la libre competencia o cómo habrían tendido a producir dichos efectos. Específicamente, no se encuentra demostrado en autos cómo las irregularidades en cuestión habrían afectado la competencia existente entre los Oferentes, ni cómo habrían alterado, en los hechos, la importancia relativa de los componentes económico y tecnológico de la Licitación, lo que impide a este Tribunal imponer sanciones o ejercer sus facultades preventivas, correctivas o prohibitivas en relación con esta imputación;

Centésimo sexagésimo quinto. Que, a modo de ejemplo, la entrega de material defectuoso o la omisión de material necesario para llevar a efecto las pertinentes pruebas prácticas fueron reconocidas y subsanadas por el mismo Servicio, fundándose precisamente en el resguardo del principio de igualdad entre los proponentes;

Centésimo sexagésimo sexto. Que, a mayor abundamiento, el H. Tribunal de Contratación Pública, mediante sentencia definitiva pronunciada el 26 de julio de 2011 en el proceso rol N° 82-2010, que rola a fojas 181 del cuaderno principal, dispuso “(...) *que en esta etapa, no procede que la Comisión de Evaluación considere la ejecución de nuevas probanzas o la repetición de pruebas ya efectuadas, por no estar contemplada esta posibilidad en las Bases de Licitación*”. En virtud de dicho pronunciamiento, así como de la sentencia definitiva pronunciada por el mismo tribunal en el proceso rol N° 85-2011, que rola a fojas 244 del cuaderno principal, el Servicio se encontraba obligado a evaluar las ofertas técnicas de los proponentes, sin que pudiera reiterar o rectificar las pruebas prácticas previamente ejecutadas;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo sexagésimo séptimo. Que, de acuerdo con las consideraciones expuestas, este Tribunal rechazará esta última imputación de la demanda de Sonda;

Centésimo sexagésimo octavo. Que, en mérito de todo lo expuesto, este Tribunal ha alcanzado la convicción de que el SRCEI ejecutó actos de autoridad que restringieron la libre competencia en el mercado relevante de la licitación N° 594-56-LP08, al excluir de manera discriminatoria a Sonda, impidiendo de esta manera la comparación de las propuestas presentadas a la misma, lo que era determinante para la libre competencia, pues tal como se señaló en la consideración cuadragésimo novena, la competencia en la presente licitación no se extinguía al momento de presentar las ofertas, sino que constituía un proceso que concluía con la evaluación de todas ellas en mutua comparación. Según se explica en la consideración cuadragésimo séptima, el SRCEI, en su calidad de diseñador de las Bases, no pudo sino representarse que la imposibilidad de comparar ofertas, sumada al sistema de evaluación relativo de la Licitación, podía llevar a adjudicar la Licitación a una oferta técnicamente defectuosa;

Centésimo sexagésimo noveno. Que, por lo demás, este Tribunal no puede sino tener presente que la exclusión discriminatoria considerada para acoger la demanda interpuesta por Sonda no fue la primera actuación discriminatoria ejecutada por el SRCEI en desmedro de Sonda en el Proceso Licitatorio, tal y como se establece en las consideraciones sexagésima a sexagésimo tercera;

Centésimo septuagésimo. Que, por todo lo razonado, este Tribunal acogerá la demanda de Sonda en contra del SRCEI por haber cometido este último actos de discriminación que afectaron el proceso competitivo de la licitación de autos, tal cual se consiga en las consideraciones octogésima a centésimo vigésimo primera, razón por la que se le aplicará una multa, cuyo monto se fijará prudencialmente de acuerdo con los criterios que se establecerán en las consideraciones que siguen;

Centésimo septuagésimo primero. Que el D.L. N° 211 establece en el inciso final del artículo 26° que para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta y la calidad de reincidente del infractor;

Centésimo septuagésimo segundo. Que, en relación con la gravedad de la conducta, debe tenerse presente que este Tribunal considera que el SRCEI, en su calidad de órgano del Estado, debió ser especialmente diligente en sus

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

actuaciones en el contexto de la licitación de autos desde el punto de vista de su conformidad con las normas de libre competencia. Sin embargo, al analizar los efectos de la conducta discriminatoria, este Tribunal debe concluir que de los antecedentes allegados al proceso no es posible determinar los efectos concretos que aquélla habría producido en el resultado de la Licitación. En particular, no es posible precisar: (i) si la oferta técnica de Sonda habría sido declarada inadmisibles por no obtener el puntaje mínimo de 60 puntos en el Componente Plan de Desarrollo del Proyecto; (ii) si la oferta técnica de Morpho habría obtenido un puntaje inferior a 60 puntos en algún Componente, como consecuencia de su comparación con la oferta técnica de Sonda; o, (iii) si la evaluación técnica y económica de la propuesta de Sonda habría incidido en la adjudicación de la Licitación a su favor o en la declaración de deserción de la misma;

Centésimo septuagésimo tercero. Que, por otra parte, en esta sentencia sólo se dio por acreditada una de las diez conductas denunciadas por Sonda como infracciones a las normas de defensa de la libre competencia. Además, se debe tener presente que el Servicio -en tanto órgano público- no habría obtenido beneficios económicos por las conductas realizadas, ni tiene la calidad de reincidente en materia de libre competencia;

Centésimo septuagésimo cuarto. Que por todo lo expuesto este Tribunal acogerá la demanda sólo en cuanto aplicará prudencialmente la multa que se indica en la parte resolutive de la sentencia;

Centésimo septuagésimo quinto. Que en relación con las peticiones solicitadas por el demandado de dejar sin efecto, o bien de ordenar al SRCEI dejar sin efecto, la adjudicación a favor de Morpho y el contrato que, con motivo de dicha adjudicación, fue suscrito entre Morpho y el SRCEI, este Tribunal no dará lugar a ellas pues a su juicio aparecen como desproporcionadas, en especial, dada la incerteza existente en relación con los efectos concretos que produjo la conducta contraria a la libre competencia reprochada al SRCEI;

Y TENIENDO PRESENTE, lo dispuesto en los artículos 1º, inciso segundo; 2º; 3º, inciso primero; 18º N° 1); 22º, inciso final; 26º; y 29º del Decreto Ley N° 211, cuyo texto refundido coordinado y sistematizado fue publicado en el Diario Oficial de 7 de marzo de 2005, y en el artículo 170º del Código de Procedimiento Civil,

SE RESUELVE,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 1) **ACOGER**, la demanda de fojas 364 interpuesta por Sonda S.A. en contra del Servicio del Registro Civil e Identificación, sólo en cuanto se declara que este último infringió el inciso primero del artículo 3° del Decreto Ley N° 211, al incurrir en discriminaciones en la evaluación de las ofertas de Sonda y Morpho que afectaron la competencia en la Licitación N° 594-56-LP08;
- 2) **CONDENAR** al Servicio del Registro Civil e Identificación al pago de una multa a beneficio fiscal ascendente a 200 UTA (doscientas Unidades Tributarias Anuales);
- 3) **ORDENAR** al Servicio del Registro Civil e Identificación a abstenerse, en lo sucesivo, de incurrir en conductas discriminatorias en los procesos de licitaciones que lleve a cabo y que afecten la libre competencia que debe darse en los mismos;
- 4) **NO CONDENAR** en costas al Servicio del Registro Civil e Identificación, por no haber sido totalmente vencido;

Se previene que el Ministro señor Depolo estuvo por fijar el monto de la multa a aplicar al SRCEI en la suma de 500 Unidades Tributarias Anuales, atendido que las conductas reprochadas en esta sentencia a dicho Servicio en la práctica llevaron a la elección de un proveedor de servicios que, por no haber sido comparado a lo menos con otro competidor, no refleja el resultado esperado de un proceso de competencia *ex ante* como el de autos, lo que implica una alteración significativa de las condiciones de competencia que el mismo hechor había establecido como necesarias para el mercado relevante en cuestión; todo ello llevado a cabo por un organismo del Estado que, por su misma naturaleza, está llamado a tener especial cuidado y diligencia en el cumplimiento de las normas legales, incluido el D.L. N° 211. Asimismo, estuvo por dar lugar a la solicitud de Sonda en cuanto a dejar sin efecto tanto la adjudicación como el contrato celebrado entre el SRCEI y Morpho, no concurriendo en consecuencia a lo señalado en la consideración centésimo septuagésimo quinta; pues ambos actos conforman a su juicio un solo todo con la licitación cuestionada, y no pueden estimarse en cuanto a su licitud en materia de libre competencia de forma separada a las conductas que durante el proceso de licitación llevaron a la exclusión de Sonda sancionada en esta sentencia. Desde el momento en que se sanciona al Registro Civil por haber cometido un acto contrario a la libre competencia en la selección de competidores para la provisión de un nuevo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sistema de identificación y la emisión de nuevos documentos de identidad y viaje, no resulta lógico dejar sin reproche ni reparación el efecto que se deriva precisa y directamente de esa causa, esto es, la adjudicación y contrato de servicios con Morpho. De lo contrario, se llega a la paradoja de formular dos declaraciones contradictorias entre sí –al establecer como ilícita la causa y al mantener como lícitas sus consecuencias-, tornando de esta manera en estéril la primera y en injusta la segunda.

Se previene que la Ministra Sra. Domper estuvo por acoger la demanda en el punto especificado en lo Resolutivo de esta Sentencia y sancionar al Servicio, considerando adicionalmente lo siguiente:

1º) Que, como señala esta Sentencia, las Bases de Licitación crean un mercado y, en ese ámbito, se produce competencia entre los distintos participantes por adjudicarse el contrato. Las Bases de Licitación establecen el marco general y las reglas bajo las cuales se emulará una situación competitiva y se adjudicará de manera óptima el contrato por el plazo de diez años. Se trata entonces de un mercado que se abre y se cierra cada diez años;

2º) Que, en este caso, el mercado relevante es la licitación misma, en donde el SRCEI es el único demandante y los oferentes, las distintas posturas válidamente presentadas. Atendida la regla de evaluación relativa de las propuestas, el resultado o equilibrio competitivo se logra cuando se asignan las propuestas y no con la presentación de las mismas;

3º) Que el diseño *ex ante* de las bases de licitación determina las conductas *ex post* de los oferentes. La idea es que se den los incentivos adecuados en las bases para que su actuar *ex post* no atente contra la libre competencia y para minimizar los riesgos de colusión en la licitación; razón por la cual este Tribunal ha estudiado en detalle las bases de licitación de distintos procesos de compras públicas y de asignación de recursos escasos, cuando así se le ha solicitado;

4º) Que, no obstante lo anterior, este Tribunal también debe velar porque el actuar de quien licita, en este caso el SRCEI, sea acorde con las normas de defensa de la libre competencia durante todo el proceso de licitación;

5º) Que lo anterior es especialmente relevante en licitaciones complejas donde se ponderan distintas variables, como calidad y precio, y específicamente cuando se le asignan puntajes previamente definidos en las bases al cumplimiento de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ciertas características, a fin de comparar las distintas posturas. Esto se conoce en la literatura económica como “*scoring rule*”. El objetivo de esta regla es asignar la propuesta a la oferta socialmente óptima, la cual coincide con la mejor combinación de calidad y precio, de acuerdo con los parámetros establecidos en las bases;

6°) Que tal como lo señala la literatura económica (Che (1993), Asker (2006) y Asker (2008)) y el informe rolante a fojas 737, el doble rol del Estado como diseñador de bases de licitación y como comprador en la licitación, puede dar origen a distintos objetivos e intereses lo cual puede derivar en actos que afectan la libre competencia, como una discriminación arbitraria en este caso, y que terminan en equilibrios subóptimos. Para evitar esto se requiere un esfuerzo en términos de compromiso del ente licitante con la *scoring rule* diseñada previamente por él mismo;

7°) Que en este caso el Servicio se desvió de la *scoring rule* previamente definida en las Bases de Licitación, al discriminar arbitrariamente y con ello excluir por segunda vez la oferta de Sonda, lo que tuvo como resultado la manipulación de los puntajes –por ser éstos en términos relativos y no absolutos- generando una alteración del proceso competitivo y un resultado que pudo ser distinto a aquel socialmente óptimo. En efecto, con dicha segunda exclusión se produce un cambio en la asignación de puntaje a la única oferta restante con lo cual mejora la percepción relativa de la oferta que quedaba vigente;

8°) Que, en consecuencia, el equilibrio que resulta de un proceso de licitación es competitivo en la medida que las bases de licitación se diseñen con los incentivos adecuados para: (i) generar competencia *expost*; (ii) minimizar la posibilidad de que exista colusión entre los oferentes, y (iii) evitar que se establezcan barreras a la entrada injustificadas; aspectos que dicen relación principalmente con el diseño de bases y con el comportamiento de los oferentes. Además, e igualmente relevante es el comportamiento *expost* –una vez definidas las bases de licitación- de quien licita y compra. En la medida que exista un compromiso creíble por parte del ente licitante que asegure que no se desviará de lo establecido en las bases de licitación, diseñadas por el mismo, se resguarda la competencia en el proceso de licitación. Ambos aspectos –buen diseño de bases y compromiso por parte del ente licitante- garantizan que se llegue al resultado competitivo y, por lo tanto, son susceptibles de control por este Tribunal;

9°) Respecto de las peticiones solicitadas por Sonda de dejar sin efecto, o bien de ordenar al SRCEI dejar sin efecto, la adjudicación a favor de Morpho y el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

contrato que, con motivo de dicha adjudicación, fue suscrito entre Morpho y el SRCEI, se previene que esta Ministra estuvo por no dar lugar a ellas por el motivo especificado en la consideración centésimo septuagésimo quinta y en la consideración siguiente; y,

10°) Que, en este caso en particular, se trata de un contrato vigente entre dos partes: el SRCEI y Morpho, que se encontraba suscrito antes del inicio del juicio de autos, cuyo término afectaría a un tercero no emplazado ni demandado ante este Tribunal –Morpho-, lo cual iría en contra del debido proceso y del legítimo derecho a defensa de dicha empresa; razón adicional por la cual no precedería su eventual terminación.

Acordada con el voto en contra del ministro señor Menchaca, quien estuvo por rechazar la demanda de autos en todas sus partes, por las siguientes consideraciones:

1°) Que el juicio de autos se ha referido al análisis pormenorizado del estricto apego y cumplimiento por parte del Servicio de Registro Civil e Identificación de las Bases de Licitación de autos y la decisión de mayoría, luego de rechazar todos los restantes capítulos de la demanda, la acoge sólo por uno de ellos, sosteniendo que la segunda exclusión de Sonda en el proceso de licitación no se habría apegado estrictamente a las Bases y habría incluido un trato discriminatorio en su contra pues, o se la excluyó mal, o se dejó de excluir a Morpho del mismo proceso. Esta disidencia no se referirá a los capítulos de la sentencia en que se rechazan las restantes peticiones de la demandante, pues concuerda con la decisión de mayoría en esas materias, sin perjuicio de que no necesariamente comparte sus fundamentos, dados los argumentos que se desarrollan a continuación;

2°) Que como primer aspecto a considerar, es necesario dejar claro que en este caso no se demandó un defecto en el diseño de las Bases de Licitación que las hagan anticompetitivas, materia que evidentemente es de competencia de este Tribunal -en cuanto tal diseño pueda impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o tender a ello- y no lo es en modo alguno del H. Tribunal de Contratación Pública, que únicamente puede velar por los principios de estricta sujeción a las bases y de igualdad de los oferentes, cuyo resguardo es de competencia específica de dicho tribunal especial, según lo dispuesto en el artículo 24° incisos 1° y 2° de la Ley N° 19.886, Ley de Bases sobre Contratos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, que dispone: “*El Tribunal será competente para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por esta ley. La acción de impugnación procederá contra cualquier acto u omisión ilegal o arbitrario que tenga lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, ambos inclusive*”;

3°) Que no se trata en el caso *sublite* de una licitación en que se entregue a particulares la concesión de un monopolio, en que este Tribunal debe velar por que se respeten los principios de libre competencia en la licitación que permitan garantizar, en la mayor medida posible, una competencia *ex ante* en un mercado que se concede a un particular en carácter monopólico. Por último, tampoco se trata de un caso de colusión en licitaciones;

4°) Que, en cuanto a la definición del mercado relevante en un caso como éste, este Tribunal ha dicho: “*Que este Tribunal en algunos casos en el pasado ha limitado el mercado relevante al de la licitación. Ello es apropiado en casos de colusión entre participantes de la misma que, afectando la libre competencia, altera el resultado del proceso de adjudicación, o cuando la licitación asigna recursos con los que el asignatario podría alcanzar, mantener o incrementar su poder de mercado, dado que el objeto asignado no tiene sustitutos relevantes, a diferencia de lo que ocurre en este caso*” (Sentencia N° 114 de 17 de noviembre de 2011, consideración trigésima);

5°) Que, en efecto, este disidente entiende que para que un asunto sea de libre competencia -es decir, sea un hecho, acto o convención que la impida, restrinja o entorpezca-, debe afectar, directa o indirectamente, la competencia en un mercado relevante de bienes o servicios, sea un mercado de producto o geográfico, sea que se considere desde el punto de vista de la demanda o de la oferta. Así, en los casos en que se licita un monopolio, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional y extranjera han estimado que es necesario velar por la competencia en la licitación precisamente porque en esos casos la competencia que pueda darse en la licitación es lo único que puede garantizar que la situación de mercado en el mercado relevante en que incide la licitación, o mercado *ex post*, sea lo más parecida posible a la que impera en un mercado competitivo. Es por ello que el mercado a considerar en ese caso es el de la licitación;

6°) Que el caso de autos se refiere a una licitación de servicios tecnológicos y de informática necesarios para que el SRCEI pueda cumplir su función pública,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que de suyo y por su naturaleza sólo puede ser desarrollada por el Estado y en que, por ende, el Estado no actúa como oferente de bienes o servicios en el mercado, aunque puede demandar bienes o servicios como insumos para el ejercicio de tal función pública. Es la ley la que establece el tributo que deben pagar los ciudadanos cuando solicitan cédulas de identidad o pasaportes, tributo que no dice relación alguna con los costos de producirlos;

7°) Que, en efecto, los montos a ser cobrados a los usuarios -que son un tributo (tasa) y no un precio sujeto a las reglas del mercado- fueron fijados mediante Decreto con Fuerza de Ley N° 1.282 (1975) del Ministerio de Hacienda (artículos 1.A.3, 1.A.4 y 1.A.24), en pesos y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7° de la misma norma legal, *“[l]os impuestos señalados en el número 1 de este decreto con fuerza de ley, y los valores adicionales establecidos en los números 3°, 4° y 5° del mismo que no estén fijados en porcentajes, podrán reajustarse mediante decreto del Ministerio de Justicia, que deberá llevar también la firma del Ministro de Hacienda, hasta en el 100% de la variación experimentada por el Índice de Precios al Consumidor en el período comprendido entre el último reajuste efectuado y el mes precedente a aquel en que debe regir el nuevo reajuste. Los montos que se fijen no podrán reajustarse nuevamente antes de transcurridos seis meses a lo menos. El monto de los impuestos se fijará en cantidades enteras, pudiendo elevarse hasta la decena superior”*. En ejercicio de la facultad antes señalada, los Ministerios de Justicia y Hacienda dictaron el Decreto Supremo N° 649, publicado en el Diario Oficial el 19 de febrero de 2009, que reajusta los montos que puede cobrar el Servicio de Registro Civil únicamente de acuerdo a la variación experimentada por el índice de Precios al Consumidor, como exige la ley. Por lo anterior, este disidente no concuerda con lo señalado en la consideración decimonovena de la decisión de mayoría, pues en el caso de autos no hay un mercado *expost* en que incida la licitación a nivel de consumidor, por lo que los efectos en la competencia -o la falta de esta última-, causados por la forma en que el Registro haya realizado la Licitación, sólo tienen la potencialidad de afectar al erario fiscal;

8°) Que si bien obviamente toda licitación incide en algún mercado, en este caso, a juicio de este disidente tal mercado es el de los servicios informáticos licitados, sin que se haya rendido prueba en el proceso que permita acreditar que el SRCEI tenga poder de mercado a su respecto (poder de compra) y que haya abusado del mismo, que es lo que se requeriría para poder sancionarlo en autos;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

9°) Que todo el análisis, efectuado en forma muy prolija por la decisión de mayoría, es precisamente un análisis de mérito de la exclusión de Sonda, efectuado a la luz de las Bases de Licitación que, reitero, no fueron impugnadas en autos. En dicho análisis se concluye que (i) la exclusión de Sonda se habría efectuado infringiendo lo dispuesto por las Bases o ejerciendo una facultad discrecional otorgada por las Bases y que, (ii) dado el diseño de las Bases, que establece una evaluación relativa, su exclusión provocó efectos negativos para la competencia en la Licitación, que se explican. Dichos efectos, derivados del diseño de las Bases, se habrían producido de igual manera independientemente de si Sonda haya sido excluida legítima o ilegítimamente del proceso de licitación, pues derivan del hecho de que haya quedado un solo licitante en la etapa de evaluación técnica, lo que habría aumentado artificialmente los puntajes de su propuesta al no tener otra oferta con la cual compararse. Este problema se habría podido solucionar en las Bases simplemente impidiendo que llegue un solo oferente a la etapa de adjudicación -por ejemplo ordenando que se declare desierta la Licitación en dicho caso- lo que implica que, en el fondo, la causa de los efectos contrarios a la competencia que se describen en la decisión de mayoría se encuentra en el diseño de las Bases de Licitación, el que no fue impugnado en la demanda de autos y no forma parte del objeto de la *litis*;

10°) Que el análisis de mérito acerca de si el Servicio actuó o no con estricto apego a las Bases o si su actuación al excluir a Sonda fue ilegal o arbitraria es precisamente la única competencia del H. Tribunal de Contratación Pública y es una materia que está siendo conocida en dicha sede. Más aun, a petición de la propia demandante de autos, el referido tribunal declaró, en su sentencia definitiva de fecha 19 de abril de 2013, dictada en causa Rol N° 162-2011, rolante a fojas 1.047 del cuaderno principal, que la exclusión de Sonda se ajustaba a derecho lo que, si bien es discutible, no es una materia que deba resolver este Tribunal. Respecto de dicha sentencia se interpuso el recurso especial de reclamación establecido en el artículo 26° de la Ley N° 19.886, encontrándose pendiente su fallo por la Ittma. Corte de Apelaciones de Santiago. Además, se encuentran pendientes ante el H. Tribunal de Contratación Pública las causas Roles N° 184-2011 y 208-2011, en que la misma empresa Sonda demandó al SRCEI por no haber excluido a Morpho del proceso de licitación y por no declarar desierto el concurso;

11°) Que, en definitiva, si bien este disidente concuerda con el hecho que, en general, este Tribunal es competente para conocer de hechos, actos o convenciones que tengan por objeto impedir, restringir o entorpecer la libre

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

competencia en el marco de un proceso de licitación, estima sin embargo que el mero análisis de si la segunda exclusión de Sonda del proceso de licitación se sujetó estrictamente a la Ley de Contratación Pública y a las Bases de Licitación es una materia que indudablemente es de competencia del H. Tribunal de Contratación Pública y no se trataría de infracciones a la libre competencia que puedan ser sancionadas por este Tribunal;

12°) Que dicha conclusión no es contradictoria con el hecho de que este Tribunal haya rechazado la excepción dilatoria de incompetencia interpuesta por el SRCEI, pues dicho servicio está evidentemente sujeto a la competencia de este Tribunal para conocer de eventuales infracciones a la libre competencia que pueda cometer, lo que no obsta a que deba determinarse en definitiva -como en todas las causas que conoce este Tribunal-, si las conductas imputadas impedían, restringían o entorpecían la libre competencia o tendían a hacerlo. Así por lo demás lo declaró este Tribunal en su resolución de fecha 27 de diciembre de 2012, rolante a fojas 585, en que resolvió dicha dilatoria, al indicar: *“Tercero: Que, por consiguiente, este Tribunal es competente para conocer respecto de eventuales infracciones a la libre competencia cometidas por el Servicio de Registro Civil e Identificación con ocasión de un proceso de licitación pública, de modo que los argumentos planteados en la excepción dilatoria corresponden a cuestiones de fondo que deben ser resueltas en definitiva...”*. Es decir, como en todo juicio de libre competencia, quedó abierta la posibilidad de que, del análisis de los antecedentes del proceso, pudiera concluirse que los hechos acreditados no constituyen infracciones a la libre competencia, y de que por ende deba rechazarse la demanda, sin que ello obste a que esos mismos hechos puedan ser juzgados desde el punto de vista de otros bienes jurídicos protegidos por leyes diferentes;

13°) Que, a juicio de este disidente, tanto las partes, la cosa pedida y la causa de pedir son las mismas en el juicio de autos y el proceso seguido al respecto ante el HTCP bajo el rol N° 162-2011, a lo menos respecto de la única petición de la demanda que es acogida por la decisión de mayoría, sin analizarla en su conjunto con el resto de ellas. En efecto, la cosa pedida al respecto en el proceso *sublite* fue la declaración de ilicitud de la segunda exclusión de Sonda en el proceso de licitación y su causa de pedir, esto es, el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio (según define esta última el artículo 177° del Código de Procedimiento Civil), para este disidente fue el incumplimiento por el SRCEI de las condiciones establecidas por la Ley N° 19.886 y las Bases de Licitación para excluir a Sonda y no hacer lo mismo con Morpho, infringiéndose con ello los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

principios de irrestricto apego a las bases y de igualdad de trato entre los proponentes que debe regir en toda contratación pública, de conformidad con lo dispuesto en la referida Ley N° 19.886 y su Reglamento;

14°) Que, en efecto, en relación con la cosa pedida *“la doctrina y la jurisprudencia invariablemente han señalado que el concepto de “objeto pedido” o “cosa pedida” lo constituye el beneficio jurídico inmediato que se reclama y al cual se pretende tener derecho”* (Maturana y Mosquera, ‘Separata Breves Nociones acerca de la Cosa Juzgada’, Facultad de Derecho Universidad de Chile, año 2005, página 47). Así también la Excma. Corte Suprema ha señalado: *“La identidad ha de buscarse en el beneficio jurídico y no en la materialidad de las prestaciones, sin que pueda pretenderse sean iguales en substancia y accidente.”* (CS, 11 de Diciembre de 1937, RDJ., t.35, sec.1ª, p. 238, citado por Seguel Romero, ‘La Cosa Juzgada en el Proceso Civil Chileno’, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, página 55). En consecuencia, a juicio de este disidente la cosa pedida en este caso sería la declaración de ilicitud de la segunda exclusión de Sonda;

15°) Que, por su parte, en lo que dice relación con la causa de pedir, como señala Couture *“(n)o se trata de la simple enunciación de las disposiciones legales aducidas por el litigante, lo que significaría dar al concepto un sentido excesivamente estrecho. Se trata de la razón y el fundamento mismo, ya sean invocados expresamente, ya sean admitidos implícitamente. (...) El fundamento del derecho que se ventila en juicio no es tan sólo el que invoca el actor; el fundamento es el derecho que rige la especie litigiosa; y ese fundamento lo debe buscar el juez aun fuera de las alegaciones de las partes”*. (Couture Eduardo, ‘Fundamentos del Derecho Procesal Civil’, Editorial B. de F., Cuarta Edición, Buenos Aires Argentina, 2009, página 354). Eso es lo que a juicio de este disidente debe hacer el juez en la presente causa: buscar en los antecedentes del proceso la verdadera causa de las peticiones del demandante y sólo si concluye que se trata de una infracción a la libre competencia será una materia que pueda sancionarse en esta sede. Si, por el contrario, concluye que ella está en el mero análisis acerca de si la demandada incumplió o no las Bases de Licitación al excluir a Sonda, necesariamente deberá declarar que esa no es una materia que deba ser conocida y fallada por él, pues el bien jurídico afectado no sería la libre competencia, sin perjuicio de que pueda afectar bienes jurídicos distintos protegidos por otras disposiciones legales;

16°) Que este disidente entiende que los actos de autoridad, para que puedan infringir las disposiciones del D.L. N° 211, deben constituir hechos actos o

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, pues ese es el único bien jurídico protegido por dicha ley, no requiriéndose para ello que necesariamente la autoridad se coluda o cometa un abuso de posición dominante directamente, ya que puede ser sancionada también si con su actuar tiende a producir efectos contrarios a la libre competencia al facilitar injustificadamente que otros agentes económicos puedan coludirse o abusar de su posición dominante. Eso es lo único que diferencia la aplicación del derecho de la competencia a actos de autoridad respecto de su aplicación a los de los demás agentes económicos que actúan como oferentes o demandantes en los mercados;

17º) Que, por el contrario, el bien jurídico que pretende proteger la Ley N° 19.886, Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, es el buen uso de los recursos fiscales en la contratación pública y dicha ley existe para el suministro público precisamente porque el legislador entiende que los incentivos de los funcionarios públicos por elegir la alternativa más económica pueden no ser los mismos que los de un particular que gasta su propio dinero cuando compra;

18º) Que este Tribunal al respecto ha dicho, en un caso de aprovisionamiento del Estado, que: *“por lo tanto y sin perjuicio de que la protección de bienes jurídicos ajenos a la misión del Tribunal, como es el resguardo de la adecuada inversión de los fondos públicos, fundamentan la obligación que asiste al Estado de promover la máxima competencia en los actos de contratación de los organismos públicos, el incumplimiento de dicha obligación de promoción no debiera asimilarse necesariamente a una infracción al artículo 3º del Decreto Ley N° 211 cuando, como ocurre en la especie, el Estado no tiene poder de mercado del que pueda abusar”* (Sentencia N° 114 de 17 de noviembre de 2011, consideración trigésimo quinta);

19º) Que este disidente no ve que diferencia -desde el punto de vista de la libre competencia- la materia específica a que se refiere la sanción de autos de un caso en que, por ejemplo, una importante empresa nacional licite la provisión de un servicio informático específico y diseñado a su medida entre múltiples oferentes en un mercado que no se ha demostrado ser monopolístico y discrimine, aun arbitrariamente, entre los mismos. Nadie ha sostenido jamás que, en ausencia de un abuso de posición dominante, ello pueda considerarse una infracción a la libre competencia. La única diferencia entre ese y el caso de autos está precisamente en el hecho de que en este último el ente licitante es un servicio público y que, por ende, podría no tener los mismos incentivos para cuidar su patrimonio —en este

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

caso el patrimonio fiscal- que una empresa privada. Precisamente considerando esta diferencia en los incentivos económicos y para proteger el patrimonio fiscal en la contratación pública es que se dictó la referida Ley N° 19.886 y se creó un tribunal especial para velar porque la contratación de suministros del Estado se efectúe en forma adecuada al interés fiscal, al exigir que se respeten los principios de irrestricta sujeción a las bases de licitación e igualdad jurídica de los proponentes que consagran dicha ley y su reglamento;

20°) Que, en relación con lo anterior y considerando únicamente la imputación considerada por la decisión de mayoría para acoger parcialmente la demanda, cabe señalar que Sonda solicitó, en su demanda interpuesta ante este Tribunal, declarar que su segunda exclusión del Proceso Licitatorio fue ilícita, en atención a las siguientes razones: (i) el reproche de falta de experiencia de Sonda carecería de *“justificación técnica”*, pues la demandante era la operadora de la emisión de cédulas de identidad y pasaportes (fojas 386 del cuaderno principal); (ii) la declaración de inadmisibilidad de la oferta técnica de Sonda habría implicado *“una grave vulneración de lo resuelto por el Tribunal de Contratación Pública en la causa rol N° 85-2010”*, pues el Servicio habría vuelto a una etapa de *“evaluación de antecedentes administrativos”*, lo que constituiría *“una grave alteración de la secuencia de la licitación pública”* (fojas 386 y 387 del cuaderno principal); y, (iii) la exclusión se fundamentaría en que Sonda no habría cumplido con el Ítem experiencia (según las Bases, se trata de una Materia), que forma parte del componente *“Plan de Desarrollo del Proyecto”*, pero *“de acuerdo a las Bases, el oferente sería excluido únicamente cuando no cumpla el puntaje mínimo del componente en su totalidad”*, para lo cual *“resultaba esencial que se hiciera la evaluación”* (fojas 387 del cuaderno principal);

21°) Que de lo expuesto en la consideración precedente se depende claramente que la propia demandante ha impugnado en esta sede su segunda exclusión del Proceso Licitatorio por consideraciones de índole administrativa, relacionadas con la estricta sujeción a las Bases de Licitación, el orden de consecución de la Licitación, el acatamiento a un pronunciamiento previo del H. Tribunal de Contratación Pública y la carencia de justificación técnica del reproche de falta de experiencia formulado por el SRCEI; imputaciones todas relacionadas con supuestos incumplimientos de las Bases de Licitación y la Ley N° 19.886 y de evidente competencia del HTCP;

22°) Que, en virtud de lo anterior, resulta del todo natural que las alegaciones formuladas en esta sede sean -al menos en lo que dice relación con la única

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

alegación que fuera acogida por la decisión de mayoría- coincidentes en lo esencial con aquellas planteadas ante el H. Tribunal de Contratación Pública en el proceso rol N° 162-2011, en el que Sonda también impugnó su exclusión de la Licitación. En efecto, en la demanda interpuesta por Sonda en dicha sede con fecha 2 de septiembre de 2011, que se encuentra agregada en autos a fojas 464 del cuaderno principal, se cuestiona, entre otros: (i) el incumplimiento, por parte del SRCEI, de lo resuelto por el H. Tribunal de Contratación Pública en el proceso rol N° 85-2010, al retrotraerse el Proceso Licitatorio a una etapa inicial; (ii) la eventual aceptación previa, por parte del SRCEI, de los certificados de experiencia invocados para justificar la exclusión de Sonda; y, (iii) la improcedencia de la sanción de declaración de inadmisibilidad de la oferta por *“temas menores y formales”*;

23°) Que, por otra parte, la prueba rendida en el proceso en relación con la imputación considerada por la decisión de mayoría para acoger parcialmente la demanda, y la propia argumentación que a su respecto ésta efectúa, permiten concluir claramente que la contienda de autos, al menos en aquel capítulo en que la demanda es acogida, no estaría referida a infracciones a la libre competencia y se trataría, en cambio, de una controversia de contratación pública;

24°) Que, en ese sentido, el testigo presentado por Sonda, don Luis Orlando Fuentes Cerda, declaró a fojas 917 del cuaderno principal: *“... cuando tomaron la decisión de excluirlo [a Sonda], esa decisión no es sustentable ni por la normativa ni por las bases. (...) Se trata de un ítem de evaluación, se evalúa el ítem, y un proponente puede sacar cero puntos, y en la materia también puede sacar cero puntos (...) la nota que se mira es la nota del final de año, o sea la nota del componente, y esa nota, esa nota es la que habría fundado la exclusión de ese componente para no pasar a la evaluación económica, cosa que no se hizo, por lo tanto, el Registro Civil no cumplió lo que establecían las bases de hacer evaluación técnica”*. Más adelante, el mismo testigo, a fojas 925 del cuaderno principal, declaró: *“Lo que tenía que haber hecho es haber asignado un puntaje, y haber evaluado todos, todos los ítems de esa materia, todas las materias de ese componente, y si algún componente tenía menos de 60 puntos dejarlo fuera por eso, pero no porque había un ítem el cual no cumplía, eso no estaba establecido en ninguna parte”*. Finalmente, a fojas 937 del cuaderno principal, señala que : *“(...) y el Registro Civil qué hace, no tengo idea de cuáles son las motivaciones, yo me imagino que por un error no más, de desconocimiento administrativo puro y duro no más, se da cuenta que algún certificado me imagino que está incompleto,*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que le faltaba algo, y dice no, está fuera este gallo (sic) porque no tiene, no cumple, con la experiencia, dónde dice que pueden hacer eso, en qué norma”;

25°) Que, por su parte, la testigo presentada por el SRCEI, doña Leyla Luz del Rosario Díaz Hernández, declaró a fojas 972 del cuaderno principal: *“El Servicio declara inadmisibles las ofertas de Sonda S.A. Fundamentalmente declara inadmisibles las ofertas de Sonda por no dar cumplimiento a las Bases Técnicas de la Licitación. En este sentido, su Señoría, las Bases Técnicas de licitación establecieron requerimientos de altos estándares tecnológicos fundamentalmente, Sonda no da cumplimiento a presentar junto con su oferta, junto con su oferta técnica, certificados de experiencia que acreditaran experiencia en cada uno de los siete componentes que se pedían para el sistema de identificación”. Más adelante, a fojas 990, la señora Díaz declara: “No, no es posible asignar puntaje al proponente Sonda respecto de la experiencia, toda vez que el proponente Sonda no dio cumplimiento a las Bases Técnicas de Licitación de presentar certificados de experiencia para cada uno de los componentes (...) En consecuencia, al no presentarse, no se dio cumplimiento a las Bases de Licitación que establecieron este deber para todos los oferentes”;*

26°) Que si se analiza la totalidad de los antecedentes del proceso, entre los que se cuentan las peticiones de Sonda en las demandas presentadas en esta sede y en la de contratación pública y las declaraciones de los testigos de ambas partes citadas más arriba, este disidente no puede sino concluir que la controversia relativa a la declaración de inadmisibilidad de la oferta de Sonda por defectos en los certificados de experiencia se ha circunscrito a si el Registro Civil se ha sujetado o no a la regulación de contratación pública y a las Bases de Licitación al decretarla. En efecto, a juicio de este disidente los antecedentes del proceso no son suficientes para desvirtuar la naturaleza eminentemente administrativa de la única imputación considerada por la decisión de mayoría para acoger parcialmente la demanda, ni para constituir la en un problema de libre competencia susceptible de ser sancionado en esta sede;

27°) Que si bien este Tribunal y la Excma. Corte Suprema han dicho en diversas ocasiones que respecto de un proceso de licitación se puede accionar tanto ante este Tribunal como ante el H. Tribunal de Contratación Pública, ello debe ser en el ámbito de sus respectivas atribuciones, con el fin de evitar juicios paralelos y eventuales sentencias contradictorias sobre unos mismos hechos, y analizados desde un mismo punto de vista, lo que atentaría contra principios tan fundamentales como el del *non bis in idem* y el de la seguridad jurídica que aspira

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

lograr el derecho, además de infringir la regla de la radicación o fijeza contenida en el artículo 109° del Código Orgánico de Tribunales. Así, la Excma. Corte Suprema, en la consideración sexta de su sentencia de 27 de mayo de 2009, dictada en los autos rol N° 7.796-2008 declaró: “... *Las normas de protección de la libre competencia son de orden público y por ende aplicables a todas las personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas, en cuanto éstas concurren al mercado, de manera que es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el llamado a resolver si ha tenido lugar alguna infracción; lo que por cierto es sin perjuicio de la particular competencia que otorga el artículo 24 de la Ley N° 19.886 al Tribunal de Contratación Pública para conocer de la acción de impugnación contra los actos ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación de los organismos públicos. A este último respecto no debe olvidarse que de un mismo acto pueden derivar consecuencias jurídicas de diversa naturaleza, y que el examen de legalidad ha de verificarse sólo por el órgano al que la ley ha conferido competencia en razón del tipo de la eventual trasgresión. En la especie el asunto de autos está comprendido en la competencia del tribunal impugnado porque se trata de un conflicto de aquellos señalados en el artículo 3° del D. L. N° 211 y no de un conflicto surgido entre la aprobación de las bases de la licitación y su adjudicación, como lo previene a estos efectos el citado artículo 24 de la Ley N°19.886”;*

28°) Que en el caso de autos, a diferencia del que se cita más arriba, el análisis de los hechos acreditados en autos, a juicio de este disidente, permite concluir que el conflicto que se está resolviendo es de aquellos de competencia del HTCP, pues es un conflicto surgido entre la aprobación de las bases de licitación y su adjudicación, como lo previene el artículo 24° de la Ley N° 19.886, y precisamente dice relación con el análisis acerca de si la exclusión de Sonda del proceso de licitación incumple o no las Bases de Licitación, es decir, si fue ilegal o arbitraria de conformidad con la referida Ley de Contratación Pública, lo que no dice relación con infracciones a la libre competencia cometidas por la demandada;

29°) Que cabe señalar asimismo que este Tribunal en el pasado nunca ha condenado por infracciones a la libre competencia en los casos en que la discusión se ha centrado en el análisis de lo que ha ocurrido en el proceso de licitación, lo que demuestra que la posibilidad de hacerlo es excepcional y se refiere a casos que -analizadas las diversas conductas imputadas en forma conjunta- permitan concluir que el objeto de las mismas haya sido el de infringir la libre competencia en el mercado. Así, en los dos casos citados en la consideración vigésimo primera de la decisión de mayoría, las respectivas demandas fueron

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

rechazadas en la parte relativa al comportamiento del ente licitante durante la licitación;

30°) Que el otorgamiento de competencias diferentes a los diversos tribunales especiales se funda precisamente en el hecho de que nuestro ordenamiento jurídico es un todo armónico, lo que hace difícil pensar que una misma exclusión de Sonda, basada en unos mismos hechos y con una misma causa de pedir, pueda ser lícita desde el punto de vista de una legislación e ilícita desde el punto de vista de otra, o que pueda ser revisada por dos tribunales con competencias distintas desde el mismo punto de vista de su sujeción o no a las bases de licitación. Una conclusión contraria haría posible la existencia de juicios paralelos - como ocurre en el caso de autos- y de sentencias contradictorias sobre unos mismos hechos, analizados desde igual punto de vista, o podría obligar al SRCEI a tener que optar entre ser condenada por un tribunal si no excluye a un proponente debiendo hacerlo a la luz de la Ley N° 19.886 y las bases de licitación o ser condenado por otro, si lo excluye disminuyendo con ello la competencia en la licitación; y,

31°) Que, por último y a mayor abundamiento, a juicio de este disidente del análisis de los antecedentes del proceso se desprende que el actuar del SRCEI, independientemente de si fue correcto o incorrecto a la luz de la Ley de Contratación Pública y las Bases de Licitación, no habría tenido por objeto impedir, restringir o entorpecer la libre competencia. En efecto, consta en autos que en una primera etapa el SRCEI fue menos riguroso en lo que dice relación con las exigencias formales para excluir o no a los proponentes y para solicitarles aclaraciones y rectificaciones de los antecedentes presentados y que, cuando el HTCP, precisamente por ello, en su sentencia dictada en el proceso N° 85-2010, le ordenó dejar sin efecto la adjudicación a Indra, el Servicio comenzó a actuar de manera mucho más exigente, probablemente con el objeto de no volver a ser sancionada por dicho tribunal especial. Lo primero puede observarse, por ejemplo, en las solicitudes de aclaraciones que constan a fojas 133 del cuaderno de documentos de Sonda y lo segundo, entre otras, en las Resoluciones Exentas N° 2.970, 3.103 y 3.492, que constan, respectivamente, a fojas 314 del cuaderno de documentos de Sonda y 274 y 279 del cuaderno principal. Habría sido en ese contexto, y no en el de un agente económico inspirado en el ánimo de afectar la competencia en la Licitación que, luego de dictarse la referida sentencia por el HTCP, el Servicio excluyó a todos los proponentes con excepción de Morpho, a quien finalmente adjudicó la Licitación. Lo anterior reafirma la competencia del H. Tribunal de Contratación Pública para resolver el conflicto de autos en lo que dice

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

relación con la segunda exclusión de Sonda. Todo ello sin perjuicio de la competencia que en general efectivamente tiene este Tribunal para conocer de atentados a la libre competencia cometidos en licitaciones públicas.

Notifíquese y archívese, en su oportunidad.

Rol C N° 242-12

Pronunciada por los Ministros Sr. Tomás Menchaca Olivares, Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Radoslav Depolo Razmilic, Sr. Enrique Vergara Vial y Sra. María de la Luz Domper Rodríguez. Autorizada por la Secretaria Abogado (s), Srta. Constanza Bollman Schele.