

ANT.: Denuncia Rol N° 2420-17
FNE.

MAT.: Minuta de archivo (I).

Santiago, 30 ABR. 2019

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

DE : JEFE DIVISIÓN ANTI-CARTELES

En esta minuta recomendamos archivar la denuncia del Antecedente. Exponemos las razones a continuación:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 6 de diciembre de 2016, la Contraloría General de la República remitió a esta Fiscalía Nacional Económica ("**Fiscalía**" o "**FNE**") una denuncia presentada ante dicha entidad, en la que se afirma la existencia de una presunta colusión entre algunas de las empresas que participaron en cinco licitaciones públicas convocadas por el Servicio de Vivienda y Urbanización Metropolitano ("**SERVIU**") para la mantención de paraderos del transporte público y demarcación de calles, adjudicadas entre los años 2013 y 2016.
2. Según los antecedentes remitidos, Psicoingeniería S.A. ("**Psicoingeniería**") habría presentado ante el SERVIU certificados de experiencia emitidos por algunos de sus competidores, a la vez que habría otorgado certificados de experiencia propios a competidores, conducta que se habría repetido en el tiempo¹. Esta práctica habría sido realizada coordinadamente entre los oferentes denunciados, de manera que, en el evento de ser adjudicados en las licitaciones referidas, procederían a subcontratar los servicios entre ellos.

¹ El denominado 'certificado de experiencia' es un antecedente que suele ser solicitado en concursos públicos de esta naturaleza a objeto de permitir a la entidad licitante acreditar la pericia o conocimiento previo del postulante en el bien o servicio a ser licitado, y su no presentación puede configurar una causal de rechazo de la propuesta completa.

3. Para efectos de analizar esta denuncia², esta División: (i) efectuó un análisis respecto de los actores del mercado de fabricación de estructuras metálicas y proyectos de ingeniería involucrados en los procesos objeto de la denuncia; (ii) revisó y analizó las bases de las licitaciones referidas; (iii) estudió los antecedentes y ofertas presentados por los participantes en cada uno de los procesos; y (iv) citó a prestar declaración a ejecutivos de las principales empresas involucradas en los hechos denunciados.
4. Vistos los antecedentes reunidos, y considerando lo establecido en el párrafo 28 letra a) del Instructivo, concluimos que la denuncia se refiere a hechos, actos o convenciones que no aparecen como constitutivos de infracciones al DL 211.

II. ANÁLISIS DE LA DENUNCIA

II.A. La denuncia

5. Según consta en la comunicación remitida por la Contraloría General de la República a esta Fiscalía, en el marco de las licitaciones públicas ID 48-234-LP13, ID 48-59-LP14, ID 48-199-LP14, ID 48-200-LP14 e ID 48-146-LQ15³, la empresa Psicoingeniería habría presentado ante el SERVIU certificados de experiencia emitidos por las empresas Navarrete, Díaz Cumsille Ingenieros Civiles S.A. (en adelante, "NADIC") y Urbano Solar SpA (en adelante, "USOLAR").
6. Asimismo, se señala que Psicoingeniería habría otorgado otros certificados de experiencia a las sociedades Fabricaciones Mecánicas Ltda. (en adelante, "Fabricaciones Mecánicas") y Novoser Ltda. (en adelante, "Novoser"), presuntamente con el objeto de que las licitaciones les fuesen adjudicadas, a cambio de que posteriormente subcontratasen sus servicios.

² Según dispone el artículo 41 del Decreto Ley N° 211 de 1973 ("DL 211") en relación con los párrafos 24 y siguientes del Instructivo Interno para el Desarrollo de las Investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica ("Instructivo"). En línea: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/05/Instr._investigaciones_2013.pdf [Última visita el 30 de abril de 2019].

³ El monto estimado de cada contrato, según las bases administrativas de estas licitaciones, fluctúa entre los 190 y 200 millones de pesos.

II.B. Análisis de las licitaciones objeto de la denuncia

7. En la licitación ID 48-234-LP13, "*Convenio suministro para emergencias Transantiago sector Norte*", los competidores fueron las empresas Telecomunicaciones Ibáñez y Comercialización Sedan Ltda., NADIC, Fabricaciones Mecánicas y Titán Industrias Tecnológicas y Desarrollo de Proyectos de Ingeniería Ltda. (en adelante, "**Titán**"). Según consta en los antecedentes tenidos a la vista, Psicoingeniería otorgó un certificado de experiencia a la empresa Fabricaciones Mecánicas, el cual fue presentado junto a otro certificado emitido por Titán por obras realizadas en 2007.
8. En la etapa de evaluación técnica de las ofertas, se calificaron las propuestas que cumplieron con lo dispuesto en las bases, por lo que sólo se asignó puntaje a las ofertas de Titán y Fabricaciones Mecánicas. Producto de esta evaluación, Fabricaciones Mecánicas resultó elegido como adjudicatario, el que fue asignado casi en su totalidad por la valoración de la oferta económica presentada, representando el ítem de experiencia del oferente menos del 1% del puntaje total.
9. De igual forma, en la licitación ID 48-59-LP14 "*Convenio para el servicio de mantención y/o reposición de piezas que conforman refugios y zonas pagas Transantiago*", cuyos participantes fueron Psicoingeniería, Titán, Fabricaciones Mecánicas y Manuel Rodolfo Díaz Bahamondes Servicios Energéticos E.I.R.L., la empresa Fabricaciones Mecánicas presentó dentro del ítem de experiencia del oferente un certificado emitido por Psicoingeniería, el cual fue acompañado junto a otro certificado emitido por Titán⁴. Por otro lado, Psicoingeniería declaró, dentro del mismo anexo, proyectos desarrollados por encargo de las empresas NADIC y USOLAR, los que fueron respaldados mediante la presentación de facturas por el cobro de los mismos.

⁴ Ambos presentados como respaldo de la experiencia declarada en la licitación referida en el numeral anterior.

10. En dicho proceso, el contrato fue adjudicado a la empresa Titán, obteniendo la máxima calificación en el ítem de experiencia del oferente, lo que le permitió ganar la licitación a pesar de no haber sido la oferta más barata⁵.
11. Cabe destacar, considerando el análisis de los antecedentes relativos a las dos últimas licitaciones referidas puestos a disposición de esta Fiscalía, que no se ha comprobado la existencia de otros contratos entre Fabricaciones Mecánicas y Psicoingeniería.
12. En relación a las licitaciones ID 48-199-LP14 "*Convenio para el servicio de mantención y demarcación avenidas Transantiago 2015: Departamental Poniente, Presidente Balmaceda, Larraín, Av. Matta, Blanco Encalada-Arica, Tobalaba y Matucana*" e ID 48-200-LP14 "*Convenio para el servicio de mantención y demarcación de nuevas vías prioritarias: Ecuador, Mapocho, Américo Vespucio, La Dehesa, Teniente Cruz, Brasil, Club Hípico y Santa Rosa*", las empresas competidoras que cumplieron con las bases en dichos procesos fueron: Novoser, Servicios Viales Integrados SpA y Harry Prado Salinas Obras Viales E.I.R.L. En dichos procesos Novoser declaró como parte de su experiencia contratos con Psicoingeniería, pero no obtuvo puntaje en el ítem de experiencia del oferente⁶, sino solo por la valoración de la oferta económica presentada. Como resultado de la evaluación de las ofertas, ambas licitaciones fueron adjudicadas a Novoser, quien obtuvo el mayor puntaje.
13. Por otra parte, en los antecedentes tenidos a la vista por esta Fiscalía, no existiría evidencia de la subcontratación de Novoser para la ejecución de contratos adjudicados por parte de Psicoingeniería con posterioridad a la adjudicación de las licitaciones aludidas.
14. Finalmente, en la licitación pública ID 48-146-LQ15 "*Convenio para servicio de conservación y reparación de iluminación eficiente en refugios Transantiago*",

⁵ En la evaluación de las ofertas solo se consideraron aquellas que cumplieron con lo requerido en las bases de licitación, por lo que se excluyó la oferta de Manuel Rodolfo Díaz Bahamondes Servicios Energéticos E.I.R.L.. Como resultado de este examen, Psicoingeniería y Fabricaciones Mecánicas obtuvieron el segundo y tercer lugar de la evaluación respectivamente, en que nuevamente, el ítem de experiencia del oferente representó menos del 1% del puntaje total obtenido.

⁶ No se hace referencia en las actas a la razón por la que se excluyeron los antecedentes presentados por Novoser relativos a la experiencia del oferente en dichos procesos.

los participantes fueron Psicoingeniería, Titán, Constructora Alvial S.A., Centro de Investigación y Desarrollo Empresarial y Tecnológico SpA y Sociedad Ingeniería y Climatización Limitada. La empresa Psicoingeniería declaró contratos desarrollados por encargo de NADIC en el anexo de experiencia del oferente, respaldando esta información mediante la presentación de certificados de correcta ejecución firmados por parte del administrador de obra, don Mario Ramírez Mora.

15. Como resultado de la evaluación técnica y económica de las ofertas⁷ presentadas por Constructora Alvial S.A., Titán y Psicoingeniería, y con fecha 17 de diciembre de 2015, se adjudicó la licitación a esta última, quien obtuvo el mayor puntaje entre los postulantes.
16. Pero con fecha 20 de enero de 2016, es recibida por el SERVIU una denuncia interpuesta por un particular en contra de Psicoingeniería, en la cual solicita investigar la licitación y adjudicación en comento, señalando entre sus argumentos que los certificados de experiencia presentados por dicha empresa habían sido otorgados por otra empresa cuyo dueño es también socio de Psicoingeniería.
17. Para efectos de analizar el hecho denunciado, el SERVIU se contactó con NADIC con el fin de requerir información respecto de los certificados de obra emitidos a favor de Psicoingeniería. Mediante correo electrónico de 19 de abril de 2016, NADIC dio respuesta al SERVIU declarando que: *"El señor [REDACTED] [REDACTED] NO se encuentra autorizado a emitir certificados de correcta ejecución de obras a nombre de Navarrete y Díaz Cumsille Ingenieros Civiles S.A."*. En atención a lo anterior, el acto de adjudicación fue invalidado por ese Servicio y la licitación readjudicada al segundo mayor puntaje, correspondiente a la empresa Titán.
18. Según lo declarado por los ejecutivos citados de Psicoingeniería y NADIC, si bien, el certificado impugnado fue considerado nulo, los trabajos que en él se

⁷ Las empresas Centro de Investigación y Desarrollo Empresarial y Tecnológico SpA y Sociedad Ingeniería y Climatización Ltda., no participaron de la etapa evaluación de la licitación por haber sido descalificadas al no cumplir con los requisitos técnicos.

declaraban habían sido efectivamente realizados por la empresa Psicoingeniería en la época señalada.

II.C. Análisis de la conducta denunciada

19. En primer término, se observa que los procesos licitatorios precedentemente individualizados agrupan distintos trabajos o servicios complementarios bajo un mismo concurso, de modo tal que en muchos casos las faenas pueden ser ejecutadas por empresas distintas y/o ser subastadas por separado.
20. Dada la diversidad de servicios involucrados, el tamaño de las obras licitadas, su tiempo de entrega y la especialización de varias de las empresas que participan en las subastas⁸, se persigue incentivar la presentación de un mayor número de propuestas mediante la disminución de los costos de preparación de las mismas⁹.
21. Asimismo, este tipo de diseño de licitaciones permite agrupar potenciales competidores a fin de adjudicar a aquellos de mayor tamaño e impulsar la subcontratación¹⁰. De acuerdo con las bases de los procesos licitatorios reseñados en el acápite precedente, la subcontratación parcial de la ejecución de las obras es permitida por el SERVIU, sin perjuicio de la responsabilidad del adjudicatario respecto al íntegro cumplimiento del servicio contratado, conforme lo dispuesto en el artículo 15° de la ley 19.886.
22. Según antecedentes aportados a esta Fiscalía, la subcontratación sería común en este tipo de licitaciones, puesto que muchas veces el desarrollo de los trabajos ejecutados requiere una mayor capacidad productiva o de la intervención de rubros o servicios conexos¹¹.

⁸ A mayor relevancia o ponderación otorgada a la experiencia previa en el puntaje final de postulación, mayores son las probabilidades de adjudicación para empresas de tamaño superior. Esto último se justificaría por parte de la entidad licitante para tratar de asegurar que la obra licitada se lleve a término.

⁹ Véase OCDE "*Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas*", febrero 2009.

¹⁰ Véase Robert W. Hall, "*Estrategias modernas de fabricación*", 1988, pág. 214.

¹¹ En tal sentido declararon [REDACTED] representante legal de Fabricaciones Mecánicas Limitada con fecha 2 de febrero de 2017, [REDACTED] Jefe de Departamento de Estudio de Propuestas de NADIC el 10 de febrero de 2017, [REDACTED] Gerente General de Psicoingeniería el 14 de febrero 2017 y [REDACTED] Gerente de Operaciones de Titán Industrias Tecnológicas el 22 de febrero de 2017.

23. Al respecto, cabe señalar que, según la experiencia nacional y comparada en la materia, resulta plausible que la subcontratación de faenas pueda ser instrumentalizada en el marco de una conducta concertada anticompetitiva¹², sea como método de reparto del sobreprecio obtenido entre competidores o bien como compensación a un agente económico por abstenerse de competir¹³.
24. Sin embargo, por sí misma, dicha figura contractual no resulta necesariamente indiciaria de una infracción al DL 211; es más, en muchas ocasiones se encuentra asociada a mayor capacidad productiva y a una mejora de la estrategia competitiva de las empresas¹⁴.
25. En relación a las licitaciones en análisis, solo en tres de ellas habría existido subcontratación de una de las empresas denunciadas¹⁵. En todos los casos, dicha figura contractual aparece relacionada con su mayor experiencia o especialidad en la ejecución de las tareas específicas que fueron encomendadas respectivamente a dicho agente económico, sin que existan indicios de que ello obedezca a una coordinación anticompetitiva.

¹² Véase Stefan Weishaar "Cartels, Competition and Public Procurement, Law and Economic Approaches to Bid Rigging", 2013, p. 93-94; Felipe Serrano-Pinilla, "El derecho de la competencia como mecanismo para garantizar rivalidad en las licitaciones públicas e impulsar el crecimiento económico", 19 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 2011, p. 160; Cyril Ritter "Joint tendering under EU competition law", 2017, disponible en <https://ssrn.com/abstract=2909572> [Última visita el 30 de abril de 2019]; United States Department of Justice, "Preventing and detecting bid rigging, price fixing, and market allocation in post-disaster rebuilding projects", 2015, disponible en <https://www.justice.gov/atr/preventing-and-detecting-bid-rigging-price-fixing-and-market-allocation-post-disaster-rebuilding> [Última visita el 30 de abril de 2019].

¹³ Véase OCDE "Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas", febrero de 2009; y OCDE, "Recomendación del Consejo de la OCDE para combatir la colusión en la contratación pública", julio de 2012.

¹⁴ Véase Elena Marín Albarrán "La subcontratación y la contratación pública: algunas consideraciones sobre la evolución normativa reciente y su contexto", 2013, p. 468, Disponible en <https://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/33/73/17marin.pdf> [Última visita el 30 de abril de 2019] (la autora sostiene que el fenómeno de la subcontratación tiene como fundamento último la especialización de las labores productivas, particularmente en caso de prestaciones complejas, al tiempo que contribuye a facilitar el acceso a los mercados a las empresas de menor tamaño); "Subcontracting and the Performance of Small and Medium Firms in Japan", World Bank Institute, 2001 (el texto analiza los fundamentos teóricos de la subcontratación, dentro de los cuales se incluyen la reducción de costos de transacción, el incentivo a relaciones de coordinación de largo plazo entre firmas aguas arriba y aguas abajo y la distribución de riesgos); y Esteban Fernández Sánchez "La obtención de ventajas competitivas a través de la subcontratación", en Revista Asturiana de Economía, ISSN 1134-8291, N.º. 2, 1995, pág. 149 y ss. (donde se destaca que "algunas empresas deciden adquirir en el exterior una parte de sus componentes, ya que incrementan sus ventajas competitivas si se concentran en la fabricación de componentes estratégicos del producto, subcontratando el resto de actividades que, o no las dominan, o sencillamente las trasladan al exterior con el objeto de hacer menos compleja la gestión y más flexible la empresa").

¹⁵ Licitaciones ID 48-199-LP14, ID 48-200-LP14 e ID 48-234-LP13.

26. En efecto, en las licitaciones ID 48-199-LP14 e ID 48-200-LP14, para el servicio de mantenimiento y demarcación de calles, resultó adjudicataria la empresa Novoser, la que habría subcontratado a Psicoingeniería para la ejecución de parte de las obras licitadas, tareas para las cuales contaba con mayor experiencia¹⁶.
27. Por otra parte, en la licitación ID 48-234-LP13 la empresa adjudicataria Fabricaciones Mecánicas subcontrató a Psicoingeniería para la realización de ciertas tareas puntuales y complementarias a las que ella podía hacer de la obra. En efecto, Psicoingeniería realizó la instalación de piezas en los paraderos del Transantiago dado que la especialidad de Fabricaciones Mecánicas es la elaboración de las mismas¹⁷.
28. En suma, la existencia de subcontratación en las licitaciones mencionadas aparece relacionada con la mayor experiencia o especialidad en la ejecución de las tareas específicas que fueron encomendadas respectivamente a las empresas subcontratadas.
29. Finalmente, en relación a la supuesta falsedad de ciertos certificados de experiencia mencionados en la denuncia, los antecedentes recabados por esta Fiscalía dan cuenta que las obras en ellas aludidas habrían sido efectivamente realizadas¹⁸.
30. En efecto, aún en el caso de la licitación pública ID 48-146-LQ15, en el que el certificado de experiencia fue impugnado y considerado nulo por SERVIU¹⁹, readjudicándose la licitación, los antecedentes son contestes en que los

¹⁶ Véase declaración de [REDACTED] del 14 de febrero de 2017.

¹⁷ Véase declaración de [REDACTED] de fecha 2 de febrero de 2017 y de [REDACTED] del 14 de febrero de 2017.

¹⁸ Véanse declaraciones de [REDACTED] de fecha 2 de febrero de 2017, de [REDACTED] de 14 de febrero de 2017 y de [REDACTED] del 10 de febrero de 2017.

¹⁹ Para efectos de analizar el hecho denunciado, el SERVIU se contactó con NADIC con el fin de requerir información respecto de los certificados de obra emitidos a favor de Psicoingeniería. Mediante correo electrónico de 19 de abril de 2016, NADIC dio respuesta al SERVIU declarando que: "El señor [REDACTED] NO se encuentra autorizado a emitir certificados de correcta ejecución de obras a nombre de Navarrete y Díaz Cumsille Ingenieros Civiles S.A.". En atención a lo anterior, el acto de adjudicación fue invalidado por ese Servicio y la licitación readjudicada al segundo mayor puntaje, correspondiente a la empresa Titán.

trabajos en él expuestos efectivamente fueron realizados en la época señalada en el documento²⁰.

31. Con todo, cabe consignar que la eventual falsedad de los certificados tampoco resultaría, de suyo, necesariamente indiciaria de alguna contravención al DL 211 en ausencia de otros antecedentes.

III. CONCLUSIONES

32. La presentación del SERVIU, remitida a este Servicio por la Contraloría General de la República, da cuenta de posibles irregularidades en una serie de procesos licitatorios para la mantención de paraderos del transporte público y demarcación de calles que fueron adjudicados entre los años 2013 y 2016.
33. Sin embargo, como se ha expuesto precedentemente, la existencia de subcontratación de faenas no resulta indiciaria de una presunta colusión en el presente caso, ni se pudo constatar la supuesta falsedad de los certificados de experiencia presentados a SERVIU por las entidades denunciadas.
34. En atención a lo anterior, y sin perjuicio de la facultad de este Servicio de velar permanentemente por la libre competencia en licitaciones públicas, recomendamos al Sr. Fiscal, salvo su mejor parecer, archivar la denuncia, puesto que no se han aportado antecedentes que den cuenta de conductas concretas que puedan infringir la libre competencia.

Saluda atentamente a usted,


JUAN CORREA SERRANO
JEFE UNIDAD ANTI-CARTELES


RGV/ERT

²⁰ Véase declaración de [REDACTED] del 10 de febrero de 2017 y declaración de [REDACTED] del 14 de febrero de 2017.