



ANT.: Investigación Reservada.
Rol N° 1530-09 FNE.

MAT.: Informe de archivo.

Santiago, 18 de octubre de 2011.

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
DE : JEFE DIVISIÓN DE INVESTIGACIONES

Sugiero a usted el archivo de la presente investigación, correspondiente a supuestas prácticas colusivas en el marco del proceso de Licitación Pública ID 85-118-LP08, convocado por la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas, por los motivos que a continuación se exponen:

I. ANTECEDENTES DEL PROCESO LICITATORIO

1. El 27 de agosto de 2009, el Fiscal Nacional Económico ordenó iniciar una investigación de oficio para determinar si se habrían verificado prácticas anticompetitivas en el marco del proceso de Licitación Pública ID 85-118-LP08 (la "Licitación"), convocado por la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas ("JUNAEB"), con el objeto de adjudicar a uno o más de los postulantes el servicio de monitoreo, seguimiento y medición estadística del uso de la Tarjeta Nacional del Estudiante ("TNE"), así como la implementación de oficinas de atención directa para los estudiantes que utilizan dicha tarjeta, durante el período 2008-2010, en gran parte del territorio nacional, salvo la Región Metropolitana.
2. La JUNAEB dividió en 15 las zonas donde se prestarían los servicios por el que competirían los postulantes (cada una de dichas zonas en adelante, e indistintamente, la "Línea de Producto"), con un número referencial o estimado de tarjetas a monitorear en cada caso, según indica el cuadro siguiente:

**CUADRO N°1:
PRODUCTOS / SERVICIOS REQUERIDOS**

N°	Producto o Servicio a Contratar / Zona	N° Referencial de Tarjetas
1	Monitoreo TNE Educación Superior I Región.	4.926
2	Monitoreo TNE Educación Superior Provincia de Antofagasta.	14.189
3	Monitoreo TNE Educación Superior Provincia de El Loa.	2.742
4	Monitoreo TNE Educación Superior III Región.	4.020
5	Monitoreo TNE Educación Superior IV Región.	19.238
6	Monitoreo TNE Educación Superior Provincias de Valparaíso.	72.368
7	Monitoreo TNE Educación Superior Provincias de Petorca, Los Andes, San Antonio, San Felipe y Quillota.	5.756
8	Monitoreo TNE Educación Superior VI Región.	4.411
9	Monitoreo TNE Educación Superior VII Región.	25.590
10	Monitoreo TNE Educación Superior Provincia de Concepción y Arauco.	62.484
11	Monitoreo TNE Educación Superior Provincias de Ñuble y Bio - Bio.	17.553
12	Monitoreo TNE Educación Superior IX Región.	19.793
13	Monitoreo TNE Educación Superior X Región.	15.580
14	Monitoreo TNE Educación Superior XIV Región.	4.056
15	Monitoreo TNE Educación Superior XV Región.	5.071

Fuente: Elaboración propia en base a información sitio web Chilecompra.

3. De acuerdo a las Bases de Licitación (las “Bases”), el postulante que obtuviese en cada Línea de Producto el mayor puntaje final, conforme a los siguientes criterios de evaluación, se adjudicaría el bien subastado.

**CUADRO N°2
CRITERIOS DE EVALUACION**

CONCEPTO	PONDERACIÓN
Precio ¹	55%
Propuesta Técnica	45%
Ev. Final (%) = 0,55xPrecio+0,45xPropuesta Técnica	

Fuente: Elaboración propia en base a información sitio web Chilecompra.

4. Para esos efectos, la metodología indicada contemplaba una evaluación técnica y una económica, contenidas en el Anexo N° 1 de las Bases.

¹ Según el ANEXO no 1 de las Bases disponibles en el sitio web Chilecompra, se asignaría 100 puntos a la oferta más económica, 80 a la siguiente, 60 a la tercera y así sucesivamente. Según el referido anexo, “Se entenderá por oferta más económica al precio promedio ponderado de todas las ofertas que se presenten a la licitación. En el caso de existir empate de precios en dos o más propuestas, se asignará el mismo puntaje económico a las propuestas correspondientes”.

5. Además, el órgano licitante fijó una modalidad de adjudicación múltiple², aunque es del caso señalar que la Comisión de Evaluación, recién en el acto de Adjudicación³, propuso el siguiente criterio de repartición:

**CUADRO N°3:
CRITERIO DE ADJUDICACIÓN MÚLTIPLE**

Puntaje Evaluación Técnica	% adjudicación 1^{era} mejor propuesta	% adjudicación 2^{da} mejor propuesta
70-75	55%	45%
76-80	60%	40%
81-85	65%	35%
86-90	70%	30%
91-95	80%	20%
96-100	90%	10%

Fuente: Elaboración propia en base a información sitio web Chilecompra.

6. De acuerdo a lo anterior, el porcentaje de adjudicación de tarjetas a monitorear para cada Línea de Producto se rigió por los criterios señalados en el Cuadro N°3, según el cual se otorgó a cada proponente el porcentaje de adjudicación señalado en las columnas central y derecha, dependiendo de si el concurrente ocupaba el primer o el segundo lugar en la evaluación. Tales porcentajes variaban dependiendo del puntaje que obtenía el participante mejor evaluado en su oferta técnica, según se indica en la primera columna. Así, por ejemplo, si en su evaluación técnica el concurrente mejor evaluado obtenía un puntaje entre 91 y 95, ese competidor se adjudicaría un 80% del objeto de la subasta, mientras que el

² Bases Administrativas y Técnicas, punto III, “Tipo de adjudicación: Adjudicación múltiple sin emisión automática de orden de compra”. Bajo la modalidad “múltiple”, la adjudicación del servicio en una misma Línea de Producto podía ser efectuada a más de un proponente, para cuyos efectos se repartiría el número referencial de tarjetas a monitorear en la respectiva Línea de acuerdo a ciertos criterios. Esta modalidad fue aplicada en el caso de las Líneas de Producto No 6 y No 10 por cuanto en cada una de ellas concurren más de un oferente.

³ Ver Acta de Adjudicación Licitación Pública ID 85-118-LP08, pp. 4. “Para efectos de determinar el **porcentaje de adjudicación para cada una de las ofertas que se presenten por línea de servicios, la Comisión propone el siguiente criterio indicador**” (énfasis agregado). Es decir, el criterio de repartición no fue fijado en las Bases, sino que en un acto posterior por la Comisión de Evaluación, lo que significa que los participantes, al momento de presentar sus ofertas, habrían desconocido el criterio que se aplicaría para la distribución de las tarjetas en el evento de que más de un oferente se adjudicara una determinada Línea de Producto.

licitante con la oferta técnica que obtenía el segundo lugar en la evaluación, se adjudicaría sólo un 20%.

7. El cronograma del proceso licitatorio fue el siguiente:

**CUADRO N°4:
CRONOGRAMA DEL PROCESO**

Fecha de Publicación:	28-05-2008	11:53:28
Fecha Inicio de Preguntas:	28-05-2008	20:00:00
Fecha Final de Preguntas:	06-06-2008	23:59:00
Fecha de Publicación de Respuestas:	09-06-2008	18:00:00
Fecha de Cierre de Recepción de Ofertas:	17-06-2008	23:59:00
Fecha de Acto de Apertura Electrónica:	18-06-2008	15:12:00
Fecha Estimada de Adjudicación:	23-07-2008	17:56:13

Fuente: Elaboración propia en base a información sitio web Chilecompra.

8. Los postulantes tenían un plazo correspondiente al que medió entre la fecha de publicación y el cierre de la recepción de ofertas (28 de mayo a 17 de junio, ambos de 2008) para formular sus ofertas.
9. Los proponentes que participaron en las distintas licitaciones fueron cinco entidades gremiales pertenecientes al rubro del transporte público y una empresa externa, a saber: (a) Federación Gremial de Transporte de Pasajeros de la Región del Maule ("FETRAM"); (b) Asociación Gremial de Concesionarias de Vías Licitadas del Gran Valparaíso; (c) Federación de Transportes Rurales Quinta Región ("FETRAG"); (d) Federación Gremial Interregional del Transporte de Pasajeros; (e) Asociación Provincial de Dueños de Taxibuses de Concepción A.G.; y (f) Tecnológica Chile Limitada ("Tecnológica"), único participante que no se dedicaba al transporte público de pasajeros⁴.

⁴ Esta empresa está orientada a la integración y desarrollo de soluciones tecnológicas para gestión, control y apoyo en operaciones tecnológicas y logísticas de transporte de empresas medianas y pequeñas, por medio de consultorías específicas. Elabora entre otros productos:

10. El cuadro siguiente da cuenta de (a) cada una de las Líneas de Producto; (b) entidades que formularon las respectivas ofertas; (c) número referencial de tarjetas en cada caso; (d) monto unitario por tarjeta que ofreció cada postulante; (v) reparto de número de tarjetas en aquellos casos en que se adjudicó la Línea de Producto a más de un oferente; (vi) total neto adjudicado y (vii) estado del proceso licitatorio respecto de cada participante.

**CUADRO N°5:
DETALLE DE ADJUDICACIONES**

N° Línea	Zona	Rut	Proveedor	N° Referencial de Tarjetas	Monto Unitario Oferta	Reparto de N° Tarjetas	Total Neto Adjudicado	Estado
1	I Región	72.103.800-9	Federación Gremial de Transporte de Pasajeros de la Región del Maule (FETRAM)	4,926	\$ 4,200		\$ 20,689,200	Adjudicada
2	Provincia de Antofagasta	72.103.800-9	Federación Gremial de Transporte de Pasajeros de la Región del Maule (FETRAM)	14,189	\$ 4,200		\$ 59,593,800	Adjudicada
		76.196.920-k	Tecnológica Chile Ltda.		\$ 380		\$ 0	Desiste
3	Provincia de El Loa	72.103.800-9	Federación Gremial de Transporte de Pasajeros de la Región del Maule (FETRAM)	2,742	\$ 4,200		\$ 11,516,400	Adjudicada
4	III Región	72.103.800-9	Federación Gremial de Transporte de Pasajeros de la Región del Maule (FETRAM)	4,020	\$ 4,200		\$ 16,884,000	Adjudicada
5	IV Región	72.103.800-9	Federación Gremial de Transporte de Pasajeros de la Región del Maule (FETRAM)	19,238	\$ 4,200		\$ 80,799,600	Adjudicada
6 (*)	Provincias de Valparaíso	53.303.513-2	Asociación Gremial de Concesionarios de Vías Unitarias del Gran Valparaíso	72,368	\$ 4,600	65,131	\$ 293,089,500	Adjudicada
		53.303.513-2	Asociación Gremial de Concesionarios de Vías Unitarias del Gran Valparaíso		\$ 4,600		\$ 0	No
		65.825.790-0	Federación de Transportes Rurales Quinta Región A.G. (FETRAG)		\$ 4,500	7,237	\$ 32,566,500	Adjudicada
		76.196.920-k	Tecnológica Chile Ltda.		\$ 200		\$ 0	Desiste
7	Provincias de Petorca, Los Andes, San Antonio, San Felipe y Quillota	65.825.790-0	Federación de Transportes Rurales Quinta Región A.G. (FETRAG)	5,756	\$ 4,500		\$ 25,902,000	Adjudicada
		76.196.920-k	Tecnológica Chile Ltda.		\$ 550		\$ 0	Desiste
8	VI Región	72.103.800-9	Federación Gremial de Transporte de Pasajeros de la Región del Maule (FETRAM)	4,411	\$ 4,200		\$ 18,528,200	Adjudicada
9	VII Región	72.103.800-9	Federación Gremial de Transporte de Pasajeros de la Región del Maule (FETRAM)	25,580	\$ 4,200		\$ 107,478,000	Adjudicada
		76.196.920-k	Tecnológica Chile Ltda.		\$ 300		\$ 0	Desiste
10 (*)	Provincia de Concepción y Arauco	76.196.920-k	Tecnológica Chile Ltda.	62,484	\$ 4,200	40,615	\$ 170,583,000	Adjudicada
		70.992.400-1	Federación Gremial Interregional del Transporte de Pasajeros		\$ 4,200	21,869	\$ 91,849,800	Adjudicada
		65.765.080-3	Provincial de Dueños de Taxibuses de Concepción A.G.		\$ 4,200		\$ 0	No
11	Provincias de Ñuble y Bio - Bio	72.103.800-9	Federación Gremial de Transporte de Pasajeros de la Región del Maule (FETRAM)	17,553	\$ 4,200		\$ 73,722,600	Adjudicada
		76.196.920-k	Tecnológica Chile Ltda.		\$ 300		\$ 0	Desiste
12	IX Región	72.103.800-9	Federación Gremial de Transporte de Pasajeros de la Región del Maule (FETRAM)	19,793	\$ 4,200		\$ 83,130,600	Adjudicada
		76.196.920-k	Tecnológica Chile Ltda.		\$ 300		\$ 0	Desiste
13	X Región	72.103.800-9	Federación Gremial de Transporte de Pasajeros de la Región del Maule (FETRAM)	15,580	\$ 4,200		\$ 65,436,000	Adjudicada
14	XIV Región	72.103.800-9	Federación Gremial de Transporte de Pasajeros de la Región del Maule (FETRAM)	4,056	\$ 4,200		\$ 17,035,200	Adjudicada
15	XV Región	72.103.800-9	Federación Gremial de Transporte de Pasajeros de la Región del Maule (FETRAM)	5,071	\$ 4,200		\$ 21,298,200	Adjudicada
TOTAL NACIONAL (Tarjetas/ Monto)				277,777			\$ 1,190,100,600	

Fuente: Elaboración propia en base a antecedentes que obran en la carpeta de investigación.

(*) Adjudicadas mediante modalidad múltiple por existir más de un proponente.

tarjetas PVC, credenciales y accesorios, control de asistencia, control de acceso y GPS. Información obtenida de: <http://www.tecnologica.cl>.

11. Del cuadro precedente es posible destacar las siguientes observaciones en relación con el comportamiento de los competidores, las que orientaron la investigación que llevó a cabo este Servicio:

(i) Las ofertas económicas presentadas resultaron ser bastante homogéneas, pues el monto de casi la totalidad de las mismas ascendió a \$4.200, con excepción de: (a) la Línea de Producto no. 6, donde Asociación Gremial de Concesionarias de Vías Licitadas del Gran Valparaíso⁵ y FETRAG se adjudicaron conjuntamente el producto por \$4500; y (b) la Línea de Producto no. 7, que FETRAG se adjudicó por \$4.500.

(ii) De un total de 15 Líneas de Producto, en 7 de ellas hubo más de un oferente, y en 8 sólo existió un participante.

(iii) Como se señaló precedentemente, las ofertas económicas fueron en la gran mayoría de los casos equivalentes. El único participante que en principio formuló ofertas por precios sustancialmente inferiores a aquellos ofertados por los demás fue Tecnológica, en las Líneas de Producto nos. 2, 6, 7, 9, 11 y 12, de las que, sin embargo, terminó por desistirse un mes antes de la fecha estipulada para la adjudicación, después de la publicación de las respuestas a las consultas efectuadas por los licitantes⁶.

(iv) Tecnológica se adjudicó, conjuntamente con Federación Gremial Interregional del Transporte de Pasajeros, la única Línea de Producto en la que persistió hasta el final (Línea de Producto no. 10), en la que hizo una oferta sustancialmente superior a las formuladas en los demás casos, resultando ser equivalente a las demás ofertas económicas presentadas en dicha línea (\$4.200).

⁵ Inicialmente Asociación Gremial de Concesionarias de Vías Licitadas del Gran Valparaíso subió al portal de Chilecompra una propuesta por \$5.800, sin embargo, un día antes del cierre de las postulaciones modificó dicho monto a \$4.500, adjudicándose la Línea de Producto no. 6 simultáneamente con FETRAG por dicho monto. Según se informó, al portal de Chilecompra se puede ingresar o subir ofertas sin enviarlas, permitiendo su modificación libremente y esto es lo que habría sucedido en el caso específico, de ahí que hubiere quedado el registro de la variación. El oferente ingresó la oferta el 13/06/08 (19:05 hrs.), y el 16/06/08 (18:24 hrs.), antes del cierre, la modificó y remitió (el plazo de recepción de ofertas fue el 17/06/08, a las 23.59.00 horas).

⁶ Según consta en Acta de Adjudicación, Tecnológica informó su desistimiento mediante carta de 23 de junio de 2008 dirigida a JUNAEB.

(v) FETRAM postuló a 12 de las 15 líneas licitadas, adjudicándose todas ellas, siendo en 8, finalmente, el único postulante.

12. De acuerdo a las Bases, los contratos suscritos entre la JUNAEB y los adjudicatarios expirarían el 31 de diciembre de 2010.
13. Los servicios licitados representaron para el Fisco el desembolso de aproximadamente \$1.190.100.600.- (mil ciento noventa millones cien mil seiscientos pesos).

II. DESCRIPCIÓN DE LA INDUSTRIA

14. Este mercado surge a raíz de un cambio implementado por el gobierno de la ex Presidente Michelle Bachelet en lo que dice relación con la fabricación, administración y distribución del denominado pase escolar, actualmente conocido como Tarjeta Nacional Estudiantil.
15. Hasta el año 2006, el gremio de transporte público confeccionaba, administraba y recibía los ingresos asociados a la venta y entrega del pase escolar de conformidad a lo establecido en el artículo 3 del Decreto Supremo no. 20/82 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones⁷.
16. Tras la modificación del referido Decreto Supremo, la confección, administración y entrega de la TNE pasó a ser llevada a cabo por la JUNAEB.
17. Consecuencialmente, los gremios de transporte dejaron de percibir montos por tales conceptos, lo que significó una importante disminución de ingresos, pues antes del cambio de la normativa, según declaraciones de

⁷ “La confección y entrega del Pase Escolar será de responsabilidad del Ministerio de Educación, sin perjuicio de la que corresponde al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. En casos especiales, el Pase Escolar podrá ser confeccionado y entregado por entidades privadas, las que podrán ser representativas de los gremios o empresarios que hagan transporte público de pasajeros en cada región, por cualquiera de los medios a que se refiere el inciso primero de este artículo, previa autorización de las respectivas Secretarías Regionales Ministeriales de Educación quienes resolverán conforme a los criterios generales fijados por el Ministerio de Educación. Para estos efectos la representación gremial o empresarial de los transportistas será validada por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones a través de sus Secretarías Regionales Ministeriales, quienes informarán a los Secretarios Regionales Ministeriales de Educación”.

algunos dirigentes gremiales, dichas entidades recibían entre \$5.000 y \$7.000 aproximadamente por pase escolar entregado⁸.

18. Pues bien, con el objeto de dar cumplimiento a las nuevas obligaciones que le correspondían, la JUNAEB convocó a diversos procesos de licitaciones públicas desde el año 2006. El primer proceso convocado correspondió a la compra y/o fabricación de tarjetas bajo el concurso ID 85-69-LP06. Posteriormente, en el año 2007, tuvo lugar otro proceso relacionado a la fabricación de las tarjetas asociadas a nuevos usuarios que se iban agregando al sistema, proceso que correspondió a la licitación ID 85-213-LP07.
19. En este contexto, se decidió licitar los servicios de monitoreo, seguimiento y medición de la TNE. Tales servicios tienen por objeto, principalmente, la fiscalización del correcto uso de la TNE al interior de los vehículos de transporte público, así como la implementación de oficinas de servicio a los usuarios, para –por ejemplo– informar sobre beneficios de la tarjeta y su reposición en caso de extravío.
20. El primer proceso de licitación de estos servicios fue el ID 85-216-LP07 y correspondió al monitoreo, seguimiento y medición estadística de la TNE de enseñanza básica y media. Durante ese mismo año, se efectuaron 6 procesos más que tenían por objeto cubrir los servicios correspondientes a aquellas zonas que habían quedado fuera del proceso licitatorio recién referido, principalmente por ser áreas rurales, a saber: (a) ID 85-58-LP07, correspondiente a la VIII Región; (b) ID 85-59-LP07, correspondiente a la V Región; y (c) procesos licitatorios ID 85-102-LP07, ID 85-104-LP07, ID 85-105-LP07 y ID 85-106-LP07, todas correspondientes a zonas rurales de la Región Metropolitana⁹.
21. Posteriormente, durante el año 2008, se llevó a cabo el concurso ID 85-102-LP08, por medio del cual se licitó la contratación del servicio de monitoreo,

⁸



seguimiento y medición estadística de la TNE para estudiantes de educación básica y media de las comunas de Pirque y San José de Maipo, Buin, Calera de Tango, y Paine¹⁰. Asimismo, se llevó a cabo el proceso de licitación ID 85-118-LP08, por medio del cual se subastó el servicio de monitoreo, seguimiento y medición estadística de las tarjetas de enseñanza superior a nivel nacional, con excepción de la Región Metropolitana, que corresponde al proceso licitatorio que motivó la instrucción de esta investigación.

III. MERCADO RELEVANTE

22. La Fiscalía Nacional Económica (“FNE” o la “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. Asimismo, a juicio de la FNE, conforman el mercado relevante el producto o grupo de productos respecto de los cuales no se encuentran sustitutos suficientemente próximos¹¹.
23. Con todo, en materia de licitaciones, el mercado relevante presenta algunas particularidades¹².
24. En efecto, el producto relevante corresponde al objeto, derecho o servicio que se pretende adjudicar. En este caso, el producto que se transa entre el órgano licitante o demandante (JUNAEB) y los oferentes (postulantes) es el derecho a prestar el servicio de monitoreo, seguimiento y medición estadística del uso de la TNE para alumnos de educación superior dentro de cada una de las zonas señaladas en las Bases, además de la implementación de oficinas de atención para los usuarios, sea para la

¹⁰ Resolución Acta de Adjudicación proceso ID 85-102-LP08, en CD aportado por ChileCompra.

¹¹ Guía Interna para el Análisis de Concentraciones Horizontales. Fiscalía Nacional Económica.

¹² En efecto, en la Sentencia 112/2011, Considerando Cuadragésimo sexto, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia señaló: “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...” (énfasis agregado).

- entrega de información sobre los beneficios de la TNE, como también para la gestión de trámites de reposición de ésta, en caso de extravío, pérdida, destrucción o deterioro dentro del período 2008 – 2010.
25. En cuanto al mercado geográfico, la Fiscalía entiende delimitado el mercado relevante por la menor área geográfica dentro de la cual sea probable ejercer poder de mercado respecto del producto o grupo de productos relevantes.
 26. De acuerdo a las Bases, el servicio licitado se requirió para las regiones del país –o provincias específicas de éstas–, con excepción de la Región Metropolitana. Así, el proceso público contempló 15 zonas o localidades (Líneas de Producto), las que abarcaron la totalidad de las regiones en que se requería contratar el servicio señalado precedentemente.
 27. Si bien el diseño de las bases del concurso fue apto para que a cada zona pudieran concurrir oferentes de todo el país –de hecho el principal oferente se adjudicó el derecho a prestar el servicio licitado en distintas 12 Líneas de Producto –, no menos cierto es que cada una de las localidades constituía la menor área geográfica dentro de la cual resultaba beneficioso para un único proveedor del servicio ejercer poder de mercado, ofertando un precio leve, pero significativamente superior al competitivo por el suministro del servicio.
 28. De hecho, quien llamó a licitación, en este caso la JUNAEB, no podría haber trasladado su demanda por servicio y adquirirlo en otra localidad, ya que el servicio de monitoreo de las tarjetas que utilizan los respectivos usuarios de ese lugar no era susceptible de ser realizado en una zona distinta de aquélla en que se encontraban y usaban los usuarios finales. De ahí la limitación del mercado geográfico relevante.
 29. Así entonces, sin perjuicio de que al proceso público potencialmente podían concurrir empresas de todo el territorio nacional, un eventual acuerdo colusorio sólo podría haber afectado al órgano licitante en la zona

geográfica específica a la que se circunscribía la Línea de Producto relevante en cuestión.

30. En consecuencia, para esta Fiscalía, se observan 15 mercados relevantes, cada uno correspondiente a la respectiva Línea de Producto según la zona o localidad establecida en las Bases.

IV. CONDICIONES DE ENTRADA

IV.1. Barreras a la Entrada

31. Esta Fiscalía entiende por barreras a la entrada, el impedimento al ingreso de competidores o la ventaja de costos que posee una empresa establecida en el mercado frente a una firma que desea entrar¹³.
32. Tras las diligencias realizadas por esta Fiscalía, se pudo constatar que, para poder prestar los servicios objeto de la licitación, los adjudicatarios debían contar con la autorización de los dueños de los buses para poder subir a dichas máquinas y obtener los datos que se requerían para prestar el servicio.
33. En efecto, durante la investigación se constató que Tecnológica formuló sus ofertas en distintos lugares o Líneas de Producto, por precios notoriamente inferiores a aquel que formuló en la Línea de Producto no. 10. Dicha situación se explicaría por no haber considerado en tales ofertas, los costos correspondientes a la autorización por parte de sus operadores, a fin de poder prestar efectivamente los servicios objeto de la licitación en los buses, en el evento de adjudicárselos. En este sentido declaró su Gerente General, Francisco Navarro Ruiz, quien agregó que los costos de las tarjetas eran ostensiblemente inferiores, bordeando los [REDACTED] por tarjeta¹⁴, si no se consideraba el costo de la autorización.

¹³ Guía Interna para el Análisis de Concentraciones Horizontales. Fiscalía Nacional Económica.

¹⁴ En su declaración de 1 de septiembre de 2010, señaló [REDACTED]

34. Además, de acuerdo a las declaraciones de los investigados, la determinación del lugar donde postularía cada oferente obedeció, principalmente, a la logística de cada entidad, pues los licitantes sólo participaron en aquellas zonas o líneas en que tenían representatividad y/o asociados. Así consta de la declaración de [REDACTED] de FETRAG¹⁵. Por su parte, [REDACTED], de FETRAM, al ser consultado por esta Fiscalía por qué no postuló en Valparaíso, declaró [REDACTED]

35. Sin embargo, según esta Fiscalía pudo constatar, las Bases no explicitaron la necesidad u obligación de contar con esta autorización de los operadores de buses¹⁷; a mayor abundamiento, Tecnológica formuló una consulta sobre ello, sin obtener una respuesta clara de parte de la JUNAEB¹⁸.

IV.2. Tiempo y Suficiencia de la Entrada

36. Se entiende por suficiencia a la entrada, el tiempo necesario para convertirse en un real competidor y la probabilidad de éxito, y si estos

¹⁵ [REDACTED]

¹⁶ A simple vista podría parecer extraño que FETRAM haya participado en licitaciones de Líneas de Producto correspondientes a lugares que están fuera de la Región del Maule. Lo que ocurre es que FETRAM es miembro de la Confederación Nacional de Buses de Transporte Mayor Urbano de Pasajeros ("Conabus"), que está en todo el país, salvo en Valparaíso y Concepción cuyas asociaciones no forman parte de Conabus –según se desprende de la declaración de [REDACTED] y [REDACTED] de 1 de septiembre de 2010-. Por otro lado, según la misma declaración, [REDACTED] es además [REDACTED]

¹⁷ Las bases técnicas al respecto solo señalan como requisito: "Listado de los titulares de los recorridos del transporte público de pasajeros del territorio al que postula", sin especificar si se requería la autorización de éstos.

¹⁸ Con fecha 4 de junio de 2008, Tecnológica consultó: "¿Se hace necesario contar con la autorización de los gremios de transporte para postular a esta licitación de monitoreo, entendiendo que ellos son los propietarios de los vehículos?". Más específicamente preguntó: "¿Qué sucede si los empresarios del transporte no autorizan a quien se adjudique esta propuesta a efectuar el monitoreo en sus respectivas máquinas, que son su propiedad?". Frente a ambas consultas, JUNAEB contestó: "De acuerdo al anexo N°1 "Metodología para la evaluación de las ofertas", uno de los aspectos que se evaluará es el listado de los titulares de los recorridos del transporte público de pasajeros del territorio al que postula". Cabe hacer presente que ni las bases de licitación ni las explicaciones y/o aclaraciones del organismo licitante fueron lo suficientemente claras para dar seguridad a los participantes.

factores justifican las inversiones requeridas¹⁹, es decir, si un entrante puede lograr un impacto significativo en el mercado en un período de tiempo razonable.

37. En este caso es inoficioso reparar en el tiempo y suficiencia a la entrada, pues lo relevante para que un eventual entrante se convirtiera en un competidor con la factibilidad técnica necesaria para prestar el servicio, consistía en contar con la autorización para subir a las máquinas por parte de los dueños de los buses.

IV.3. Comportamiento Estratégico

38. Se entiende por comportamiento estratégico, las prácticas de las empresas que pueden impedir o hacer más costosa la entrada de nuevos competidores²⁰.

39. En relación al comportamiento estratégico en el mercado relevante definido, dado el carácter público de la convocatoria y las condiciones establecidas en las Bases, para los participantes resultaba inoficioso implementar estrategias que tuvieran por objeto impedir la participación de competidores en la etapa de licitación vía ocultación o engaño, por cuanto estos concursos son de carácter público y, en principio, cualquier interesado podría acceder a ellos.

40. Sin embargo, se pudo detectar desconocimiento, mal entendido o negligencia por parte de algunos potenciales entrantes, quienes, por no informarse correctamente, creían que sólo las grandes federaciones o asociaciones de microbuseros que los representaban podían participar en la licitación. Así se desprende de la declaración de [REDACTED] de [REDACTED] de 25 de marzo de 2010, quien señaló: [REDACTED]

¹⁹ Guía Interna para el Análisis de Concentraciones Horizontales. Fiscalía Nacional Económica.

²⁰ Guía Interna para el Análisis de Concentraciones Horizontales. Fiscalía Nacional Económica.

V. ANALISIS DE LA CONDUCTA

41. Como ya se señaló, en el proceso en análisis se constató una homogeneidad entre los precios que ofrecieron los licitantes, por lo que la tesis natural que se investigó consistió en la posibilidad que los participantes de la Licitación Pública ID-85-118-LP08, convocada por la JUNAEB, hubieren ejecutado o celebrado algún acuerdo de precios con el objeto de afectar el resultado de dicho proceso licitatorio.
42. Tal conducta, de haberse verificado, se encuentra tipificada en el artículo 3 del Decreto Ley 211 (“DL 211”) vigente a la fecha de ocurrencia de los hechos investigados, que antes de la entrada en vigencia de la Ley 20.361 en lo pertinente disponía: “Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes: a) Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran”.
43. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) se ha pronunciado acerca de los requisitos que, en su concepto, son necesarios para la configuración de un cartel. En efecto, en su Sentencia no. 112/2011, en su Considerando Sexagésimo Sexto estableció: “los requisitos que deben concurrir en este caso para que un acto constituya colusión, son los siguientes: (i) confluencia de voluntades entre competidores; (ii) que dicha confluencia de voluntades tenga por objeto restringir, afectar o eliminar la competencia en el mercado relevante afectado, o a lo menos que tienda a

producir tales efectos; y (iii) que dicho acuerdo les confiera un poder de mercado suficiente para producir el efecto antes mencionado”.

44. Por lo anterior, a juicio de esta División, para determinar si hay mérito o no para perseverar con un requerimiento ante el TDLC, deben concurrir los referidos requisitos establecidos por dicho tribunal.
45. Para determinar la concurrencia del primer requisito, esto es, la existencia de un acuerdo entre competidores, esta Fiscalía se abocó, en primer lugar, a indagar la existencia de comunicaciones previas al proceso de licitación entre los participantes.
46. Al respecto, cabe tener presente que las Bases permitían que una gran universalidad de personas participaran en el proceso licitatorio, sin establecer restricciones exclusivas a favor de empresas o asociaciones del rubro del transporte público, al punto que Tecnológica, empresa ajena a dicho giro, se adjudicó una Línea de Producto²¹.
47. Durante la investigación, algunos representantes de las entidades investigadas aportaron antecedentes que acreditarían que la relación entre los participantes era conflictiva^{22 23}. Naturalmente, la enemistad o distanciamiento entre los dirigentes, principalmente aquellos de distintos territorios o regiones, haría poco factible la comunicación entre postulantes.
48. Con todo, de los antecedentes recabados durante la investigación, se desprende que se habrían producido ciertas comunicaciones entre algunas entidades, concretamente: (a) entre FETRAM, por una parte, y empresas

²¹ Sin embargo, como ya se señaló, Tecnológica para poder cumplir con los servicios adjudicados debió obtener autorización de los propietarios de los microbuses.

²² [REDACTED] en su declaración de 21 de septiembre de 2010 señaló:

²³ Al ser consultado el [REDACTED], si él en tal calidad dio alguna instrucción o sugerencia respecto del proceso licitatorio analizado, en un tono categórico e irónico, señaló:

asociadas como también no asociadas a dicha organización, por la otra^{24 25}; y (b) entre Tecnológica, por una parte, y gremios de la zona correspondiente a la Línea de Producto no. 10^{26 27}.

49. Asimismo, se hace presente que se detectó la existencia de una relación contractual entre FETRAM y Tecnológica durante el año 2007, con anterioridad al proceso licitatorio en análisis. Concluida dicha relación contractual, no se encontraron indicios de posteriores comunicaciones entre las partes. Es importante señalar que, conforme al mérito de la investigación, FETRAM no habría tenido contacto con las demás asociaciones gremiales que concurrieron a este proceso licitatorio y, al parecer, en los días previos a la publicación del llamado a licitación tampoco lo habría tenido con Tecnológica.
50. En los casos en que se constató la existencia de contactos, no fue posible determinar, en general, las fechas de tales reuniones ni el objeto que tuvieron las mismas, salvo en el caso de las conversaciones que tuvo FETRAM con asociados y no asociados, y algunas que se verificaron en el marco de la subasta de la Línea de Producto no. 10, instancias en las que los interesados le solicitaron a los dueños de microbuses la autorización para subir a sus buses y obtener los insumos necesarios para prestar el servicio.

²⁴ Según afirmó don [REDACTED]

²⁵ Las comunicaciones con no asociados habrían sido necesarias, porque existían rutas bajo su control y los potenciales adjudicatarios necesitaban su autorización para prestar el servicio.

²⁶ [REDACTED] en su declaración de 1 de septiembre de 2010, señaló:

²⁷ [REDACTED] en su declaración de 2 de septiembre de 2010 señaló:

51. Respecto de la Línea de Producto no. 6, no existen antecedentes suficientes para concluir que habrían existido conversaciones entre los adjudicatarios de ese servicio, esto es, Asociación Gremial de Concesionarias de Vías Licitadas del Gran Valparaíso y FETRAG.
52. Como se dijo precedentemente, durante la investigación, se constató que FETRAM tomó contacto con asociados y no asociados con el objeto de obtener la autorización de éstos para subirse a sus máquinas y así prestar los servicios licitados en caso de adjudicárselos. Por su parte, Tecnológica se acercó a los gremios de transporte de Concepción con el mismo objeto. Estas autorizaciones, naturalmente, no se obtendrían de manera gratuita, por lo que los adjudicatarios, presumiblemente bajo el entendido que hacían uso del derecho explicitado en el Capítulo XII de las Bases de Licitación, celebraron contratos de prestación de servicios con los dueños de microbuses o asociaciones que los representaban, a través de los cuales pagarían por tales autorizaciones.
53. En lo que concierne a la Línea de Producto no. 10, sólo prosperaron las ofertas de Tecnológica y Federación Gremial Interregional de Transporte de Pasajeros, mientras que Asociación Gremial Provincial de Dueños de Taxibuses de Concepción A.G. no se adjudicó parte alguna del bien subastado.
54. Ahora, si bien se constató la existencia de comunicaciones entre Tecnológica y la Federación Gremial Interregional de Transporte de Pasajeros, tales contactos sólo habrían tenido por objeto explorar la posibilidad que Tecnológica obtuviese la autorización de la segunda para subir a sus buses a fin de prestar los servicios materia de la subasta, en el evento que se los adjudicase. Tal petición fue denegada por la referida federación, quien finalmente decidió concurrir directamente a la licitación²⁸.

²⁸ [REDACTED] en su declaración de 1 de septiembre de 2010, señaló: [REDACTED]

55. Por último, respecto a la homogeneidad de ofertas económicas que existió entre los concurrentes a la Licitación, éstas se explicarían porque, según esta Fiscalía pudo constatar –con ocasión de las diligencias que se llevaron a cabo a propósito de esta investigación–, habrían existido conversaciones y reuniones entre la JUNAEB y los distintos gremios del transporte público de pasajeros, donde dicho Servicio les habría comunicado a estos últimos el monto que pagaría por la prestación de los servicios objeto de la subasta²⁹.

VI. CONCLUSIONES

56. Durante el curso de esta investigación, constatada la relativa homogeneidad de las ofertas económicas, esta División indagó la existencia de elementos adicionales^{30 31} a un paralelismo en precios.

57. En efecto, la División centró su atención en indagar la existencia de circunstancias que inequívocamente serían sintomáticas de la existencia de un cartel entre los oferentes del proceso licitatorio. Al respecto, se llevaron a cabo una serie de diligencias, tales como visitas inspectivas a los investigados; análisis del proceso de licitación; análisis de la información remitida por los afectados y otros actores de dicho proceso; análisis de

²⁹ Entre otras, declaraciones de (i) [REDACTED] y [REDACTED], de 9 de diciembre de 2009; (ii) [REDACTED] y [REDACTED], de 25 de marzo de 2010; (iii) [REDACTED], de 1 de septiembre de 2010; (iv) [REDACTED], de 2 de septiembre de 2010;

³⁰ Sentencia no. 57/2007 (Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Isapre ING S.A. y otros, de 12 de julio de 2007.), que –en su considerando octogésimo primero– señaló: “Que, en este orden de cosas, se analizará a continuación si existió o no el paralelismo de conductas alegado por la FNE, y si concurren o no hechos anexos que permitan explicar dicho paralelismo, ya sea como el resultado de decisiones no cooperativas de las requeridas –interdependencia oligopólica, caso en el cual no habría colusión–, ya sea como el resultado de un acuerdo entre las requeridas –colusión–. Estos hechos anexos al paralelismo se denominarán, para efectos de orden, como “factores adicionales” (o “plus factors”).

³¹ “Que, de este modo, no existe una justificación única que explique la existencia de la conducta paralela que se dio por establecida, sino que, por el contrario, cualquiera de las razones anotadas precedentemente permite, por sí misma, comprender su mecanismo y explicar las razones por las que se produjo dicha simultaneidad” (Considerando 14°) y “No basta con mencionar la concurrencia de elementos que, eventualmente, podrían servir para establecer ese punto de hecho, sino que es preciso determinar certeramente si ellos acreditan o no dicha circunstancia.”(Considerando 11°). Sentencia de 28.01.08, correspondiente a los autos No. de Ingreso Corte 4052-07 de la Excelentísima Corte Suprema, sobre a Recurso de Reclamación formulado por la Fiscalía Nacional Económica contra la sentencia no. 57/2007 del TDLC, recaída en autos caratulados “Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Isapre ING S.A. y otros”).

actas de reuniones de asociados de las distintas federaciones y asociaciones gremiales; declaraciones de los investigados y funcionarios del organismo gubernamental licitante de los servicios, entre otros, llegando a agotar la investigación.

58. Efectuadas las diligencias señaladas, se pudo constatar que los oferentes debían contar con la autorización de los gremios de microbuses para poder prestar los servicios objeto de la licitación.
59. Sólo fueron dos los mercados donde, en definitiva, participaron 2 o más competidores, a saber, las Líneas de Producto nos. 6 y 10.
60. Por su parte, la Línea de Producto no. 7 fue adjudicada a FETRAG, mientras que en las doce restantes, FETRAM fue el único adjudicatario.
61. Para proveerse de la factibilidad técnica necesaria para prestar los servicios objeto de la subasta, FETRAM se acercó a empresas asociadas y no asociadas, con el objeto de obtener autorización para subir a los buses.
62. Respecto de la Línea de Producto no. 6, no se logró acreditar la existencia de comunicaciones relevantes entre los gremios que resultaron adjudicatarios.
63. En cuanto a la Línea de Producto no. 10, no se pudo constatar la existencia de un acuerdo entre Tecnológica y Federación Gremial Interregional de Transporte de Pasajeros. Asociación Gremial Provincial de Dueños de Taxibuses de Concepción A.G., por su parte, no se adjudicó parte alguna de la subasta.
64. En lo que se refiere a la homogeneidad de las ofertas económicas, las mismas podrían explicarse por la existencia de comunicaciones entre la JUNAEB y los gremios de microbuses, en cuyo contexto la primera le habría indicado a los segundos el monto que pagaría por los servicios.

65. A este respecto, se hace presente al Sr. Fiscal Nacional Económico que actualmente se encuentra en tramitación una investigación que sigue el Ministerio Público en contra de funcionarios (o ex funcionarios) de la JUNAEB y de los representantes de los gremios de microbuses, por presuntos delitos de malversación de caudales públicos, que rola bajo el RUC 0901133032-8. Asimismo, en septiembre de este año, se presentó una querrela dirigida contra las personas señaladas ante el 8° Juzgado de Garantía de Santiago por los mismos hechos, la cual se tramita bajo el RIT 9186-11.
66. Por otro lado, se constató que los criterios específicos de la modalidad de adjudicación múltiple no fueron definidos en las Bases, y sólo fueron establecidos posteriormente por la Comisión de Evaluación en el acta de adjudicación, lo que no se ajusta al principio de transparencia que debe imperar en todo proceso competitivo.
67. Además, las Bases no señalaban la necesidad de contar con la autorización de los dueños de los microbuses para poder prestar los servicios licitados, lo que representó, de facto, una restricción para la entrada de potenciales competidores e implicó que el proceso licitatorio no fuera suficientemente competitivo, pues sólo los empresarios microbuseros o aquéllos que contaran con autorización de éstos podían prestar satisfactoriamente los servicios licitados.
68. Por todo lo señalado precedentemente, en concepto de esta División, no hay antecedentes suficientes que permitan acreditar la existencia de acuerdos entre competidores que fueran idóneos o aptos para impedir, restringir o entorpecer la libre competencia en los mercados analizados en este informe, por lo que se recomendará proceder al archivo de esta investigación.
69. Lo anterior, se entiende sin perjuicio que, si el Sr. Fiscal Nacional Económico lo tiene a bien, se sugiera o instruya a la JUNAEB para que en lo sucesivo, cuando decida llamar a una subasta, adopte los resguardos para obtener procesos competitivos.

VII. RECOMENDACIONES

Por las razones expuestas, salvo el mejor parecer del Sr. Fiscal Nacional Económico, esta División estima que los antecedentes recabados durante la investigación no son suficientes para interponer un requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, por lo que se recomienda proceder a su archivo, sin perjuicio de sugerir o instruir a la JUNAEB para que, en lo sucesivo, inste a que las bases de licitación que elabore, incentiven la competencia efectiva entre oferentes.

Saluda atentamente a usted,



**RONALDO BRUNA VILLENA
JEFE DIVISIÓN DE INVESTIGACIONES**

