

REPUBLICA DE CHILE  
COMISIÓN PREVENTIVA CENTRAL  
AGUSTINAS 853. PISO 12  
SANTIAGO

1

CPC. N° 1227 /

ANT.: Denuncia de "Consortio Nacional de Distribución y Logística S.A., "ChilePost S.A." en contra de "Procura Digital Chile S.A."

Rol N° 432-02 F.N.E.

MAT.: Dictamen de la Comisión.

Santiago, **25 NOV 2002**

1.- El Consorcio Nacional de Distribución y Logística S.A., "ChilePost S.A.", en adelante ChilePost, representado por su gerente general, don Ignacio Ossa Guzmán, ambos con domicilio en Avenida Américo Vespucio Norte N° 0420, Quilicura, Santiago, ha formulado denuncia ante la Fiscalía Nacional Económica en contra de la sociedad Procura Digital-Chile S.A., en adelante Procura, representada por doña Pamela Bidart H., ambos domiciliados en Marchant Pereira N° 201, piso 9°, Providencia, por presuntas irregularidades en el proceso de licitación del denominado "Servicio de Distribución de Correspondencia y Mecanizado del Banco Santiago".

2.- Tal proceso consistió en un llamado a licitación privada que efectuara el Banco de Santiago, mediante el cual a través de un proceso de subasta electrónica adjudicó, mediante este mecanismo, el envío de correspondencia a su clientela.

3.- Las irregularidades que se denuncian serían, en síntesis, las siguientes:

a) Falta de claridad de las Bases de Licitación, constituidas por la denominada "Solicitud de Cotización".

Señala que las respuestas enviadas por Procura, entidad encargada de efectuar la licitación, a las consultas de su representada, sobre la licitación, constituyen en gran medida una modificación de las mismas y desconoce si ellas fueron notificadas a los otros licitantes. Por su parte, ChilePost no recibió copias de las respuestas a las consultas formuladas por los otros partícipes, si es que éstas existieron.

b) Modificaciones constantes de las bases de licitación, efectuadas con posterioridad a su inicio.

La licitación se inicia una vez enviadas las cotizaciones o posturas iniciales de los licitantes (en este caso, el lunes 4 de marzo de 2002). Sin embargo, los documentos que detallan la manera en que aquélla sería efectuada, e incluso ciertas limitaciones a las disminuciones de los precios que podían ser ofrecidos durante el remate, fueron notificados con posterioridad a esa fecha.

c) Irregularidades producidas en la simulación del remate.

Según el documento "Subastas. Guía del Licitador", preparado por Procura, la simulación del remate debió haberse efectuado varios días antes del remate; sin embargo, sólo se llevó a cabo con menos de 24 horas de anticipación a la fecha del remate definitivo, recibándose explicaciones mínimas sobre el funcionamiento del sistema, sin siquiera llegar a probar cómo operarían las extensiones.

d) Irregularidades producidas durante el proceso de subasta o remate inverso:

Según expresa la denunciante, el tiempo indicado en las pantallas de Procura no era "tiempo real", como dicha empresa había garantizado, lo que, de acuerdo a ella misma, queda demostrado en el hecho que dos directores de ChilePost espectadores del proceso de remate (el sistema permitía que terceras personas ingresaran electrónicamente a la subasta como "espectadores" o "viewer") tuvieran tiempos distintos en el reloj publicado por Procura en su página de Internet, a pesar de que sus equipos cumplieran con las condiciones mínimas para participar en la subasta.

Añade a esto la circunstancia que ChilePost se mantuviera por alrededor de 40 minutos como segundo postor, no obstante efectuarse, por los otros postores, durante todo ese tiempo nuevas ofertas, lo que, en un remate en que sólo participan tres postores, carece de explicación lógica.

Por otra parte ChilePost, envió una postura mejor a la que finalmente se adjudicó la licitación, cuando según el reloj de Procura faltaban dos minutos para el cierre del remate, la que sin embargo no fue considerada. Ello se debió a una información errónea enviada por Procura durante el remate, indicándoles que quedaba un minuto, no obstante que éste se cerró 27 segundos después de enviado dicho mensaje.

Estas irregularidades habrían afectado no sólo a ChilePost, al no obtener la extensión del plazo del proceso de remate, sino que, además, al Banco Santiago, que no pudo lograr un precio inferior por los servicios licitados, y al otro partícipe, que tampoco se adjudicó la licitación.

4.- A juicio de la denunciante, dichas irregularidades afectan, también, los fundamentos mismos del sistema de defensa de la libre competencia y atentan contra los principios sentados por la jurisprudencia de los organismos establecidos por el Decreto Ley N° 211, con el agravante de tratarse de un mercado —el del comercio electrónico— que cada día cobra mayor importancia, dados los volúmenes que en él se transan y la cantidad de personas que participan y que, por su rápido desarrollo, pareciera haber quedado al margen del ordenamiento jurídico.

Considera relevante, por lo tanto, que los organismos antes mencionados se pronuncien respecto de este verdadero "mercado virtual", estableciendo reglas claras y precisas que permitan que los principios generales de igualdad entre oferentes y demandantes y de transparencia de los mercados, sean también efectivos en las negociaciones efectuadas a través de Internet.

5.- A continuación, analiza la forma en que se realizan las transacciones comerciales a través de la red, la importancia que éstas han adquirido y las características del sistema utilizado por Procura para efectuar remates como el denunciado.

Señala que los servicios de aprovisionamiento a través de la red, como los ofrecidos por Procura, constituyen un negocio relativamente nuevo, desarrollado por las empresas tecnológicas y consisten, básicamente, en disminuir los costos normales de la negociación de contratos de prestación de servicios o compra de productos, por lo general, a través de remates o subastas electrónicas inversas.

Estima que el mercado constituido por las transacciones en Internet, y en particular el de aquéllas que se realizan a través de subastas o remates electrónicos, no puede pretender escapar a las normas que tutelan la libre competencia, que de acuerdo a lo señalado por la propia H. Comisión Resolutiva, tienen por objeto "...no sólo cautelar el interés de los consumidores, sino más bien la de salvaguardar la libertad de todos los sujetos que participan en la actividad económica, sean ellos productores, comerciantes o consumidores, para beneficiar con ello a toda la comunidad" (Resolución N° 90, de 28 de enero de 1981), pues "el interés de ésta es que se produzcan más y mejores servicios, a precios más reducidos, lo que asegura, entre otras circunstancias, la libertad de todos los participantes en la actividad económica para dar o requerir servicios, dentro de un esquema de libre competencia" (Resolución N° 171, de 10 de abril de 1984).

Cita, también, jurisprudencia de las Comisiones Resolutiva y Preventiva Central en materia de licitaciones (Resoluciones Nos. 288, de 9 de agosto de 1988 y 522, de 13 de octubre de 1999, y Dictámenes Nos. 995, de 23 de diciembre de 1996; 1.000, de 10 de enero de 1997 -confirmado por Resolución N° 481, de 14 de enero de 1997- y 1146, de 26 de enero de 2001) y expresa que en el proceso de licitación materia de la denuncia, no se cumplieron ninguno de los principios indicados en los pronunciamientos antes citados, a saber: apego irrestricto a las bases de licitación, igualdad en el trato que deben recibir todos los partícipes de ella y transparencia.

Concluye solicitando se investiguen las irregularidades denunciadas y se formule el respectivo requerimiento ante la H. Comisión Resolutiva, para que ésta, en uso de sus facultades, deje sin efecto el proceso de licitación antes indicado; si procediere, dicte las normas de carácter general que estime necesarias para garantizar la libre competencia en el mercado de las subastas o remates electrónicos, y proceda a ordenar, como medida precautoria, en virtud de las facultades que le confiere el artículo 17, letra o), del D.L. 211, la prohibición a Banco Santiago de suscribir el contrato de prestación de servicios para la distribución y mecanizado de correspondencia con el adjudicatario en el proceso de licitación denunciado.

6.- A fs. 448 don Daniel Contreras T., en representación de Procura Digital Chile S.A., solicita el rechazo de la denuncia de autos, basado en lo siguiente:

Procura participa en un mercado muy competitivo, sin grandes barreras de entrada, ya que a las nuevas empresas que han ingresado a él (entre las que se incluye Procura), hay que agregar un extenso número de empresas consultoras, con años de presencia en la industria (A.T. Kearney y Accenture entre otras), y una multiplicidad de proveedores de herramientas de cotización tales como subastas, marketplaces, etc.(por ejemplo, Merconet, Adquira y Artikos).

Por otra parte, ni Procura ni Banco Santiago tendrían relación con Postal Service, ganador de la subasta, de la cual pudiera derivarse un ánimo discriminatorio con el fin de afectar la competencia en el mercado de los servicios de distribución de correspondencia.

7.- Procura, sus clientes en general y Banco Santiago en particular, no están obligados por disposición legal a someterse a un procedimiento de contratación por la vía de licitaciones.

El negocio de Procura es, precisamente, crear competencia, abriendo nuevos espacios, de manera que clientes que estaban cautivos de un proveedor, por falta de información o por cualquier otra causa, vean la posibilidad de obtener un suministro a un precio inferior. En este contexto, expresan, sería difícil imaginar un procedimiento de contratación que resguarde mejor la libre competencia que el de la subasta electrónica, que atiende a elementos objetivos y fácilmente comprobables. En el caso presente, además, había un único factor de adjudicación: el precio.

Más aun, en el contexto de una licitación voluntaria y privada, la invitación a participar pudo no haberse extendido a la denunciante, por lo que no se advierten los motivos para discriminarla ex post.

8.- ChilePost, agrega la denunciada, siempre se mostró reticente, incluso desde antes de la licitación, al mecanismo de adjudicación por subasta inversa (aquella en que gana el proveedor "que ofrezca un menor precio total por las diferentes categorías especializadas"), extrañándose de que no se consideraran otras características de la prestación de los servicios o de la empresa oferente, así como que no se hubiera solicitado ningún tipo de información financiera o de propiedad, ni el otorgamiento de boletas de garantía. Es más, en su cotización, ChilePost manifiesta su aspiración de prestar los servicios sobre la base de una oferta que combine precio y varios otros factores, lo que si bien es legítimo en licitaciones ordinarias, su alcance puede verse desvirtuado cuando las bases han señalado que el único factor relevante es el precio, ya que podría haberse traducido en una desventaja para aquellos competidores que se ciñeron estrictamente a las bases, si el Cliente hubiese decidido considerarlas, y pudo haber motivado la descalificación de ChilePost.

9.- ChilePost, según la denunciada, pretende introducir regulaciones generales a Internet a propósito de un caso particular, en el cual no concurre ninguno de los riesgos que las legislaciones han querido evitar. A su juicio, lo único relevante, desde la perspectiva de la libre competencia, es que no se discrimine arbitrariamente, y nunca se ha pretendido excluir a las subastas electrónicas, incluso privadas, de las normas que rigen esa materia.

10.- En cuanto al soporte técnico de la Subasta, es estandarizado y lo proporciona la empresa "e-breviate", no relacionada con Procura y líder mundialmente reconocido en la provisión de estos sistemas, a quien Procura entrega los datos de los participantes, los requerimientos de categorías y subcategorías, y la moneda de intercambio (dólares, pesos, etc.), sin intervenir en ninguno de los aspectos técnicos estructurales del sistema, tales como cronómetros, orden de envío de comunicaciones, etc. En Chile, Procura ha efectuado más de 20 licitaciones con este sistema, todas beneficiosas tanto para proveedores como para clientes, quienes no han manifestado reclamo alguno.

11.- Desde otro punto de vista, la Subasta supone, como toda licitación, dos elementos esenciales: por una parte, se especula acerca de lo que los otros están dispuestos a ofrecer, lo que requiere planificación de una estrategia y la conformación de un equipo licitador adecuado, y, por otra, cada licitador compete

consigo mismo, lo que supone la definición de un "precio de reserva", esto es, el mínimo precio que se está dispuesto a recibir para adjudicarse un contrato.

12.- Agrega Procura que del análisis posterior a la Subasta materia de la denuncia, se desprende que Postal Service combinó adecuadamente ambos elementos: no provocó innecesarias extensiones al proceso y compitió sucesivamente consigo misma en las diversas categorías contempladas, generando así las distancias necesarias con los demás postulantes, lo que comprueba que no arriesgó sus posturas más allá de su precio de reserva. Por el contrario, la estrategia mostrada por ChilePost al parecer no fue adecuada, ya que, junto con generar diversas extensiones en la Subasta (4), durante períodos prolongados no formuló ofertas ni compitió consigo misma, lo que pudo ser especialmente negativo hacia el final de la Subasta, dadas las reglas que impiden disminuir el valor de las cotizaciones más allá de ciertos rangos preestablecidos. Mientras Postal Service formuló 43 ofertas, distribuidas equilibradamente entre las diversas subcategorías, ChilePost sólo efectuó 30, concentradas en determinadas subcategorías. La demora en efectuar cotizaciones pudo haber provocado una distancia irremontable respecto de la mejor cotización. Finalmente, señala que ChilePost postergó más allá de lo prudente el envío de la oferta que, según ella, habría resultado ganadora, y cuya recepción oportuna, por lo demás, sólo habría generado una nueva extensión de la Subasta y no habría asegurado su adjudicación a ChilePost. A mayor abundamiento, la mejor oferta de ChilePost, esto es, su "precio de reserva", pudo haber incorporado el costo de la garantía que ofreció, no exigida por los patrocinadores de la licitación ni presentada por los demás postulantes.

13.- Explica Procura que éste es un sistema de carácter voluntario y privado, cuyo número de participantes es limitado, al cual se accede mediante invitación extendida por el Cliente (en este caso Banco Santiago) a empresas que cumplen requisitos preestablecidos y verificados por aquél, en conjunto con Procura, con anterioridad a su realización. Con posterioridad a ello, viene un período de presentación de las respectivas cotizaciones, a través de un formato estandarizado, diseñado teniendo en cuenta que se trata de empresas conocidas por el Cliente, cuya calidad y reconocimiento dentro del mercado no necesita ser probada.

A continuación, se efectúa la entrega de las bases de licitación, o Guía del Licitador, que establece un marco general de instrucciones y detalla las particularidades del sistema de subastas electrónicas. Esta Guía es de carácter general, de modo que, según las características del cliente y de los servicios cotizados, se dictan reglas complementarias especiales para cada subasta.

14.- Respecto de las objeciones formuladas por la denunciante consistentes en una supuesta falta de claridad en las bases y modificación de las mismas, dichas objeciones se contradicen con la correspondencia que ChilePost mantuvo con Procura, y no fueron formuladas por aquélla durante el período previo a la Subasta.

Las bases eran suficientemente claras y fueron aceptadas por todos los participantes. Las consultas de ChilePost fueron contestadas en forma oportuna y completa, con copia a los demás postulantes (mail Anexo 11) y se refirieron sólo a las características del Servicio de Correo y no al mecanismo de subasta electrónica o al alcance de las bases de licitación. Los demás licitantes no formularon consultas.

15.- Si bien las Reglas de la Subasta fueron enviadas el día previo a la licitación, no pueden considerarse modificatorias sino complementarias, ya que están destinadas

a regular una etapa específica de la Subasta -el remate propiamente tal-, por lo que es suficiente que se entregue con anterioridad a ella. Además, por los cálculos que deben hacerse, es imposible enviarlas antes de la presentación de las cotizaciones iniciales de los licitantes.

El hecho de que se hayan distribuido diversas versiones durante el mismo día, se debió a la necesidad de corregir errores formales, habiendo sido transmitidas por correo electrónico a cada uno de los licitantes, con sólo diferencias de minutos. La última versión enviada, que introdujo una regla complementaria, no alteró las anteriores y, además, benefició a los participantes, dándoles un instrumento de seguridad adicional consistente en la posibilidad de formular cotizaciones vía telefónica dentro del plazo de la Subasta, en caso de que los sistemas del postulante registraran problemas, beneficio que no fue utilizado por ninguno.

16.- En cuanto a irregularidades producidas en la simulación del remate, que se denuncia, (etapa de prueba), la anticipación de este período no es relevante y el mecanismo de extensiones fue efectivamente probado durante el entrenamiento y en lo que se refiere a presuntas anormalidades durante el proceso de subasta, referidas a sincronización y a inexplicable mantención de una postura, señala la denunciada que la garantía de que el tiempo oficial de la Subasta sea uno solo, se refiere únicamente a la sincronización de los relojes del servidor con los de los participantes y de los de éstos entre sí. Los relojes de los "observadores", que disponen de una clave especial en esa calidad, no necesariamente están sincronizados. Sin embargo, lo importante, a su juicio, son los licitadores, cuya información debe llegar al administrador del sistema en forma expedita, al igual que la confirmación que el sistema envía de haber recibido una cotización, etapas que son casi simultáneas.

Los licitadores verifican el tiempo transcurrido y, por lo tanto, el restante de la Subasta, por medio de un cronómetro ubicado en la parte superior central de la pantalla y de relojes dispuestos al costado izquierdo de la misma, que marcan las horas de inicio y término de aquélla, instrumentos que varían y se ajustan cada vez que se genera una extensión, por lo que indican la hora exacta de finalización de la Subasta.

ChilePost señala haber advertido la diferencia horaria a los 2 minutos de iniciada la Subasta pero, hasta su término, no envió observación alguna al respecto; tampoco utilizó los mecanismos contemplados para los casos en que surgieran problemas.

17.- Finalmente, en cuanto a las anormalidades que habrían ocurrido durante la Subasta, referidas al envío de las ofertas, hace un detallado análisis sobre las causas por las cuales la cotización supuestamente enviada por ChilePost no fue recibida por el sistema. De esta forma, expresa que los resultados de la Subasta muestran, por un lado, los beneficios del sistema, que permitieron al Banco Santiago alcanzar un 24,43% de ahorro en los Servicios de Correo y, por otro, muestran inequívocamente que ChilePost no utilizó la mejor estrategia de licitación y, de hecho, su oferta total estuvo muy por debajo de la oferta ganadora. Así, mientras Postal Service registró, a ese Cliente, ahorros por \$ 127.866.000, la oferta de ChilePost le significaba ahorros por \$ 108.088.200.

18.- Analizados los antecedentes, y teniendo en consideración el informe emitido por la Fiscalía Nacional Económica, esta Comisión debe declarar en relación a la materia investigada que, aun cuando se trate de una licitación especial y voluntaria a la cual se accede mediante invitación, desde el momento en que se decide utilizar dicho sistema, el proceso debe cumplir con ciertos requisitos que aseguren la debida transparencia, estableciendo en las bases condiciones generales y objetivas, de modo que las empresas invitadas a participar puedan hacerlo en total igualdad en el trato.

19.- No obstante lo anterior, de acuerdo con lo informado por el señor Fiscal, también debe declararse que las bases de la licitación en cuestión eran generales y objetivas, y no fueron cuestionadas por ChilePost en el período previo a la subasta, como tampoco los cambios posteriores que a dichas bases se hicieron, por lo que, sumado a la decisión de Chile Post de participar en la subasta, hace suponer que la denunciante consideró en su oportunidad que éstas ofrecían garantías suficientes en este sentido.

20.- Por otro lado, no habiendo controversia en que el parámetro para decidir respecto del ganador de la licitación fue sólo el precio, existía una condición objetiva que permitía que todos los interesados en participar lo hicieran en términos de igualdad.

En cuanto a las posibles discrepancias horarias, no existen evidencias de que ChilePost hubiera informado, en su oportunidad, a Procura que éstas se hubieran producido.

En caso que efectivamente se hubieren producido errores en el proceso de la Subasta electrónica, éstos más bien pueden atribuirse a las complejidades técnicas asociadas a un proceso de transferencia electrónica de datos, donde por lo demás, siempre existió la posibilidad de utilizar la vía alternativa del teléfono, cuestión afirmada por la denunciada y que no ha sido desmentida por la denunciante.

21.- Por último, el mercado de que se trata es competitivo, donde no se observan barreras a la entrada y no se ha acreditado que la denunciada detente una posición relevante que le otorgue un poder de dominio significativo, ni menos que abuse de él, en caso que así fuere.

22.- Sin perjuicio de lo anterior, esta Comisión considera conveniente prevenir a la denunciada en el sentido que, en las subastas electrónicas a que llame en el futuro, en el caso que se modifiquen o complementen las bases primitivas, se otorgue un plazo prudente a los licitantes para tomar conocimiento de ellas. En cuanto al sistema de relojes y cronómetros que marcan las horas de inicio y término de la subasta, debe velar por que el sistema funcione con total claridad, evitando se produzcan diferencias entre los distintos elementos.

En consecuencia, salvo la prevención precedente, se desestima la denuncia.

Notifíquese al Sr. Fiscal Nacional Económico y a la denunciante y denunciada de esta causa.

El presente dictamen fue acordado en la sesión del día 15 de noviembre de dos mil dos, por la unanimidad de los miembros presentes, señora Andrea

REPUBLICA DE CHILE  
COMISIÓN PREVENTIVA CENTRAL  
AGUSTINAS 853, PISO 12  
SANTIAGO

8

Butelmann Peisajoff, Presidenta, Rodemil Morales Avendaño y Carlos Castro Zoloaga.

*[Handwritten signature]*  
*Butelmann*

*[Handwritten signature]*  
**FRANCISCO VARAS FERNANDEZ**  
Secretario - Abogado  
Comisión Preventiva Central