

ANT.: Denuncia Rol N° 2383-16 FNE.

MAT.: Minuta de inadmisibilidad.

Santiago, **14 JUL. 2016**

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

DE : JEFE UNIDAD ANTI-CARTELES

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 4 de abril de 2016, se denunciaron¹ ante la Fiscalía Nacional Económica (en adelante indistintamente, "**FNE**" o "**Fiscalía**") eventuales conductas atentatorias contra la libre competencia, de aquellas descritas 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, la "**Denuncia**" y el "**DL 211**" respectivamente). Dichas conductas habrían tenido lugar con ocasión de 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**").
2. En la Denuncia se señala que ciertos oferentes se habrían coordinado para presentarse a la Licitación, al menos en la subcategoría Lubricantes, con precios más elevados de los que habrían ofertado sin mediar una coordinación, manipulando los mecanismos de selección establecidos en las bases de la licitación en cuestión (en adelante, las "**Bases de Licitación**" o las "**Bases**"), logrando de este modo excluir a algunos proveedores, a pesar de estos ofrecer precios más bajos.

¹ Ver punto [1] Anexo Confidencial.

II. ANÁLISIS DE LA DENUNCIA

3. 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 Económica² (en adelante, el “**Instructivo**”), 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 incisos primero y segundo letra a) del DL 211.
4. A efectos de establecer lo anterior, se analizó la siguiente información: (i) datos disponibles en www.mercadopublico.cl relativos al proceso de Licitación; (ii) distintas bases de datos entregadas por Chilecompra relacionadas a dicho proceso; y, (iii) antecedentes aportados por el denunciante. Además, prestaron declaraciones ante esta Fiscalía algunos proveedores participantes de la Licitación³.
5. Los antecedentes recabados y analizados por esta Fiscalía no muestran indicios respecto a la existencia de conductas que pudieran constituir una infracción al DL 211, por las razones que se pasan a exponer.

A. ANTECEDENTES LICITACIÓN

6. La Licitación tiene por fin permitir a los oferentes adjudicados suscribir un convenio marco de 48 meses de vigencia (en adelante, el “**Convenio Marco**”), en virtud del cual los proveedores pueden ofrecer los productos licitados a través de un catálogo electrónico (en adelante, el “**Catálogo**”) que debe ser consultado de modo

² En línea: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/05/Instr_investigaciones_2013.pdf [Última visita el 7 de julio de 2016].

³ Ver punto [2] de Anexo Confidencial.

preferente por las entidades de la Administración Pública al adquirir bienes o servicios⁴⁻⁵.

7. La Licitación considera una categoría única de bienes, compuesta por 3 subcategorías: Neumáticos, Lubricantes y Accesorios de Vehículos. Esta categoría única comprende un total de 4.015 productos diferentes.
8. Chilecompra adjudica la categoría única de bienes a todos los oferentes que hayan obtenido un total de 80 puntos o más en, al menos, un producto de cualquier sub categoría⁶. En consecuencia, un oferente que resulte adjudicado en cualquier producto puede, una vez que entre en vigencia el Convenio Marco, ofertar a través del Catálogo todos los productos contemplados en la Licitación, sin importar si estos fueron ofertados en la misma o si obtuvieron el puntaje necesario para ser adjudicados⁷.
9. Con el fin de desestimar ofertas erróneas, antes de asignar el puntaje a cada licitante por cada producto ofertado, Chilecompra aplica lo que se denomina en las Bases como "Intervalo de Confianza"⁸. A grandes rasgos, a través del uso de una fórmula predeterminada en las Bases, se desestiman automáticamente las ofertas que están muy por debajo del promedio o muy por encima de este, bajo el supuesto que estas

⁴ De conformidad al artículo 2 N°14 del Decreto N° 250, que establece el Reglamento sobre la Ley 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (el "Reglamento" y la "Ley de Compras", respectivamente), se entiende por Convenio Marco un "procedimiento de contratación realizado por la Dirección de Compras, para procurar el suministro directo de bienes y/o servicios a las Entidades, en la forma, plazo y demás condiciones establecidas en dicho convenio". De acuerdo a lo establecido en el portal de Mercado Público, "los Convenios Marco son una modalidad de compra de bienes y servicios a través de un catálogo electrónico o tienda virtual y constituyen la primera opción de compra de los organismos públicos. Cada convenio marco se asocia a uno o varios rubros o industrias y se incluye en el catálogo a través de una licitación pública que efectúa la Dirección ChileCompra. Los proveedores que resultan adjudicados pasan a formar parte del catálogo electrónico ChileCompra Express, pudiendo ofrecer sus productos en esta tienda electrónica. Cada entidad pública debe consultar si el producto o servicio que desea adquirir se encuentra en la tienda, antes de llamar a una licitación pública o privada o efectuar un trato directo". En línea: <https://www.mercadopublico.cl/Home/Contenidos/QueEsCM> [Última visita el 7 de julio de 2016].

⁵ De acuerdo a lo establecido en el artículo 30 letra d) de la Ley de Compras, los organismos públicos: "estarán obligados a comprar bajo ese convenio, relacionándose directamente con el contratista adjudicado por la Dirección, salvo que, por su propia cuenta obtengan directamente condiciones más ventajosas.". Asimismo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 14 del Reglamento, "cada Entidad estará obligada a consultar el Catálogo antes de proceder a llamar a una Licitación Pública, Licitación Privada o Trato o Contratación Directa. Si el Catálogo contiene el bien y/o servicio requerido, la Entidad deberá adquirirlo emitiendo directamente al Contratista respectivo una orden de compra, salvo que obtenga directamente condiciones más ventajosas en los términos referidos en el artículo 15 del presente Reglamento."

⁶ De acuerdo a lo establecido en el numeral 4 del punto 9.2 de las Bases, la evaluación de las ofertas se realiza considerando los siguientes criterios y ponderadores: a) cobertura: 10%; b) sostenibilidad: 5%; cumplimiento de requisitos formales: 5%; y, d) precio final: 80%.

⁷ Puntos 9.4 y 10.9 de las Bases.

⁸ Paso 1, letra D del punto 9.2 de las Bases.

ofertas “extremas” deben constituir errores por parte de las empresas licitantes que las formularon.

10. De acuerdo a la Denuncia, los denunciados aprovecharían este mecanismo de selección para que los precios competitivos figuren como valores extremos al ser comparados con los precios más elevados de las empresas supuestamente coludidas.
11. La Licitación fue adjudicada con fecha 4 de marzo de 2016⁹ a 283 de los 326 proveedores que se presentaron a la misma.

B. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA DENUNCIADA

12. Como ha sostenido el TDLC, la colusión es la infracción más grave contra la libre competencia¹⁰. En particular, la colusión entre competidores para afectar el resultado de una licitación, o *bid rigging*, se produce cuando empresas “*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*”¹¹.
13. Asimismo, de acuerdo a lo establecido en el Instructivo, la FNE podrá no dar inicio a una investigación cuando no existieren antecedentes suficientes para realizar diligencias que permitan reunir la pertinente evidencia, con el fin de esclarecer lo expuesto en la denuncia¹².
14. En el caso en estudio, no existen antecedentes que sugieran la existencia de la conducta anticompetitiva denunciada. Tampoco, en base a los mismos, es posible realizar diligencias que ayuden a obtener evidencia adicional.
15. Sin perjuicio de lo anterior, si se analiza la conducta denunciada, es posible establecer adicionalmente, que: (i) existe un elevado número de competidores en el

⁹ Mediante Resolución N°11 de Chilecompra, la que fue modificada por Resolución N°15, de fecha 29 de abril del mismo año.

¹⁰ Sentencia N° 141 dictada por el TDLC el 4 de noviembre de 2014, considerando Octogésimo Sexto.

¹¹ OCDE. Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement. En línea: <http://www.oecd.org/competition/guidelinesforfightingbidrigginginpublicprocurement.htm>, p. 1. [Última visita el 7 de julio 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 7 de julio de 2016].

¹² Letra d) del punto 28 del Instructivo.

mercado, lo que dificulta la existencia de un acuerdo entre competidores; (ii) existen razones distintas de un acuerdo anticompetitivo podrían explicar ofertas elevadas en el contexto de una licitación de convenio marco, incluido el diseño de las Bases de licitación; y, (iii) las Bases y la Ley de Compras contemplan mecanismos que instan a la existencia de precios competitivos durante la ejecución del Convenio Marco.

16. En consecuencia, de acuerdo 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, esta Unidad considera que no existen antecedentes que justifiquen el inicio de una investigación.

(i) Elevado número de competidores

17. En virtud de las características especiales de los convenios marco, resulta importante determinar los diferentes momentos en que debiera o podría existir competencia entre los proveedores.
18. Así, es posible distinguir dos instancias de competencia. La primera, al momento de postular a la Licitación, con el fin de adjudicar el derecho a ofrecer productos a través del Catálogo y, la segunda, al ofrecer a los organismos del Estado los productos contemplados en el Convenio a través del Catálogo.
19. Dado que la supuesta conducta anticompetitiva se habría materializado en la primera instancia, el análisis de la conducta denunciada se realizará considerando principalmente dicho contexto.
20. El H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, "TDLC") ha señalado 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:

"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*¹³.

21. En el caso que motiva nuestro análisis, el objeto licitado corresponde al derecho a ofertar en el Catálogo los productos de la categoría "Neumáticos, Lubricantes, Accesorios para Vehículos y Servicios Complementarios"¹⁴.
22. Dado que el Convenio Marco resulta adjudicado a cualquier oferente que obtenga, en al menos un producto de cualquier subcategoría, el puntaje mínimo establecido en las Bases, los competidores para la licitación del Convenio Marco son todos los oferentes que se presentaron a la Licitación. Como se puede observar en el Cuadro N°1, estos ascienden a 326, de los cuales, 283 resultaron adjudicados.

Cuadro N°1: Competidores en la Licitación

	Número de sociedades distintas
Oferentes	326
Adjudicadas	283

23. Sin perjuicio de lo anterior, en virtud a que la denuncia se refiere especialmente a la sub-categoría Lubricantes, incluso si limitamos los competidores a quienes participan en la Licitación ofreciendo estos productos¹⁵, se puede apreciar en el Cuadro N°2 una gran cantidad de oferentes.

Cuadro N°2: Competidores que ofertaron lubricantes¹⁶

	Número de sociedades distintas
Oferentes con al menos un producto de lubricantes	265
Adjudicadas con al menos un producto de lubricantes	214
Oferentes con más de 10 productos de lubricantes	91
Adjudicadas con más de 10 productos de lubricantes	73

¹³ Sentencia N°112/2011 dictada por el TDLC el 22 de junio de 2011, considerando Cuadragésimo Sexto.

¹⁴ A diferencia de las licitaciones en que se licita directamente la compra de un producto.

¹⁵ Dado que podría esperarse que solo los agentes que realizaron ofertas para los productos de la subcategoría Lubricantes decidan vender dicho tipo de productos durante la vigencia del Convenio, ya sea por capacidad técnica o decisión comercial.

¹⁶ La tabla presentada en el Cuadro Número 2 detalla el número de sociedades que hicieron ofertas para productos de la subcategoría lubricantes y cuantas de estas resultaron adjudicadas.

24. En consecuencia, según se adelantó, cualquiera sea la definición del mercado relevante, se observa un elevado número de competidores, lo que implicaría altos costos de coordinación y elevados incentivos al desvío de un supuesto acuerdo colusivo.
25. Adicionalmente, existen en el territorio nacional al menos 2.348 empresas que comercializan los productos contenidos en el Convenio Marco¹⁷ y las barreras legales a la entrada que imponen la Ley de Compras y las Bases son poco significativas¹⁸.

(ii) Existencia de precios elevados

26. De acuerdo a la Denuncia, los proveedores habrían ofertado precios elevados en la Licitación, lo que sería indicativo de la coordinación entre ellos.
27. Esta Unidad no estima necesario pronunciarse respecto de si los precios ofertados en la Licitación son o no elevados. Ello, porque aun siendo elevados, esa sola circunstancia no es suficiente para afirmar que existe colusión entre competidores.
28. En términos generales, la colusión aumenta los precios. Sin embargo, ello no permite concluir que precios elevados sean siempre indicativos de colusión. En el caso que motiva esta minuta, los precios que el denunciante estima elevados podrían explicarse por razones distintas a la coordinación entre oferentes. Así, por ejemplo, podrían explicarse porque proveer al estado podría tener costos adicionales a los comunes, por razones como demora en los tiempos de pago o requisitos adicionales distintos a los necesarios para proveer a los privados, entre otros. Otra explicación podría ser que suscribir el Convenio Marco implica el compromiso de vender los productos adjudicados, sin aumentar su precio hasta el término del Convenio. Dado que existe una incertidumbre importante dentro de tal intervalo de tiempo, desconociendo las firmas si sus costos aumentarán, estas podrían verse forzadas a protegerse de dicha eventualidad ofreciendo mayores

¹⁷ Información recabada por Chilecompra e indicada en las Bases de Licitación.

¹⁸ En este sentido, se debe destacar que los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato, se encuentran establecidos en el artículo 9° de la Ley 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado y en numerosos dictámenes de la Contraloría General de la República.

precios. Para el caso de los lubricantes, las variaciones del precio del petróleo son una fuente importante de incertidumbre.

29. Por último, la presencia de precios elevados, de existir, podrían explicarse por el propio diseño de las Bases de Licitación. En efecto, la existencia del denominado “Intervalo de Confianza” implica que ofertas demasiado agresivas sean declaradas inadmisibles, mientras que ofertas de baja agresividad no tienen mayores efectos, puesto que, debido al sistema de asignación de puntaje y adjudicación, un simple recorte al precio de un competidor implica que ambos agentes resulten adjudicados.
30. Por otro lado, la existencia de ofertas a precios elevados, en conjunto con la aplicación del “Intervalo de Confianza”, implica que resulten inadmisibles algunas ofertas con precios más bajos que los adjudicados.

(iii) Ejecución del Convenio Marco

31. Finalmente, a mayor abundamiento, y sin que implique que no puedan existir conductas anticompetitivas en licitaciones para convenios marcos, lo que debe analizarse caso a caso, las Bases y la Ley de Compras contemplan mecanismos a través de los cuales se insta a la existencia de precios competitivos durante la ejecución del Convenio Marco.
32. Así, las Bases contemplan, en su punto 10.3 inciso segundo, la obligación expresa de los proveedores de mantener en el Catálogo condiciones comerciales más favorables que las que ofrecen fuera del mismo¹⁹.
33. Asimismo, Chilecompra cuenta con diversas herramientas para hacer cumplir la mencionada obligación, siendo la de mayor importancia el bloqueo de bienes y

¹⁹ “El adjudicatario se compromete a mantener en Convenio Marco, las mejores condiciones comerciales ofertadas a sus clientes respecto de los bienes y/o servicios pertinentes a este Convenio Marco. De acuerdo a lo anterior, durante la vigencia del Convenio Marco, él o los proveedores adjudicados podrán aumentar sus descuentos o rebajar los precios para todas las Entidades, de todos o algunos de los bienes y /o servicios adjudicados. Estas rebajas y descuentos se mantendrán hasta el término del Convenio Marco, salvo que el proveedor mejore nuevamente las condiciones comerciales de acuerdo con lo establecido en esta cláusula.” Esta obligación se encuentra también implícitamente contenida en las Bases, en relación a mejores condiciones en el mercado en general en el punto 10.3, inciso quinto de las Bases: “En caso de detectar que el proveedor adjudicado no mantiene las condiciones más ventajosas a través de ChileCompra Express, o que en el mercado las condiciones económicas son más favorables que al contratar por dentro de la tienda, la DCCP pondrá en conocimiento del proveedor la situación indicada y se procederá, en caso de no considerar sus descargos como suficiente, a aplicar la medida de bloqueo de aquellos productos que luego de comparar los precios resulten ser menos convenientes. Sólo serán habilitados una vez que el proveedor refleje dicho valor como un precio permanente dentro de la tienda y no por medio de una oferta especial. Adicionalmente, la DCCP podrá solicitar facturas que avalen el precio de transacción del bien en la tienda, la cuales deberán ser legibles en su totalidad.”

servicios en el Catálogo, hasta que se reflejen de modo permanente las mejores condiciones observadas²⁰.

34. Por su parte, la Ley de Compras²¹ y el Reglamento²² permiten a los organismos públicos contratar directamente con proveedores que ofrezcan condiciones más ventajosas que las del Catálogo.

III. CONCLUSIÓN

35. En virtud de lo expuesto, en relación a los supuestos actos anticompetitivos denunciados, esta Unidad considera que no existen antecedentes que justifiquen el inicio de una investigación.
36. 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 ejercerse futuras acciones en caso de contar con nuevos antecedentes que lo ameriten.

Saluda atentamente a usted,


JUAN CORREA SERRANO
JEFE UNIDAD ANTI-CARTELES


CCD

²⁰ El Punto 10.12, numeral 2, letra b de las Bases establece que: "(i) En caso de detectar que el proveedor adjudicado no mantiene las condiciones más ventajosas a través de ChileCompra Express, o que en el mercado las condiciones económicas son más favorables que al contratar por dentro de la Tienda, la DCCP bloqueará aquellos bienes y/o servicios que luego de comparar los precios resulten ser menos convenientes. El tiempo de éste se extenderá hasta que el proveedor refleje dicho valor como un precio permanente dentro de la Tienda y no por medio de una oferta especial. Adicionalmente, la DCCP podrá solicitar facturas que avalen el precio de transacción del bien en la Tienda, la cuales deberán ser legibles en su totalidad." Además, de acuerdo a lo establecido en el punto 10.16, numeral xiii de las Bases, ChileCompra ante incumplimientos reiterados de las obligaciones impuestas en las mismas, podría poner término anticipado al Convenio Marco.

²¹ Artículo 30 letra d) de la Ley de Compras, los organismos públicos: "estarán obligados a comprar bajo ese convenio, relacionándose directamente con el contratista adjudicado por la Dirección, salvo que, por su propia cuenta obtengan directamente condiciones más ventajosas."

²² Artículo 14: "Cada Entidad estará obligada a consultar el Catálogo antes de proceder a llamar a una Licitación Pública, Licitación Privada o Trato o Contratación Directa. Si el Catálogo contiene el bien y/o servicio requerido, la Entidad deberá adquirirlo emitiendo directamente al Contratista respectivo una orden de compra, salvo que obtenga directamente condiciones más ventajosas en los términos referidos en el artículo 15 del presente Reglamento."