

ANT.: Investigación Reservada Rol N°
2598-20 FNE.

MAT.: Minuta de archivo.

Santiago, 22 de mayo de 2020

A: FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

DE : JEFE DIVISIÓN ANTI-CARTELES

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

I. ANTECEDENTES

1. El día 30 de diciembre de 2019, mediante el oficio reservado N°1 de 2019, el Alcalde de la Ilustre Municipalidad de Buin, don Miguel Araya Lobos, presentó ante esta Fiscalía Nacional Económica (“**FNE**” o “**Fiscalía**”) una denuncia relativa a posibles acuerdos anticompetitivos (“**Denuncia**”) que habrían tenido lugar en el marco del proceso licitatorio ID 2723-41-LR19 para la contratación del servicio “Mejoramiento Sistema de Luminarias Públicas, Buin Centro”, consistente en el reemplazo de 3.201 puntos luminosos por luminarias de bajo consumo con tecnología LED (“**Licitación**”).
2. Según consta en el documento “Acta de Apertura de la Licitación”, de fecha 19 de noviembre de 2019, presentaron ofertas en la Licitación las siguientes empresas: Citelum Chile SpA. (“**Citelum**”); Importadora y Exportadora Clever Ltda. (“**Clever**”); Advanced Electric Spa¹, Elecnor Chile S.A. (“**Elecnor**”); Enel Distribución Chile S.A. (“**ENEL**”); UTP² de Itelecom Holding Chile SpA., Itelecom Eficiencia Energética Tres SpA. e Inversiones y Asesorías en Telecomunicaciones e Informática SpA (“**UTP Itelecom y filiales**”³); UTP de Nec Chile S.A. (“**NEC Chile**”) y Ahimco Ingeniería y

¹ Según “Acta de Apertura de la Licitación”, esta oferta fue declarada inadmisibles en apertura administrativa por no presentación de boleta de garantía de seriedad de oferta.

² Unión Temporal de Proveedores.

³ Itelecom Eficiencia Energética Dos SpA, Itelecom Eficiencia Energética Tres SpA y Soluciones de Eficiencia Energética GO+ SPA. Itelecom comúnmente se presenta a licitaciones como una Unión Temporal de Proveedores con sus filiales.

Construcción S.A. (“**Ahimco**”); y Sociedad Española de Construcciones Eléctricas S.A. (“**SECE**”).

3. La Denuncia señala que el día 19 de noviembre de 2019, durante el acto de apertura de las ofertas, se constató que cinco de los proponentes habían presentado ofertas económicas con “*una diferencia marginal de precio*” entre ellas. Asimismo, se menciona que los oferentes ENEL y Clever habrían declarado una “Nómina de Personal Permanente y/o Transitorio” que incluiría al mismo equipo de profesionales. Por lo expuesto, se solicita la instrucción de un procedimiento tendiente a determinar una posible infracción al Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley N°211 (“**DL 211**”).
4. Con fecha 8 de enero de 2020 se dictó la resolución que ordena instruir investigación reservada para comprobar o descartar eventuales infracciones al artículo 3º, incisos primero y segundo letra a) del DL 211 en la provisión e instalación de luminarias para el alumbrado público (“**Investigación**”). Asimismo, con fecha 10 de enero de 2020, esta Fiscalía solicitó al Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia autorización para no dar noticia del inicio de la investigación por un plazo de 90 días hábiles administrativos, la que fue concedida con fecha 13 de enero de 2020.
5. En el curso de la Investigación, esta División tomó declaración a dos funcionarios de la Secretaría de Planificación de la Ilte. Municipalidad de Buin y a los representantes legales de Clever y ENEL. Asimismo, se despacharon oficios solicitando antecedentes relativos a los hechos descritos en la denuncia y se recibieron antecedentes adicionales por parte de la Ilte. Municipalidad de Buin, entre otras diligencias.
6. Según se expondrá a continuación, esta División no ha podido comprobar la existencia de conductas anticompetitivas que contravengan el DL 211, por lo que se recomendará al señor Fiscal disponer el archivo de la Investigación.
7. Adicionalmente, se hace presente que con fecha 16 de enero de 2020, la Ilte. Municipalidad de Providencia presentó ante este servicio una denuncia por hechos que pudieren constituir un acuerdo anticompetitivo en la licitación pública ID 2490-48-LR18 para la contratación del servicio “Provisión e Instalación de Luminarias

Viales Led I". En atención a la íntima conexión con la materia de la Investigación, ella fue agregada a este expediente, sin perjuicio de lo cual, dicha denuncia fue remitida al Ministerio Público al considerarse que los hechos en ella descritos podrían ser de competencia de dicha entidad.

II. ANTECEDENTES SOBRE LA INDUSTRIA

8. Para proveer el servicio de alumbrado público - esto es, la iluminación de vías públicas, parques y otros espacios de libre circulación que no estén bajo la responsabilidad de una persona natural o jurídica particular - diversas entidades públicas, principalmente las municipalidades, demandan los servicios de provisión, instalación y mantención de luminarias, los que son contratados generalmente a través de licitaciones públicas realizadas en el portal Mercado Público⁴.
9. En efecto, el 92% de los montos adjudicados por estos servicios entre los años 2010 y 2019 provinieron de licitaciones municipales⁵. Dado que en general estos proyectos superan las 1000 UTM⁶, las municipalidades suelen financiarlos no solo a través de recursos propios, sino también con recursos proporcionados por los gobiernos regionales, como los Fondos Nacionales de Desarrollo Regional⁷.
10. Los montos adjudicados anualmente por este concepto son altamente volátiles, ya que dependen de la disponibilidad presupuestaria y de las necesidades comunales. Entre los años 2010 y 2019 oscilaron entre los \$9.965 y \$75.465⁸ millones, con un promedio anual de \$35.547 millones.
11. Por el lado de la oferta, existen 30 empresas que concentraron el 84% de los montos adjudicados en el periodo comprendido entre 2010 y 2019, siendo los principales proveedores los siguientes: 1) ENEL, con 17% de las adjudicaciones; 2) Elecnor,

⁴ Correspondientes a compras asociadas al código ONU 39111603.

⁵ Según datos de Mercado Público, se identificaron 392 demandantes en el período, de los cuales 340 (87%) corresponden a municipalidades, 7 (2%) a Gobiernos Provinciales, y otros 45 (11%) a instituciones públicas de otra naturaleza. Asimismo, la Agencia de Sostenibilidad Energética, es una fundación privada sin fines de lucro que ha actuado como demandante para proyectos comunales. Fuente: <https://www.agenciase.org/quienes-somos/> [Fecha consulta: 14-05-2020]

⁶ Durante el periodo 2010-2019, un 87% correspondió a licitaciones de montos mayores a 1000 UTM.

⁷ De acuerdo a lo indicado en las declaraciones prestadas ante esta FNE por parte del Encargado de la Unidad de Licitación, y del Profesional de Apoyo en la Formulación de Proyectos de la Secretaría Comunal de Planificación de la Ilte. Municipalidad de Buin con fechas 14 de febrero de 2020 y 20 de febrero de 2020, respectivamente.

⁸ Correspondientes al año 2010 y 2016, respectivamente.

con 16%; 3) UTP Itelecom y filiales, con 10%; 4) Citelum, con 5%; y 5) Ahimco, con 5%.

III. ANTECEDENTES DEL PROCESO LICITATORIO ID 2723-41-LR19

12. Mediante el Decreto Alcaldicio N° 206, de 23 de agosto de 2019, la Ilte. Municipalidad de Buin aprobó las Bases Administrativas y Técnicas (“**Bases**”) de la Licitación, fijando un presupuesto referencial de \$1.901.377.000, el que fue corregido mediante una aclaración posterior a \$1.882.909.000⁹.
13. De acuerdo al documento titulado “Aclaraciones a Bases Administrativas” subido al portal de Mercado Público con posterioridad a la publicación de las Bases, la entidad licitante hizo presente que no se aceptarían ofertas económicas que superaran en un 10% el presupuesto referencial, ni que fueran inferiores al 95% de dicho presupuesto¹⁰.
14. Según declaraciones prestadas ante la Fiscalía por funcionarios de la Secretaría de Planificación de la Ilte. Municipalidad de Buin, la restricción anotada en el párrafo precedente tendría su origen en directrices entregadas por el Gobierno Regional respectivo para la elaboración de las bases de licitaciones de alumbrado público, en las que se habría recomendado establecer un precio mínimo de oferta, con lo cual se perseguiría asegurar un “estándar de calidad”¹¹.
15. Dado de que en esta industria es habitual que algunas empresas se provean de insumos y mano de obra a través de la subcontratación de otros agentes económicos, la subcontratación se encontraba permitida en las Bases, aunque restringida a un máximo de 30% del valor del contrato¹².

⁹ Documento “Consultas, Respuestas y Aclaraciones.pdf”, subido a Mercado Público el 20 de octubre de 2019. Según el Encargado de la Unidad de Licitaciones de la Municipalidad de Buin, la actualización se debió a que el presupuesto originalmente publicado correspondía a la totalidad de los fondos otorgados por el Gobierno Regional, los cuales también debían financiar estudios de factibilidad por parte de una empresa externa. Declaración prestada ante esta FNE por el Encargado de la Unidad de Licitación de la Secretaría Comunal de Planificación de la Ilte. Municipalidad de Buin con fecha 14 de febrero de 2020.

¹⁰ En las Bases, aprobadas mediante el Decreto Alcaldicio N°206 de 23 de agosto de 2019 de la Ilte. Municipalidad de Buin, se indica que: “Además, no se aceptarán ofertas que superen en más de un 10% el presupuesto referencial”. De acuerdo al documento titulado “Aclaraciones a Bases Administrativas” subido al portal de Mercado Público con fecha 6 de septiembre de 2019 (con posterioridad a la publicación de las Bases), la entidad licitante hizo presente la existencia de un precio mínimo de admisibilidad económica, al agregando al texto anterior “Asimismo, también no se aceptarán aquellas ofertas que sean inferiores en más de un 5% del presupuesto referencial”.

¹¹ Declaración prestada por el Encargado de la Unidad de Licitación de la Secretaría Comunal de Planificación de la Ilte. Municipalidad de Buin ante esta FNE con fecha 14 de febrero de 2020.

¹² Formato 11 de la “Declaración simple respecto a subcontratación” de las bases de la Licitación.

16. Finalmente, se hace presente que se declararon inadmisibles todas las ofertas recibidas en la Licitación, al considerarse que no se habrían ajustado a lo requerido en sus “Bases Administrativas” y “Especificaciones Técnicas”. Dado lo anterior, al considerarse que no existirían ofertas válidas para ser evaluadas, la Licitación fue declarada desierta¹³.

IV. ANÁLISIS DE LOS HECHOS INVESTIGADOS

17. Tal como fue señalado precedentemente, la conducta denunciada consistiría en una supuesta coordinación de ofertas económicas en el proceso licitatorio ID 2723-41-LR19 de la Municipalidad de Buin.

18. La siguiente tabla muestra todas las ofertas económicas que cumplieron la etapa de admisibilidad administrativa:

Empresa	Oferta	% Presupuesto Referencial
Citelum	\$1.788.763.550	95,00%
Clever	\$1.788.790.086	95,00%
Elecnor	\$1.788.763.578	95,00%
ENEL	\$1.788.765.552	95,00%
UTP Itelecom y filiales	\$1.788.763.550	95,00%
UTP NEC Chile y Ahimco	\$1.892.009.527	100,50%
SECE	\$1.788.763.550	95,00%

Presupuesto Referencial: \$1.882.909.000

19. Según se aprecia, seis de los oferentes se habrían limitado a ofrecer un precio igual o cercano al mínimo admisible, dadas las restricciones impuestas a las ofertas económicas establecidas por la entidad licitante mencionadas en el párrafo 13 de

¹³ Según Decreto Alcaldicio N°66, de 18 de marzo de 2020, que declara inadmisibles las ofertas recibidas y desierta la licitación. Las ofertas habrían sido declaradas inadmisibles por no presentar correctamente los requerimientos técnicos solicitados, en particular, consumos y ahorros energéticos de las luminarias propuestas, tal como lo exigían el Formato N°8, “Consumo Eléctrico”, de las Bases. Declaración prestada por el Encargado de la Unidad de Licitación de la Secretaría Comunal de Planificación de la Ilte. Municipalidad de Buin ante esta FNE con fecha 14 de febrero de 2020.

esta Minuta. Ello explicaría razonablemente las similitudes y coincidencias entre los montos presentados por tales oferentes.

20. A mayor abundamiento, cabe destacar que la propuesta económica representa apenas un 10% de la evaluación de las ofertas, de acuerdo a la pauta de evaluación de la Licitación¹⁴. Es decir, dado que la ponderación del precio es comparativamente baja respecto a otros ítems de evaluación de las ofertas, resulta menos plausible que una eventual concertación para fijar precios similares o iguales sea idónea o suficiente para afectar los resultados finales del proceso licitatorio.
21. No obstante, la exigencia de un precio mínimo como la observada en esta Licitación podría impactar negativamente la competencia económica entre oferentes, considerando además que el aseguramiento de estándares de calidad puede realizarse, de mejor manera, a través del establecimiento de criterios técnicos de evaluación o admisibilidad. En efecto, y tal como ha destacado la literatura, en licitaciones donde el precio y la calidad son variables relevantes, el comprador obtiene una utilidad esperada superior al realizar evaluaciones por medio de reglas de asignación de puntajes por atributos, en vez de fijar un precio mínimo con estándares mínimos de calidad definidos¹⁵. Por lo mismo, las autoridades de competencia suelen desaprobar esta clase de restricciones.
22. Respecto del segundo hecho denunciado, esto es, las similitudes habidas entre los documentos anexos presentados por los oferentes ENEL y Clever, esta División confirmó la existencia de coincidencias entre diversos antecedentes presentados por ambas empresas a la Licitación¹⁶.
23. Al respecto, se constató que ENEL habría acordado subcontratar los servicios de Clever para la provisión de las luminarias y su instalación en caso de adjudicarse la Licitación. Esta última empresa decidió, además, participar en la Licitación de forma

¹⁴ La evaluación económica sigue el criterio de "Análisis de Mínimo Costo", donde el puntaje total es asignado al menor precio ofertado, y los demás oferentes obtienen puntaje en función de la menor oferta.
$$Evaluación\ Económica = \left(\frac{Oferta\ Mínima}{Oferta\ Evaluada} \times 100 \right)$$

¹⁵ Asker, J., & Cantillon, E. (2008). Properties of scoring auctions. *The RAND Journal of Economics*, 39(1), 69-85.

¹⁶ Específicamente, además de las señaladas en la Denuncia, se observan coincidencias en la presentación de los siguientes anexos: 1) Formato 6, "Garantías Técnicas", ambas empresas presentaron los mismos modelos de luminaria, y ENEL entrega datos de contacto de personal de Clever; 2) Formato 8, "Consumo Eléctrico", en que ambos oferentes presentan una tabla de consumos idénticos; 3) Cartas Gantt presentadas en formato y estructura casi idéntica, y 4) Certificaciones y prueba de muestras de productos, en las cuales, en presentación de ENEL, aparece Clever como requirente de dichos certificados.

independiente. De esto dan cuenta los antecedentes acompañados por ambas empresas a la presente investigación¹⁷.

24. Por tanto, la subcontratación de servicios antes aludida explicaría las coincidencias y similitudes habidas en los documentos técnicos y anexos presentados por ambas empresas a la Licitación.

25. 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 anticompetitiva¹⁸, sea como método de reparto del sobreprecio obtenido entre competidores o bien como compensación a un agente económico por abstenerse de competir¹⁹.

26. 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 empresas²⁰.

¹⁷ En efecto, en sus respuestas a los oficios N°146 y 147 de esta División, las empresas Clever y ENEL, respectivamente, acompañaron los correos electrónicos en que ENEL solicitó a Clever y a otras empresas la presentación de una oferta para subcontratar los servicios requeridos en la licitación. También se acompañaron las respectivas ofertas realizadas por Clever (correo electrónico de la representante legal de Clever [REDACTED] al empleado del área de Procurement de ENEL [REDACTED] de fecha 6 de noviembre de 2019) y las demás ofertas realizadas por otras empresas (Schreder Chile y Sinec). También se acompañó el correo de un empleado de ENEL [REDACTED], a la representante legal de Clever [REDACTED], de fecha 18 de noviembre de 2019, solicitándole completar los Formularios 8 y 10 de las Bases de Licitación, y la respectiva respuesta de la representante de Clever, de fecha 19 de noviembre de 2019, adjuntando los formularios y el "Acta de Entrega de Muestras". Asimismo, en su respuesta, ENEL acompañó un informe técnico solicitado por dicha empresa para la evaluación de todas las ofertas recibidas para participar como subcontratista en la licitación. Dicho informe concluyó que la única oferta que cumplía con los requerimientos de la licitación era la oferta realizada por Clever.

¹⁸ 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>; 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>.

¹⁹ 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.

²⁰ 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> (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°.

27. Habida consideración de todo lo anterior, esta División estima que los hechos investigados no darían cuenta de la existencia un acuerdo anticompetitivo por parte de las empresas denunciadas destinado a afectar los resultados de la Licitación.
28. En último término, en relación a la denuncia realizada por la Alcaldesa de la Ilte. Municipalidad de Providencia, se hace presente que los hechos en ella relatados no darían cuenta de eventuales conductas anticompetitivas. Sin perjuicio de lo anterior, mediante Oficio Reservado N°19 de fecha 19 de enero de 2020, esta Fiscalía puso tales antecedentes en conocimiento del Ministerio Público, a fin de que dicha entidad determine si existen hechos que pudieran ser de su competencia.

V. CONCLUSIÓN

29. A partir del análisis realizado por esta División, no es posible concluir la existencia de un actuar coordinado por parte de las empresas denunciadas, en los términos del artículo 3° incisos primero y segundo letra a) del DL 211. Analizados los demás elementos reunidos durante la Investigación, esta División considera que no existen antecedentes adicionales que ameriten seguir adelante con aquélla.
30. Conforme lo anterior, se recomienda archivar la presente investigación, sin perjuicio de la facultad de la Fiscalía Nacional Económica de velar permanentemente por la libre competencia en el mercado y de la posibilidad de analizar la apertura de una nueva investigación en caso de contar con nuevos antecedentes que así lo ameriten.

Juan Cristóbal Firmado digitalmente por Juan
Cristóbal Correa Serrano
Correa Serrano Fecha: 2020.05.22 10:11:08
+04'00'

JUAN CORREA SERRANO
JEFE DIVISIÓN ANTI-CARTELES

Lizzy Seaman
Abogada FNE
Fono: 2 7535604

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*”).