

ANT.: Denuncia Rol N° 2374-16 FNE.

MAT.: Minuta de inadmisibilidad.

Santiago, 14 ABR. 2016

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

DE : JEFE UNIDAD ANTI-CARTELES (S)

Por medio de la presente, esta Unidad informa a Ud. acerca de la denuncia del Antecedente, recomendando su archivo, en virtud de las razones que se exponen a continuación:

I. ANTECEDENTES

1. El día 5 de enero de 2016 se denunció¹ ante la Fiscalía Nacional Económica (en adelante también "FNE" o "Fiscalía") una eventual colusión² en la licitación pública ID 2239-22-LR15, sobre Convenio Marco de neumáticos, lubricantes, accesorios para vehículos y servicios complementarios (en adelante la "Licitación") convocada por la Dirección de Compras y Contratación Pública (en adelante "Chilecompra")³.
2. La denuncia informa que, en la etapa de preguntas y respuestas de la Licitación, un potencial oferente habría propuesto a sus competidores subir el precio "un 80% más del valor de mercado y todos tendremos la posibilidad de adjudicar (...)".

Imagen N°1:
Pregunta de proveedores N° 52 de licitación ID 2239-22-LR15

52	15-12-2015 00:37:44	Atención proveedores este es un mensaje el cual en quedar todos adjudicados deberemos ponernos de acuerdo y subir el precio un 80% más del valor de mercado y todos tendremos la posibilidad de adjudicar dado que el otro 20% es casi imposible de obtener, contrato con discapacidad de 6 meses de antigüedad	Responder ▾
----	---------------------	---	-------------

Fuente: Chilecompra

¹Ver punto 1 del Anexo Confidencial.

² Conducta atentatoria contra la libre competencia descrita en la letra a) del artículo 3° del Decreto con Fuerza de Ley N°1 del Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973 (en adelante "DL 211")

³El artículo 30, letra d), de la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios faculta a Chilecompra a suscribir Convenios Marco, los que constituyen un procedimiento de contratación mediante licitación para procurar a los Órganos del Estado el suministro directo de bienes y servicios. Dichos bienes y servicios, una vez licitados y adjudicados por Chilecompra, están disponibles en línea en el "catálogo electrónico" de la "Tienda ChileCompra Express". En línea: <https://www.mercadopublico.cl/Home/Contenidos/Tienda>.

3. La propuesta recién descrita estuvo publicada en la página de internet www.mercadopublico.cl⁴, específicamente en el portal de preguntas y respuestas asociado a la Licitación, durante casi 16 horas⁵, hasta que fue eliminada por Chilecompra en razón de su contenido.
4. El 21 de enero de 2016 terminó la etapa de recepción de ofertas, con la participación de un total de 326 proveedores para uno o más de los 4.015 productos solicitados. El autor de la propuesta denunciada no se presentó a la Licitación⁶.

II. ANÁLISIS DE LA DENUNCIA

5. Según lo dispuesto en el inciso primero del artículo 39 del DL 211 y el párrafo 28 del Instructivo Interno para el Desarrollo de las Investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica⁷, al determinar si abrir una investigación o desestimar la denuncia debe estarse al 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 inciso primero y su letra a), del DL 211.
6. A efectos de establecer lo anterior, se revisó: (i) los datos disponibles en www.mercadopublico.cl referidos al proceso de licitación ID 2239-16-LP11⁸⁻⁹, respecto del Convenio Marco actualmente vigente para la provisión de neumáticos, accesorios para vehículos y servicios asociados (la "Licitación Anterior") y la Licitación ID 2239-22-LR15, cuyo objeto es licitar nuevamente dichos servicios, y; (ii) distintas bases de datos entregadas por Chilecompra relacionadas a dichos procesos de licitación.

⁴ La página web www.mercadopublico.cl es el sistema de acceso público que mantiene disponible la Dirección de Compras y Contratación Pública según lo dispuesto en la Ley N° 19.886 y su Reglamento.

⁵ Entre las 00:37 horas del día 15 de diciembre de 2015 hasta las 16:14 horas del mismo día,

⁶ Ver punto 2 Anexo Confidencial.

⁷ En línea: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/05/Instr._investigaciones_2013.pdf [Última visita el 14 de abril de 2016]

⁸ Actualmente se encuentra vigente el Convenio Marco "Neumáticos, accesorios para vehículos y servicios asociados" ID N° 2239-16-LP11, adjudicado mediante la Resolución N° 55 del año 2012. Dicho Convenio estará vigente hasta el 26 de abril de 2016, por lo que Chilecompra, con el fin de mantener vigente el suministro de estos servicios a los distintos Órganos del Estado, se encuentra actualmente realizando el proceso de licitación ID 2239-22-LR15 aquí analizado.

⁹ Desde la entrada en vigencia del actual Convenio Marco hasta fines del año 2015 se han transado US\$50.478.554.

7. Al respecto, no se apreciaron en dichos antecedentes indicios que permitan inferir que la propuesta denunciada haya afectado o tendido a afectar el resultado de la Licitación, según se expone a continuación.

A. MERCADO RELEVANTE Y BARRERAS A LA ENTRADA

8. Esta Fiscalía entiende por mercado relevante *"el de un producto o grupo de productos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado"*¹⁰.
9. Por su parte, la jurisprudencia nacional señala que, tratándose del análisis de licitaciones individuales, el mercado relevante se encuentra definido por el objeto o derecho que se pretende adjudicar mediante dicho proceso de licitación. En efecto, H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), ha señalado:

*Que, a mayor abundamiento, este Tribunal comparte el criterio de definición de mercado relevante que, en materia de licitaciones públicas como las de la especie, ha definido la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), citado por la FNE en su requerimiento y a fojas 2230, en el sentido que aquél viene definido por los objetos licitados en cada proceso de licitación, pues sólo con ocasión de cada proceso específico surge la posibilidad de alterar su resultado ejerciendo el poder de mercado que pueda obtenerse mediante un acuerdo colusorio celebrado al efecto*¹¹

10. En el caso aquí tratado, los objetos requeridos en la Licitación se encuentran clasificados dentro de tres "sub-categorías" de productos, cada una compuesta de distintas variedades de neumáticos, lubricantes y accesorios para vehículos, respectivamente, los que son ofertados y adquiridos de manera independiente entre sí. Adicionalmente, se solicitan diferentes "servicios asociados" a cada una de las "sub-categorías" ya mencionadas, como por ejemplo, alineación para automóviles,

¹⁰ Guía Para el Análisis de Operaciones de Concentración, Fiscalía Nacional Económica, pág. 9. En línea: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf> [Última visita el 14 de abril de 2016].

¹¹ Sentencia N°112/2011 dictada por el Tribunal de defensa de la Libre Competencia el 22 de junio de 2011, Considerando Cuadragésimo Sexto.

balanceo de camionetas, instalación de amortiguadores, cambios de aceite e instalación de pastillas de freno¹².

11. A priori, podrían distinguirse tres mercados relevantes, cada uno compuesto por las distintas "sub-categorías" de productos y sus respectivos "servicios asociados". Sin embargo, tomando en consideración que la licitación establece que se adjudicará una única categoría de producto¹³, que parte importante de los proveedores participaron en más de una "sub-categoría", y que la propuesta objeto de la denuncia no se refiere a un producto en particular, el presente análisis de admisibilidad considerará todos los productos y servicios licitados en conjunto, para así determinar la existencia de barreras a la entrada y las características de estas Bases de la Licitación (en adelante las "Bases").
12. En cuanto al mercado relevante geográfico, el análisis de admisibilidad se hará a nivel nacional. Sin perjuicio de lo anterior, un análisis más exhaustivo podría requerir una definición geográficamente más acotada. Lo anterior, pues se podría postular a la Licitación ofreciendo productos para un número determinado de regiones (considerando, por ejemplo, los de costos de transporte asociados). En razón de los hechos denunciados, tal exhaustividad no es necesaria en este análisis.
13. Definido así el mercado, no se aprecia que las Bases establezcan más barreras a la entrada que aquellas propias del mercado de los productos que se busca proveer. Es más, es posible observar algunas mejoras competitivas respecto de las bases de la Licitación Anterior.
14. En efecto, mediante distintos estudios, Chilecompra observó que, tratándose de neumáticos, lubricantes, accesorios para vehículos y servicios complementarios, existen al menos 2.348 proveedores distintos a los adjudicados en Convenio Marco en que culminó la Licitación Anterior. En virtud de lo ello, y con el objeto de aumentar el número de potenciales oferentes, Chilecompra omitió para esta Licitación el requisito de la boleta de garantía de seriedad de la oferta¹⁴.

¹² Ver punto 9.1 de las Bases de Licitación ID 2239-22-LR15.

¹³ Las Bases establecen que los proveedores adjudicados para cada uno de los productos, podrán habilitarse para ofrecer el resto de los productos licitados cumpliendo ciertos requisitos, tales como, que el precio del nuevo oferente no podrá ser superior a un 11,1% del precio mínimo adjudicado.

¹⁴ Considerando Sexto de la Resolución de 9 de noviembre de 2015 que aprueba las bases tipo de licitación para Convenio Marco de neumáticos, lubricantes, accesorios para vehículos y servicios complementarios, ID 2239-22-LR15.

15. Al respecto, se observó que el número de proveedores para esta Licitación aumentó en más de 1.000% respecto a la Licitación Anterior, pasando de 32 ofertas aceptadas y 25 proveedores adjudicados a 326 ofertas aceptadas y 280 proveedores adjudicados¹⁵.
16. Por otro lado, es posible identificar en las Bases otros factores que buscarían fomentar la competencia en el mercado, a saber¹⁶:
 - a. En la etapa de evaluación de las ofertas, el precio final es el factor más relevante, con un 80% de la ponderación, teniendo Chilecompra la facultad de evaluar dichos precios comparándolos con los "propios de las transacciones normales del negocio"¹⁷.
 - b. Respecto a los "servicios complementarios", las Bases establecen precios máximos. Estos máximos son inferiores a aquellos sugeridos por el denunciado, por lo que la conducta denunciada no sería plausible a su respecto. Adicionalmente, estos servicios sólo pueden ser adjudicados por los oferentes que, a su vez, hayan sido adjudicados en la sub categoría asociada al servicio¹⁸. En virtud de lo anterior, no se atenderá a los "servicios complementarios" en lo que resta del análisis de la conducta denunciada.
 - c. Chilecompra podrá adjudicar todos los bienes y servicios solicitados en la Licitación a todos los oferentes que hayan obtenido 80 puntos totales o más en alguna de las sub-categorías en que haya ofertado¹⁹.

B. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA DENUNCIADA

17. Como ha sostenido el TDLC, la colusión es la infracción más grave contra la libre competencia²⁰. En particular, la colusión entre competidores para afectar el

¹⁵ La adjudicación final de las ofertas se realizó el día 24 de marzo de 2016, según consta en el portal www.mercadopublico.cl [Última visita el 14 de abril de 2016].

¹⁶ Con esta enumeración, la Unidad no está señalando, en caso alguno, que con las Bases hagan imposible una conducta anticompetitiva, sino tan solo que fueron útiles para descartar que la conducta denunciada constituyera un acuerdo de aquellos sancionados en el artículo 3 a) del DL 211.

¹⁷ Chilecompra puede comparar los precios ofertados con los precios disponibles en el catálogo electrónico referido al Convenio Marco vigente, y en caso que el producto no estuviese disponible, puede solicitar un número representativo de facturas o verificar precios en el mercado. Lo anterior, según lo dispuesto en la letra D. del punto 9.2 de las Bases.

¹⁸ Según el punto 9.4 de las Bases.

¹⁹ Punto 9.4 de las Bases.

²⁰ Sentencia N° 141 dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el 4 de noviembre de 2014, considerando Octogésimo Sexto.

resultado de una licitación, o *bid rigging*, se produce cuando empresas "secretamente acuerdan elevar los precios o disminuir la calidad de los productos o servicios a ser proveídos a compradores interesados en obtener dichos productos o servicios mediante un proceso competitivo"²¹.

18. En el caso de la Licitación, del análisis de los datos proporcionados por Chilecompra, no se observan indicios de que la propuesta denunciada haya afectado o tendido a afectar la libre competencia.
19. En primer lugar, se aprecia un incremento superior al 1.000% en el número de competidores que se presentaron a la Licitación analizada, respecto del Convenio Marco anterior, como ya se mencionó *supra*.
20. En segundo lugar, al comparar las ofertas aceptadas para la Licitación con los precios vigentes en el actual Convenio Marco, no se observa un aumento que se condiga con la sugerencia de ofertar 80% por sobre el valor de mercado²², como señalaba la propuesta que motivó esta denuncia.
21. En efecto, el precio promedio de las ofertas para accesorios de vehículos y lubricantes²³⁻²⁴ disminuyó en un 16%, y sólo un 13% de dichas ofertas contempló precios superiores al 80% respecto del disponible en el catálogo electrónico. Consistente con ello, sólo un 13% de las ofertas presentadas lo hicieron con precios superiores al 80% del precio promedio vigente para cada producto particular.
22. Por su parte, tratándose de neumáticos²⁵, los datos muestran que los precios ofertados para la Licitación aumentaron en promedio un 13% respecto a los precios promedio vigentes en el catálogo electrónico del actual Convenio Marco. En particular, sólo para el 10% de los distintos tipos de neumáticos licitados se presentó

²¹ OCDE. Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement. En línea: <http://www.oecd.org/competition/guidelinesforfightingbidrigginginpublicprocurement.htm>, p. 1. [Última visita el 14 de abril de 2016] [Traducción libre]. Véase también: Policy Roundtables. Competition in Bidding Markets, 2006. En línea: <http://www.oecd.org/competition/cartels/38773965.pdf> [Última visita el 14 de abril de 2016].

²² Se entiende por "precio de mercado" al precio disponible en el catálogo electrónico del Convenio Marco actualmente vigente.

²³ El análisis se basó en el 9% de los datos de las ventas que fue posible comprar entre el Convenio Marco actualmente vigente y las ofertas presentadas a la Licitación ID 2239-22-LR15.

²⁴ En atención a las características de las Bases de datos de Chilecompra, se analizaron conjuntamente los lubricantes y los accesorios para vehículos.

²⁵ El análisis se basó en el 11% de los datos de las ventas de neumáticos que fue posible comprar entre el Convenio Marco actualmente vigente y las ofertas presentadas a la Licitación ID 2239-22-LR15.

al menos una oferta con un precio superior en un 80%. Por su parte, respecto al total de ofertas, sólo un 6% contempló para algún tipo de neumático un precio por sobre el 80% del precio promedio vigente.

Tabla N°1:
Comparación de precios productos entre Licitación ID 2239-16-LP11 y Licitación ID 2239-22-LR15²⁶.

Sub-Categoría	Productos o ítem	Representatividad (ventas convenio 2011)	Precio Ofertado 2015/ Precio Vigente (Promedio)	Productos con al menos una oferta sobre 80% (número)	Productos con al menos una oferta sobre 80% (porcentaje del total)	Importancia de las ofertas sobre 80%
NEUMÁTICOS	1047	12%	13%	102	10%	6%
ACCESORIOS VEHÍCULOS y LUBRICANTES	217	9%	16%	49	23%	13%

Fuente: Elaboración propia a partir de datos proporcionados por Chilecompra.

23. En tercer lugar, el porcentaje de proveedores que ofertó para alguno de los productos de las tres "sub-categorías" un precio sobre el 80% del precio promedio vigente, alcanzó un 21% en el caso de neumáticos y un 29% en el caso de accesorios de vehículos y lubricantes.

Tabla N°2:
Comparación de proveedores entre Licitación ID 2239-16-LP11 y Licitación ID 2239-22-LR15²⁷.

Sub-Categoría	Total Proveedores	Proveedores con al menos una oferta sobre 80% (número)	Proveedores con al menos una oferta sobre 80% (porcentaje)
NEUMÁTICOS	195	41	21%
ACCESORIOS VEHÍCULOS y LUBRICANTES	201	59	29%

Fuente: Elaboración propia a partir de datos proporcionados por Chilecompra.

24. A fin de robustecer el análisis, se repitió el ejercicio para los 10 productos más vendidos con información disponible en cada "sub-categoría", el que arrojó que el precio ofertado aumentó en promedio un 21% y un 35% para los neumáticos y los accesorios de vehículos y lubricantes más vendidos.
25. Adicionalmente, respecto de los 10 neumáticos más vendidos, no se verificaron ofertas por sobre un 80% del "precio de mercado". En el caso de los 10 accesorios de vehículos y lubricantes más vendidos, tan sólo un 14% del total de las ofertas contempló precios sobre dicho 80%.
26. En suma, de los datos examinados no es posible concluir que exista algún patrón de cumplimiento o aceptación de la propuesta denunciada. En efecto, la Licitación

²⁶ En atención a las características de la base de datos proporcionada por Chilecompra, sólo se pudieron analizar aquellos productos o servicios entre los que existía algún tipo de concordancia entre los respectivos códigos de identificación para ambos Convenios Marco.

²⁷ En atención a las características de la base de datos proporcionada por Chilecompra, sólo se pudieron analizar aquellos productos o servicios entre los que existía algún tipo de concordancia entre los respectivos códigos de identificación para ambos Convenios Marco.

evidencia i) un incremento importante del número de participantes; ii) que la variación de los precios promedio entre ambos Convenios Marcos fue evidentemente menor a aquella propuesta en la invitación denunciada; iii) un porcentaje menor del total de las ofertas presentadas aumentaron un 80% por sobre los precios vigentes, y; iv) que un bajo número de proveedores presentó al menos una oferta con un precio un 80% por sobre los vigentes.

III. CONCLUSIÓN

27. A partir de todos los antecedentes mencionados es posible concluir que la propuesta denunciada no tuvo en este caso aptitud para afectar el resultado de la Licitación ID 2239-22-LR15 o tender a producir dicho efecto.
28. Sin perjuicio de la conclusión arribada respecto a esta Licitación, es importante mencionar que la realización de propuestas o invitaciones a coludirse pueden implicar riesgos anticompetitivos, por lo que el mérito de cada una debe ser analizado caso a caso. Al respecto, esta Minuta no hace más que sostener que las particularidades del caso analizado no hacen de la invitación denunciada una particularmente riesgosa²⁸.
29. Así, de los hechos y datos expuestos en los párrafos anteriores, no se aprecian indicios que hagan necesaria la realización de mayores diligencias investigativas.
30. Por tanto, y sin perjuicio de la facultad de la Fiscalía Nacional Económica de velar permanentemente por la libre competencia, se recomienda el archivo de esta denuncia, no obstante lo cual podrán abrirse nuevas investigaciones o ejercer futuras acciones en caso de contar con nuevos antecedentes que lo ameriten.

Saluda atentamente a usted,



FRV



JUAN CORREA SERRANO
JEFE UNIDAD ANTI-CARTELES (S)

²⁸ Ver Phillip E. Areeda y Herbert Hovenkamp, Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, Aspen Publishers, Tercera edición, 2010, Volúmen VI, ¶1419e, pp., 144 y ss.