

ANT.: Denuncia Reservada Rol
N°2536-19 FNE.

MAT.: Minuta de archivo.

Santiago, 16 AGO. 2019

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

DE : JEFE DIVISION ANTI-CARTELES

Por medio de la presente, informo al señor Fiscal acerca de la denuncia del Antecedente, recomendando su archivo, en virtud de las razones que se exponen a continuación:

I. ANTECEDENTES

a. Denuncia

1. Con fecha 31 de enero de 2019, [REDACTED], denunció ante esta Fiscalía Nacional Económica ("FNE" o "Fiscalía") una eventual colusión en la licitación pública N°697-47-LE18, convocada para la contratación del servicio de pintura exterior y reparación de cornisas del edificio central del Instituto ("Licitación").
2. En la denuncia ("Denuncia") se señala que las ofertas de los dos participantes en esta Licitación, la empresa Enersa Chile Ltda. ("Enersa") y el Sr. Omar Leonel Sánchez Aguilar, serían idénticas en los ítems precio y garantía, lo que daría cuenta de eventuales actos contrarios a la libre competencia.
3. Según lo dispuesto en el inciso primero del artículo 41 del Decreto Ley N° 211 ("DL 211") y el párrafo 24 del Instructivo Interno para el Desarrollo de las

Investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica¹ (“**Instructivo**”), “*Toda Denuncia estará sujeta a un examen de admisibilidad con el propósito de determinar si corresponde investigar o bien, desestimar la misma*”. Dicho examen debe basarse en el mérito de los antecedentes tenidos a la vista y la aptitud de los hechos denunciados para impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o tender a producir dichos efectos, al tenor del artículo 3° incisos primero y segundo letra a) del DL 211.

4. El análisis de admisibilidad de la Denuncia ha comprendido, entre otros, la revisión y análisis de la siguiente información: (i) Datos disponibles en Mercado Público relativos a la Licitación; (ii) Antecedentes aportados por el INACH; (iii) Declaraciones ante la Fiscalía [REDACTED] y, (iv) Declaración del adjudicatario en la Licitación.
5. A juicio de esta División, los antecedentes recabados y analizados durante el período de admisibilidad no son suficientes para instruir una investigación por una supuesta infracción al artículo 3° incisos primero y segundo letra a) del DL 211, por lo que se recomienda desestimar la Denuncia y archivar los antecedentes, por las razones que se pasan a exponer.

b. Antecedentes de la Licitación

6. El Instituto es un organismo estatal dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores, cuya sede se encuentra en la ciudad de Punta Arenas, responsable de coordinar, planificar y ejecutar todas las actividades que se desarrollen en el Territorio Chileno Antártico².
7. En el contexto de la preservación del edificio que alberga al Instituto, en octubre del año 2018 se publicó el llamado a una licitación para la pintura de

¹ *Fiscalía Nacional Económica* [En línea] [Fecha de consulta: 15 de julio de 2019]. Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Instr_investigaciones_2013-1.pdf>

² Conforme lo establece el Estatuto Orgánico del INACH. [Fecha de consulta: 15 de julio de 2019]. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=138642>

su exterior y reparación de las cornisas del edificio central, para lo cual se estableció un presupuesto de \$25.000.000, IVA incluido.

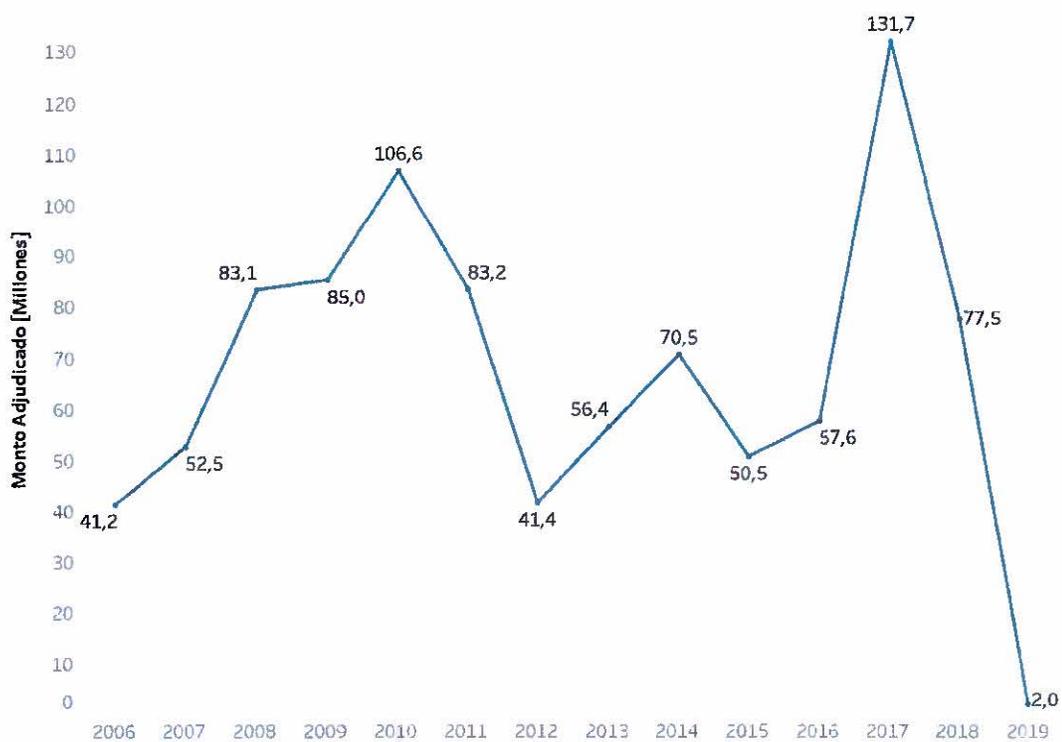
8. Para esta convocatoria fueron dos las ofertas que se presentaron, correspondientes a la empresa Enersa y al Sr. Omar Leonel Sánchez Aguilar (como persona natural), siendo adjudicada a este último en virtud de la evaluación de su experiencia en el rubro³.

II. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA DENUNCIADA

9. En primer término, se procedió a analizar los datos disponibles en Mercado Público relativos a la Licitación y a otros procesos anteriores que pudieran ser relevantes para la Denuncia.
10. En este sentido, cabe mencionar que la Licitación corresponde a la categoría principal de "Servicios de Construcción y Mantenimiento", en la subcategoría de "Pintura y colocación de papel pintado (empapelado)".
11. Según información pública sobre las licitaciones publicadas entre el 1 de enero del año 2006 y el 31 de mayo del año 2019 en la XII región en la categoría principal, se observa que existe un total de 6.752 licitaciones, de las cuales solamente 354 corresponden a la subcategoría de "Pintura y colocación de papel pintado (empapelado)".
12. De estas 354 licitaciones, fueron 326 las ofertas adjudicadas, reportando un monto total adjudicado de \$939.000.000, cuya distribución en el tiempo es como se muestra en el siguiente gráfico:

³ Las bases de esta Licitación indicaban que la ponderación de los factores técnicos se haría de la siguiente manera: precio-45%, plazo de entrega-20%, experiencia-15%, garantía-10%, cumplimiento de requisitos formales-10%. Bases disponibles en: <http://www.mercadopublico.cl/Procurement/Modules/Attachment/ViewAttachment.aspx?enc=lmkCFoRgdVKQrestLCzAA9bEO9eD%2fUGtitT%2bRvKlkggfhYIfdQpKT%2bkhD34tgtGgAuZ4H9bAPDONn%2fR195TrUHRbqLwCCyt0flklgvIWHbLlrJdhYe5YDQcVoqWEswRhZ4%2f2%2fMzWXyzRSXsv3PXn6JALa0cj5lGBtMSkk3eJudlfJxltosNBy2CwfoL9gYKpnjFEDxOcyLyS34%2b9l3Sya4l6QN271f2DhdWk8TD89BXrk4OPN89d9qhO8kiEmBO8ciTj0OFXWM2TguwHcHE3w9Cq0rmxNWIHPie4FK0mcz7bi4LhJjHmKE%2bkk7r%2fIS> [Fecha de consulta: 15 de julio de 2019].

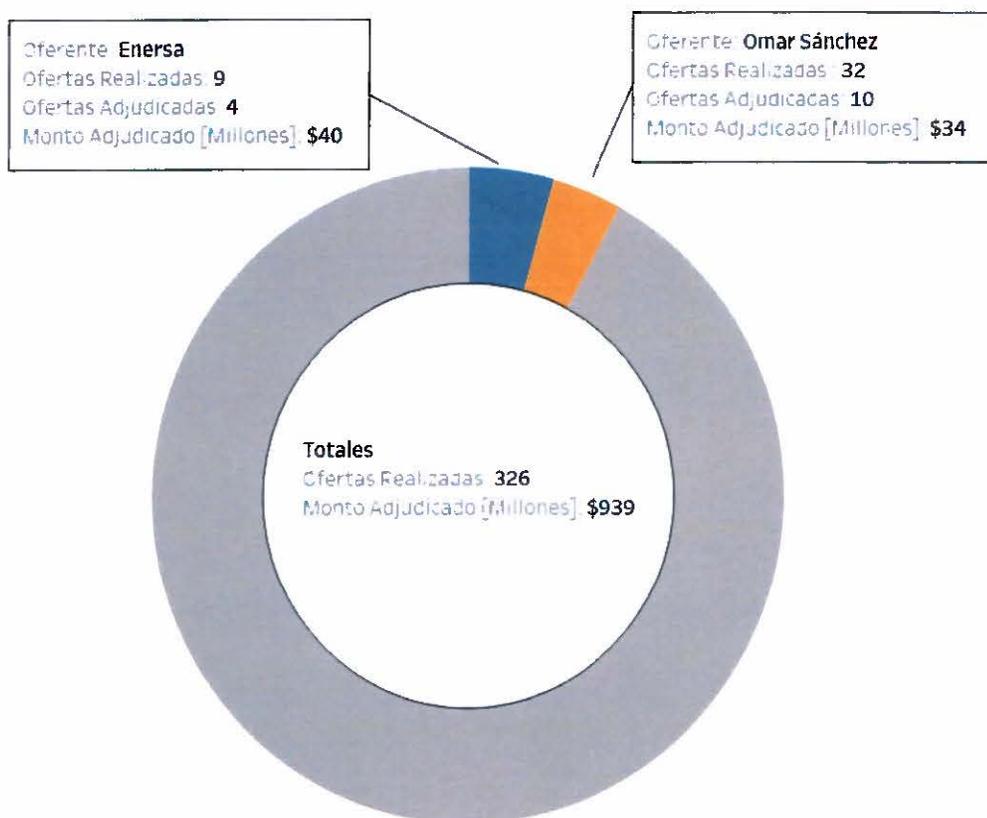
Gráfico N°1
Distribución temporal de los montos adjudicados



Fuente: Elaboración propia a partir de información obtenida desde Mercado Público.

13. En cuanto a las participaciones de cada empresa denunciada en esta subcategoría, las ofertas realizadas y adjudicadas por cada una se muestran en el siguiente gráfico:

Gráfico N°2
Participaciones de empresas denunciadas en la subcategoría



Fuente: Elaboración propia a partir de información obtenida desde Mercado Público.

14. Por otro lado, en el intervalo de tiempo analizado, se observa que los oferentes han participado en los mismos procesos licitatorios en cuatro ocasiones, tres en el año 2014 y una en el año 2018, (correspondiente a la Licitación). De las licitaciones previas a aquella que es objeto de la Denuncia, el Sr. Omar Sánchez se adjudicó una sola en el año 2014 (ID N° 2183-21-LE14), mientras que Enersa no se adjudicó ninguna. El detalle de lo anterior se muestra en la siguiente tabla:

Tabla N° 1

Detalle de las licitaciones en que ambos oferentes coinciden

Licitación	Institución	Fecha de Publicación	Fecha de Cierre	Fecha de Adjudicación
------------	-------------	-------------------------	--------------------	--------------------------

1805-3-LE14	JUNAEB	16-04-2014	02-05-2014	13-05-2014
2183-21-LE14	Corp. Administrativa del Poder Judicial	31-07-2014	11-08-2014	18-08-2014
5382-1-L114	Universidad de Magallanes	02-01-2014	08-01-2014	15-01-2014
697-47-LE18	Instituto Antártico Chileno	04-10-2018	17-10-2018	04-12-2018

Fuente: Elaboración propia a partir de información obtenida desde Mercado Público.

15. Como se puede notar, si bien ha existido traslape entre los dos oferentes denunciados en licitaciones anteriores, esta se reduce a cuatro ocasiones, de las cuales el Sr. Omar Sánchez ha sido el único que ha logrado alguna adjudicación. Este análisis permitiría, en principio, descartar la existencia de una coordinación mantenida en el tiempo destinada a afectar el resultado de licitaciones públicas por este tipo de servicios.
16. Por otro lado, en cuanto a la supuesta coincidencia en el plazo de garantía de los trabajos presentados por ambos oferentes a la Licitación, del análisis del anexo correspondiente para cada empresa se observa que ello no es efectivo, pues la empresa Enersa presentó una garantía por 7 meses y el Sr. Omar Sánchez ofertó 6 meses en ese mismo ítem⁴.
17. Finalmente, en cuanto a la identidad en los precios presentados por los postulantes en la Licitación, esta División comprobó que efectivamente ambos presentaron una oferta económica ascendiente a \$18.950.000 netos de IVA.
18. Sobre el particular, sin embargo, considerada esta circunstancia en conjunto con los demás hechos recabados en el análisis de la Denuncia, se estima que no existen antecedentes suficientes que evidencien que la Licitación haya sido objeto de una concertación entre las partes oferentes para designar

⁴ Diferencia que, sin embargo, no habría influido en la evaluación del puntaje de las ofertas.

de consuno al ganador, con el objeto de repartir entre sí las ganancias del cartel⁵.

19. En efecto, si el objetivo fuese afectar el resultado de la Licitación por la vía de designar la adjudicación a uno de los dos únicos oferentes, carecería de racionalidad que estos presenten precios idénticos en sus ofertas, pues ello no permitiría la asignación a aquel participante designado por el cartel. Además, dicha estrategia sería detectada inmediatamente por la entidad licitante y eventualmente reportada a la autoridad competente como una posible coordinación (como aconteció en la especie, al detectarse la identidad de las ofertas en este ítem).
20. A mayor abundamiento, según se ha mencionado en el acápite precedente, la identidad de los precios tuvo como consecuencia que la adjudicación se haya decidido en base a la experiencia previa de cada uno de ellos en el rubro objeto de la Licitación, aspecto que correspondía a apenas el 15% de la ponderación total para la adjudicación. La eventualidad de que haya existido coordinación para la presentación de antecedentes de obras previas resulta poco probable, considerando que la entidad licitante contaba con discrecionalidad para determinar aquellas obras anteriores que serían consideradas para evaluar el puntaje que se otorgaría a cada oferente.
21. En efecto, a ambos participantes les fueron consideradas tan solo una fracción de las experiencias previas señaladas en sus respectivas postulaciones, y ninguno de ellos obtuvo el puntaje máximo en dicho factor técnico⁶.

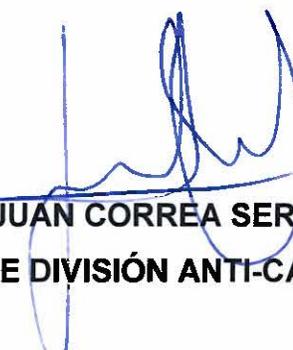
III. CONCLUSIÓN

⁵ Weishaar, Stefan. *Cartels, Competition and Public Procurement*. Edward Elgar Publishing Limited. Cheltenham, 2013. Un ejemplo de acuerdo colusorio para asignar al ganador en licitaciones públicas a través de los precios en Sentencia 165/2018 del Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, véase especialmente considerando Centésimo segundo.

⁶ En el caso de Omar Leonel Sánchez Aguilar, éste presentó 18 documentos para acreditar su experiencia, de los cuales solo 6 fueron considerados relevantes para computar su puntaje de evaluación, mientras que Enersa presentó 7 documentos, de los cuales solo 3 se tomaron en cuenta para los mismos efectos, derivando en que Omar Sánchez obtuviese un 10% y Enersa un 5% de la puntuación este ítem, de un total de 15% en disputa.

22. A partir del análisis realizado por esta División, no es posible concluir la existencia de elementos o indicios que revelen un actuar coordinado por parte de los participantes de la licitación pública N°697-47-LE18, en los términos del artículo 3° inciso segundo letra a) del DL 211, que justifiquen la apertura de una investigación.
23. Conforme lo anterior, se recomienda declarar inadmisibile la presente Denuncia, sin perjuicio de la facultad de la Fiscalía Nacional Económica de velar permanentemente por la libre competencia en este mercado y de la posibilidad de analizar la apertura de una investigación en caso de contar con nuevos antecedentes que así lo ameriten.

Saluda atentamente a usted,


JUAN CORREA SERRANO
JEFE DIVISIÓN ANTI-CARTELES

MGM/MPD