

Santiago, seis de agosto de dos mil catorce.

**Vistos:**

En estos autos Rol N° 13972-2013, caratulados "Sonda S.A. contra el Servicio de Registro Civil e Identificación", el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dictó la sentencia N° 132/2013 de veinticinco de octubre del año dos mil trece, escrita a fojas 1501 del Tomo V, por medio de la cual acogió parcialmente la demanda presentada por la citada compañía en contra del indicado órgano público, por la ejecución de actos que habrían tenido por objeto y efecto reducir y eliminar la competencia en la Licitación Pública Internacional para la provisión de los servicios destinados al "Sistema de Identificación, Documentos de Identidad y Viaje y Servicios Relacionados para el Servicio de Registro Civil e Identificación", conforme a lo prescrito en el artículo 3 del Decreto Ley N° 211.

La demandante fundó su acción manifestando que su parte, en una primera etapa, fue excluida de la referida licitación, la que, además, fue adjudicada a Indra Sistemas Chile S.A., decisiones impugnadas por su parte y por otra de las compañías que intervino en el proceso licitatorio, Sagem Sécurité S.A., hoy Morpho S.A., mediante sendas demandas de impugnación deducidas ante el Tribunal de Contratación Pública, las que fueron acogidas dejando sin efecto la mencionada adjudicación y ordenando retrotraer la

licitación al estado de efectuar una nueva evaluación técnica y económica de las propuestas y la reincorporación de Sonda al proceso, omitiendo el Tribunal pronunciarse sobre los vicios de calificación técnica imputados por su representada en su acción, los que debían ser objeto de una nueva evaluación.

Añade la actora que, reanudado el proceso licitatorio, el ente público declaró inadmisibles las ofertas de otros dos interesados y luego hizo lo propio con la presentada por Sonda, al no haber cumplido con las exigencias de experiencia del proponente, y que, por último, adjudicó la licitación a Morpho S.A. pese a que presentó la propuesta más costosa, lo que se explica porque dicha sociedad llegó sin competencia a la fase final y por lo mismo no fue objeto de comparación, ni económica, ni tecnológica, añadiendo que se cometieron múltiples y graves irregularidades en el proceso y que el demandado incurrió en actos arbitrarios que habrían afectado gravemente las condiciones de competencia en el mismo. Así, explica que el licitante se extralimitó permanentemente, incumpliendo las Bases de Licitación y la Ley N° 19.886, con el objeto de alterar las condiciones objetivas de competencia; poner en situación de privilegio a algunos oferentes en desmedro de otros y, finalmente, excluir participantes para, en definitiva, adjudicar el contrato al único proponente que dejó en carrera, sin que mediara competencia alguna,

actuación que califica de abuso de poder y que se concreta en diez conductas.

Así, comienza aduciendo que en la primera exclusión de su parte del proceso licitatorio, basada en que no informó el tiempo que su software de reconocimiento facial demoró en procesar 29 fotografías, éstas estaban incompletas o corruptas y que el servicio demandado no le solicitó rectificación alguna.

Enseguida arguye que la adjudicación efectuada a Indra adoleció de diversas irregularidades, vicios que fueron constatados en la sentencia del Tribunal de Contratación Pública que declaró ilegal dicha adjudicación, que excluyó a tal empresa de la licitación y que retrotrajo ésta al estado de efectuarse una nueva evaluación técnica y económica.

En tercer término sostiene, en torno a la exclusión de las sociedades SICE y Bundesdruckerei del proceso de licitación, que reanudado éste el demandado adoptó dicha determinación porque no habrían renovado las boletas de garantía de seriedad de sus ofertas, decisión que tilda de arbitraria ya que ellas vencieron durante la suspensión de la licitación decretada por el tribunal indicado en el razonamiento que antecede.

A continuación alega que al excluir a su parte por segunda vez de la licitación, declarando inadmisibles sus ofertas fundado en que no acreditó su experiencia conforme a

las Bases Técnicas, el Servicio de Registro Civil e Identificación incurrió en una nueva conducta reprochable puesto que con ello eliminó lo que quedaba de competencia en el mercado creado por la licitación, otorgando a Morpho un monopolio mediante resoluciones administrativas discrecionales. Añade que ello supone una grave infracción a la sentencia dictada por el Tribunal de Contratación Pública en la causa rol N° 85-2010, que ordenó retrotraer la licitación al estado de efectuar una nueva evaluación técnica y económica, en tanto lo que hizo fue retrotraer el proceso a la etapa de evaluación de los antecedentes administrativos, la que había terminado en 2009. Asimismo, sostiene que la evaluación de ofertas técnicas supone la calificación de 8 Componentes (que a su vez comprenden diversas Materias e Ítems) pudiendo ser excluido un oferente sólo si no obtiene el puntaje mínimo en uno de los componentes técnicos, de lo que se sigue que previamente se debe ponderar la calificación obtenida en cada una de las Materias e Ítems respectivos, pese a lo cual el demandado declaró la inadmisibilidad de su oferta antes de calificarla. Por último, aduce que el reproche de falta de acreditación de experiencia carece de sustento, pues su parte estuvo a cargo de la emisión de cédulas de identidad y pasaportes en Chile durante los últimos años.

Como quinta conducta reprochable del Servicio de Registro Civil e Identificación señala la no exclusión de

Morpho del proceso como consecuencia de vicios en su boleta de garantía de seriedad de la propuesta, toda vez que, según expone, dicho instrumento no fue extendido a la vista, lo que supone infringir las Bases y la Ley N° 19.886 y quebrantar la igualdad entre los oferentes y la competencia leal que debe existir entre ellos.

Enseguida le imputa que la evaluación de las ofertas presentadas se efectuó en condiciones desiguales para los proponentes, desde que existían proposiciones económicas abiertas y otras cerradas, olvidando que en el proceso licitatorio no se han de conocer tales ofertas al evaluar las técnicas, a fin de asegurar evaluaciones imparciales e independientes.

En séptimo lugar le imputa la utilización de distintos criterios en la evaluación de las propuestas técnicas y una actuación que conceptúa como arbitraria, ya que al calificar a Morpho aplicó un criterio dispar al empleado para declarar inadmisibile la oferta de su representada, pues si hubiera evaluado la propuesta de Morpho por Ítems en vez de por Componentes -como lo hizo con Sonda- habría tenido que ser declarada inadmisibile.

A continuación reprueba en el proceder del demandado que haya conformado la Comisión Evaluadora con un funcionario que carecía de la imparcialidad suficiente, pues uno de los miembros de la Subcomisión Técnica de la segunda Comisión Evaluadora, que calificó la propuesta de

los oferentes que aún seguían en proceso, con anterioridad había emitido su opinión sobre aspectos técnicos de la licitación y de las propuestas al declarar como testigo presentado por Morpho en el proceso rol N° 85-2010 del Tribunal de Contratación Pública, deposición que conforme a las normas sobre probidad administrativa lo inhabilitaría para actuar en la calidad en que lo hizo.

Más adelante censura al Registro Civil haber adjudicado la licitación al único oferente que continuaba en carrera y no haber ejercido la facultad de declarar desierta la licitación, toda vez que se ha producido un desfase de precios y soluciones tecnológicas, con el consiguiente mayor precio a pagar por el Servicio por una tecnología atrasada, de lo que se infiere, a su juicio, que las únicas alternativas razonables pasaban por reincorporar a los oferentes excluidos o por declarar desierta la licitación, lo que no se hizo. Destaca que la falta de ejercicio de tal facultad atenta en contra de la libre competencia, porque sólo mediante la declaración de esa deserción se habría cumplido la finalidad pública propia del proceso.

A continuación divisa una última conducta reprobable en las irregularidades ocurridas a propósito de las pruebas que integran el proceso licitatorio, que hace consistir, en síntesis, en demoras injustificadas en la entrega del protocolo de pruebas y de los datos para realizar las

pruebas prácticas; en que las pruebas de los oferentes fueron observadas por distintas personas y en que la definición de los criterios de evaluación se verificó al momento de realizar la calificación, lo que alteró sustancialmente la igualdad entre los oferentes, otorgando mayor relevancia al precio en desmedro del componente técnico.

Expuesto lo anterior la reclamante explica, en lo que concierne al mercado relevante, que la licitación generaría uno entre los oferentes que define como la prestación de bienes y servicios de carácter computacional y tecnológico, en el marco de las necesidades del Servicio de Registro Civil e Identificación y, en particular, de las emisiones de cédulas de identidad y pasaportes, el que está definido por el territorio de la República y, desde una perspectiva temporal, por el plazo de 10 años de duración del contrato de que se trata. En resumen, el proceso licitatorio produce una competencia por el mercado, y no en el mercado.

Al contestar el servicio demandado solicita el rechazo de la demanda con costas, negando haber incurrido en conductas que atenten en contra de la libre competencia. Explica que la licitación de que se trata fue convocada para dar cumplimiento a sus fines propios, específicamente en lo vinculado a un nuevo sistema de identificación automática de cédulas de identidad y pasaportes, siendo Sonda el incumbente en el mercado de emisión de tales

documentos, pues ha provisto los servicios asociados a ellos por más de 11 años, habiendo utilizado diversos procedimientos administrativos y jurisdiccionales para entorpecer el ingreso de la adjudicataria, de manera que los mismos hechos de autos han sido planteados al Tribunal de Contratación Pública, a la Contraloría General de la República y a la Fiscalía Nacional Económica.

Enseguida aborda las imputaciones que se le efectúan y, en lo referido a la alegada primera exclusión de Sonda, a la supuesta realización irregular de pruebas prácticas y a la adjudicación en favor de la empresa Indra, aduce que todas ellas corresponden a controversias resueltas puesto que el Tribunal de Contratación Pública dictó sentencia firme a su respecto en los procesos rol N° 82-2010 y N° 85-2010, por lo que carecen de actualidad y oportunidad.

En lo que dice relación con las imputaciones de exclusión de las empresas Bundesdruckerei y SICE plantea la falta de legitimación activa de Sonda, desde que ésta no representa el "interés general en el orden económico" y porque, además, dicha circunstancia no afectó la capacidad de la actora de desenvolverse competitivamente en el mercado relevante, a la vez que también carece de oportunidad, pues fue resuelta por el citado Tribunal mediante sentencia dictada en la causa rol N° 138-2011.

Acerca de las irregularidades que se le atribuyen en lo vinculado con la boleta de garantía de seriedad de la



oferta de Morpho, explica que ella corresponde a un instrumento a la vista, ya que la presentación de un aviso al banco emisor no la priva de su condición de pagadera de inmediato.

En lo que atañe al supuesto otorgamiento de un trato desigual a los proponentes, como consecuencia de la existencia de ofertas económicas abiertas y cerradas, señala que ello se debe exclusivamente a que el Tribunal de Contratación Pública retrotrajo la licitación al estado de practicar una nueva evaluación técnica de las ofertas presentadas por SICE, Sonda, Bundesdruckerei y Morpho y como estas dos últimas ya habían llegado a la etapa de evaluación económica, sus propuestas ya se encontraban abiertas, hecho que no resulta imputable a su parte, pues sólo aplicó lo resuelto por el citado tribunal, a lo que se añade que tal circunstancia no generó ventajas o desventajas competitivas, desde que los proponentes no pudieron modificar las ofertas previamente presentadas y porque la evaluación económica no permite discrecionalidad.

En lo que concierne a los reproches que inciden en la segunda exclusión de Sonda, expone que ésta incumplió un requisito esencial de las Bases, cual es el relacionado con la experiencia, lo que justifica su exclusión. Asimismo, precisa que tampoco es posible tener por acreditada la experiencia exigida dadas las diferencias tecnológicas

entre el sistema de identificación objeto de la licitación y el provisto por Sonda desde el año 2001.

Enseguida se refiere a la imputada utilización de criterios distintos para evaluar las ofertas de Morpho y de Sonda y niega que aquélla no haya cumplido con el puntaje mínimo exigido por las Bases. Afirma, a su vez, que Sonda incumplió las Bases en lo que respecta al modo en que una Materia o Ítem debía ser acreditado, en tanto que Morpho obtuvo menos de 60 puntos en un Ítem que sí fue justificado, lo que no es causal de exclusión.

Luego examina el argumento consistente en que la adjudicación se efectuó al único oferente que continuaba en carrera y en que no se ejerció la facultad de declarar desierta la licitación, explicando que el de autos es un concurso y no una subasta, por lo que no se requería la concurrencia de más de un oferente para adjudicar y agrega que la propuesta de Morpho cumple con creces las exigencias técnicas de las Bases. Subraya que la declaración de deserción no es obligatoria y menos aún porque sólo medie una oferta admisible, destacando que ésta cumplía las Bases y que los intereses del Servicio han sido suficientemente satisfechos.

Finalmente sostiene, en lo que atañe a la alegada conformación de la Comisión Evaluadora con un funcionario que carecería de la imparcialidad suficiente, que tal imputación resulta irrelevante para la libre competencia.

A continuación manifiesta que se encuentran sometidas al conocimiento del Tribunal de Contratación Pública las imputaciones referidas a las irregularidades que existirían en la boleta de garantía presentada por Morpho; a la segunda exclusión de Sonda del proceso de licitación; a la improcedencia de una nueva evaluación técnica; a la desigualdad entre oferentes como consecuencia de la existencia de propuestas económicas abiertas y cerradas; a la parcialidad del funcionario integrante de la Comisión Evaluadora Sr. Opazo; a la adjudicación a favor de Morpho y, por último, al no ejercicio de facultad de declarar desierta la licitación, destacando que la calificación de las supuestas arbitrariedades en que habría incurrido su parte es una cuestión que el ordenamiento jurídico encomienda exclusivamente a dicho tribunal y que en este sentido se configuraría una relación de prejudicialidad entre la sentencia que debe pronunciar el referido Tribunal y aquella que podría dictarse en esta sede. En subsidio, arguye que el citado Tribunal de Contratación Pública previno en el conocimiento de tales supuestas arbitrariedades.

A fs. 1501 se dictó sentencia definitiva por la que se acogió, sin costas, la demanda sólo en cuanto se declaró que el Servicio del Registro Civil e Identificación infringió el inciso primero del artículo 3° del Decreto Ley N° 211, al incurrir en discriminaciones en la evaluación de

las ofertas de Sonda y Morpho que afectaron la competencia en la Licitación N° 594-56-LP08, condenó al mentado Servicio al pago de una multa a beneficio fiscal ascendente a 200 (doscientas) Unidades Tributarias Anuales y, por último, ordenó al mismo Servicio abstenerse, en lo sucesivo, de incurrir en conductas discriminatorias en los procesos de licitaciones que lleve a cabo y que afecten la libre competencia que debe darse en los mismos.

Para llegar a tal conclusión el tribunal examina y rechaza, en primer término, las defensas adjetivas opuestas por el Registro Civil vinculadas con la cuestión de prejudicialidad con el Tribunal de Contratación Pública y la supuesta radicación de la misma contienda jurídica ante éste, lo que impediría el conocimiento y fallo por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sobre el particular exponen que el órgano del Estado demandado actuó como comprador de un servicio, por lo que le resulta además aplicable lo dispuesto en la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos de Suministro y Prestación de Servicios, cuyo Título V prevé un tribunal especial, el de Contratación Pública, destacando que las cuestiones de prejudicialidad son excepcionales en nuestro ordenamiento jurídico, sin que exista norma alguna que obligue al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a esperar un pronunciamiento de aquél para que pueda conocer actos u omisiones ilegales o arbitrarios cometidos por un órgano público en el contexto

de un proceso de compras públicas, si los mismos impiden, restringen o entorpecen la libre competencia.

Enseguida analizan el mercado relevante expresando que la licitación tenía por objeto la contratación de un único proveedor y por un período prolongado para la provisión, sin costo adicional, de todos los elementos necesarios para la operación del sistema de identificación, de lo que infieren que la licitación pública debía tener como principal objetivo subsanar la imposibilidad de competencia expost, mediante la creación de una instancia en que diversos proveedores pudieran competir presentando ofertas para proveer los servicios, bajo condiciones de precio, calidad y cantidad que se aproximen a las de un mercado competitivo. En consecuencia, estiman que el mercado relevante es el de la licitación misma, entendiendo que ésta comprende todo el proceso de licitación.

A continuación los sentenciadores indagan en las conductas imputadas al Servicio de Registro Civil e Identificación y llegan a la conclusión de que todas, salvo una, deben ser desestimadas, sea por la inexistencia de prueba suficiente para acreditar los fundamentos de la acción intentada, como sucede con la alegada primera exclusión de la demandante de la licitación, o con las irregularidades que existirían en la adjudicación efectuada a Indra S.A. o en la integración de la Subcomisión Técnica de la Comisión Evaluadora del Servicio de Registro Civil e

Identificación o con la adjudicación realizada en favor del único oferente en carrera sin que se haya declarado desierta la licitación o con la presencia de irregularidades en la realización de las pruebas prácticas propias de la licitación. O porque el Registro Civil se limitó a cumplir las Bases Administrativas en relación a la exclusión de SICE y Bundesdruckerei del proceso licitatorio. O también porque no es imputable al servicio demandado el haber tenido a la vista algunas ofertas económicas al evaluar por segunda vez las técnicas en lo que se refiere a la evaluación de las propuestas en condiciones desiguales para los proponentes. En resumen, los sentenciadores estiman que las diversas conductas en comento, sean o no discriminatorias, no pueden ser calificadas como hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la competencia o que hayan tendido a producir dichos efectos.

Respecto de la única actuación imputada que resta, especificada como la segunda exclusión de Sonda del proceso de licitación, los falladores concluyen que el Servicio de Registro Civil e Identificación ejecutó actos de autoridad que restringieron la libre competencia en el mercado relevante de la licitación N° 594-56-LP08, al excluir de manera discriminatoria a Sonda, impidiendo de esta manera la comparación de las propuestas presentadas a la misma, lo que era determinante para la libre competencia, pues en la

presente licitación ella no se extinguía al momento de presentar las ofertas, sino que constituía un proceso que concluía con la evaluación de todas ellas en mutua comparación, a la vez que ponen de relieve que en su calidad de diseñador de las Bases el Servicio de Registro Civil e Identificación no pudo sino representarse que la imposibilidad de comparar ofertas, sumada al sistema de evaluación relativo de la licitación, podía llevar a adjudicarla a una oferta técnicamente defectuosa.

Para fundar dicha aseveración exponen que el demandado declaró inadmisibile la oferta de Sonda fundado en que no acreditó su participación en al menos un proyecto para cada uno de los componentes del Sistema de Identificación, destacando que la acreditación de la participación en proyectos similares para cada uno de tales componentes del Sistema de Identificación constituye un elemento esencial de las propuestas técnicas presentadas.

Explican que hay razones para estimar que las omisiones en que incurrió Sonda en este punto no debieron ser sancionadas con la inadmisibilidat de su oferta. Así, indican que el argumento del Servicio para elevar los certificados de experiencia a elementos esenciales de las propuestas técnicas no parece convincente, porque nada permite concluir que ellos conformen componentes sin los cuales no se pueda proceder a la evaluación, o que siquiera sean más relevantes que otros Ítems. Además, porque resulta

posible estimar que las Bases Administrativas otorgaban al demandado un margen de discrecionalidad frente al incumplimiento en uno o más de los ítems a ser evaluados técnicamente, de manera de permitirle declarar la inadmisibilidad de la oferta, de acuerdo a la sección 4.6 de las Bases Administrativas, o calificar con cero punto el o los respectivos ítems, conforme a la sección 4.7.3 de las mismas, pues resulta razonable suponer que la disposición específica relativa al incumplimiento de los ítems técnicos (contenida en la citada sección 4.7.3) debe aplicarse con preferencia a la de carácter general (consagrada en la mencionada sección 4.6). Añaden que tal inferencia se ve refrendada si se considera que esta última norma confería una potestad para rechazar las propuestas en términos facultativos y si, además, se considera que la evaluación de la oferta técnica de Sonda era exigible desde el punto de vista de las normas de defensa de la libre competencia, dado el carácter relativo de la regla de evaluación de las propuestas, de modo que, según concluyen, el demandado debió evaluar técnicamente la oferta de Sonda.

A ello se agrega, como consignan expresamente, que la mayor gravedad de la exclusión de Sonda deviene, desde el punto de vista de la defensa de la libre competencia, de la actuación discriminatoria del Servicio en esta materia. En efecto, arguyen que la evaluación de la oferta técnica de Morpho revela que el demandado obró de esta manera, pues de



aplicar el mismo criterio empleado con Sonda debió declarar inadmisibile la propuesta de aquélla, lo que deducen de la circunstancia de que existen diversos puntos en los que dicho proponente no cumplió a cabalidad con los requisitos establecidos en las Bases Técnicas y, sin embargo, su propuesta sí fue evaluada con arreglo a las disposiciones de la sección 4.7.3 de las Bases.

A fojas 1592 la empresa Sonda S.A. presentó reclamación en contra de la sentencia antes referida y a fs. 1624 el servicio público demandado hizo lo propio.

A fojas 1669 se trajeron los autos en relación.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que Sonda S.A. dedujo reclamación en contra del mentado fallo solicitando que se deje sin efecto, o se ordene al Registro Civil dejar sin efecto la adjudicación y el subsiguiente contrato suscrito con Morpho S.A.; que se aumente la multa a 20.000 (veinte mil) Unidades Tributarias Anuales o, en subsidio, al monto que esta Corte determine; y que se adopten las demás medidas que se consideren necesarias para restablecer el derecho quebrantado y para la adecuada reparación de las infracciones a la libre competencia, con costas.

En cuanto a los fundamentos de su reclamación la recurrente denuncia, en primer lugar, la incongruencia que se advierte entre la decisión de acoger la demanda y la de no dejar sin efecto la adjudicación a Morpho y el

subsiguiente contrato, vale decir, no adoptar las medidas pertinentes, manteniendo los efectos ilegales de la conducta reprochada. Arguye que la oferta de la sociedad Morpho fue sobrevalorada, apreciación reforzada por la circunstancia de que en cincuenta días de operación del sistema por ella implementado ha tenido más fallas que las que presentó su parte en doce años de desempeño. Añade a continuación que si bien el fallo estableció la existencia de actuaciones indebidas por parte del Servicio de Registro Civil e Identificación, no adopta medida alguna para remediarlas. En efecto, sostiene que los sentenciadores mantuvieron los efectos ilegales derivados de tal proceder, pese a que la adjudicación y el contrato referidos son una consecuencia directa del proceso licitatorio y a que, por lo mismo, han de tener como antecedente un proceso válido y él no existe en la especie. Resalta en este sentido que la licitación y la adjudicación constituyen un todo indivisible, de manera que si uno es ilegal el otro, por consiguiente, también lo es.

Añade que la sentencia justifica la decisión de no anular tales actos en que ella resultaría desproporcionada y, sin embargo, no explica en qué consiste dicho desequilibrio. Asimismo, arguye que los efectos concretos de las ilegalidades denunciadas han sido establecidas en la causa y resultan evidentes, puesto que se ha adjudicado la licitación a un proponente incompetente, subrayando, por

fin, que no pueden consolidarse los hechos así asentados por sobre el derecho.

En un segundo acápite aborda lo vinculado con las conductas reprochadas por su parte al demandado y que no fueron admitidas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia porque no consta que se haya vulnerado la libre competencia, o que se tienda a hacerlo. Sobre el particular aduce que se ha producido un error porque lo que la ley exige en este punto es que el acto cuestionado tienda a producir dicho efecto, esto es, que tenga la aptitud de vulnerar la libre competencia, aunque en el hecho no lo haga.

En este sentido señala, en relación a la primera exclusión de su parte del proceso de licitación, que el fallo da por establecida la existencia de un trato discriminatorio en su contra, proceder que sin duda tiende a producir, y efectivamente produjo, un menor puntaje para Sonda en el mismo.

En segundo término alega como hecho nuevo, en torno al trato diferenciado que se habría verificado al eliminar de la licitación a SICE y Bundesdruckerei y no hacer lo mismo con Morpho por problemas relacionados con las boletas de garantía, que el Servicio de Registro Civil e Identificación avisó sólo a algunos de los interesados de la necesidad de renovar dichos instrumentos. Agrega que SICE fue excluida del proceso al llegar la fecha de

renovación de la suya e insiste en que la boleta presentada por Morpho no había sido extendida a la vista.

En un nuevo acápite indica, en relación a lo referido a la discriminación derivada de la evaluación realizada existiendo ofertas económicas abiertas y cerradas, que ello es consecuencia precisamente del proceder del propio servicio demandado y que debió ser solucionado.

En cuarto lugar destaca, en lo que respecta a las irregularidades que denunció en la realización de las pruebas prácticas del caso, que la alteración de la libre competencia se produce, en esta materia, por la mera falta de igualdad en las condiciones en que ellas se llevaron a cabo.

En lo que respecta al reproche consistente en la integración de la Comisión Evaluadora con un funcionario falto de imparcialidad reitera que basta con que el acto tienda a vulnerar la libre competencia y, por último, examina lo que se refiere a la adjudicación al único oferente en lugar de declarar desierto el proceso, concluyendo que la oferta ganadora fue la más cara en aproximadamente US\$40.000.000, y destaca que la adecuación a los cambios tecnológicos producidos en el tiempo en que se ha desarrollado la licitación implicará un mayor costo.

En un último capítulo expone que la multa impuesta corresponde a una mera sanción simbólica, pues corresponde

sólo a un 1% del monto máximo permitido imponer y un 0,05% del monto al que alcanza la licitación.

**SEGUNDO:** Que a su turno el Servicio de Registro Civil e Identificación dedujo reclamación en contra de la sentencia definitiva, por cuyo intermedio solicitó que se revoque el fallo y que se rechace la demanda íntegramente, con costas.

Al fundar su recurso expone que sólo hará alusión a la conducta de su parte censurada en el fallo.

En este sentido explica que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia desechó todos los fundamentos en los que Sonda asentó su demanda en relación a la única conducta acogida y declaró arbitrario el acto administrativo de inadmisibilidad basado en hechos distintos de los alegados, con lo que los falladores se apartan del mérito del proceso. Así, según explica, éstos emplean como parte de sus razonamientos tres test o pruebas que nunca fueron planteados por las partes. El primero es el de especialidad, en cuya virtud concluyen que la sección 4.7.3 de las Bases Administrativas es más específica y por ende rige la situación de autos, obviando la sección 2.1.1 de las mismas, que resulta ser aún más específica. También emplean el llamado criterio de discrecionalidad, conforme al cual deciden que el demandado contaba con un margen de acción para declarar inadmisibile la oferta de Sonda, conclusión que rechaza puesto que la citada sección 2.1.1

obliga a exigir que se acrediten siete elementos y dicho proponente sólo probó cuatro. Finalmente hacen uso de un denominado criterio de comparación, por cuyo mérito establecen que si su parte hubiere utilizado un rasero similar los certificados de Morpho habrían sido declarados inadmisibles.

Sostiene que con su decisión el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia vulneró su competencia específica (que en esta materia se ve atenuada por ciertas manifestaciones de orden inquisitivo) y el principio de congruencia, privando a su parte del derecho a una debida defensa. Añade que aun de estimarse que la naturaleza del procedimiento materia de autos es incompatible con el principio dispositivo, se ha de concluir que dado su carácter resultarían aplicables las normas del Derecho Administrativo sancionador, que resultan ser aún más garantistas y que conllevan una indudable exigencia de coherencia.

En un segundo acápite alega que la sentencia pasa por alto el bloque de legalidad que rige los procedimientos de licitación, el que está constituido fundamentalmente por el artículo 9 de la Ley N° 18.575, por el artículo 10 de la Ley N° 19.886 y por las Bases Administrativas y Técnicas de la licitación. Agrega que el criterio de adjudicación aplicado en la especie es el concurso, en el que el precio

es un factor más, a diferencia de lo que ocurre en una subasta en que es el único criterio.

En estas condiciones, asegura que su parte no contó con un margen de discreción ilimitado, pues sólo está dotada con facultades regladas una vez aprobadas las bases y, en la especie, actuó conforme a éstas.

En un tercer apartado arguye que la materia de autos corresponde a un tema administrativo que caracteriza como el tópico llamado "Criterios de adjudicación de los procedimientos de selección de contratistas", destacando que no se trata de un asunto de relevancia para la libre competencia sino que, por el contrario, es propio del Tribunal de Contratación Pública, que ya lo está conociendo.

Niega que la oferta de Morpho haya sido sobrevalorada, pues fue apreciada en su propio mérito, y expresa que la ausencia de comparación con otra oferta no supuso que se asignara un mayor puntaje del que correspondía.

Del mismo modo destaca que no se encuentra establecido, ni el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia explica cómo, de ser ciertos los hechos imputados, se habría afectado la libre competencia en el mercado relevante, lo que se ve refrendado por lo expuesto en la consideración centésima septuagésima segunda, en cuanto declara expresamente que no es posible determinar efectos concretos de la conducta acogida.

En un último capítulo manifiesta que en la sentencia se trata como iguales a los certificados de experiencia presentados por Sonda y por Morpho, pese a que uno cumplió en esta parte y el otro no lo hizo, de modo que si ambas no se encuentran en la misma situación, no ha existido discriminación arbitraria.

Añade que, además, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia apreció erradamente la prueba, toda vez que las certificaciones aparejadas por Morpho sí están firmadas y en lo que respecta al monto del contrato, expresa que dicha materia no estaba sujeta a evaluación. Asimismo, el fallo yerra en cuanto compara dos cosas distintas, uno es el certificado de experiencia y otra diversa es la oferta técnica de Morpho, en tanto que subraya que Sonda no podía ser objeto de evaluación desde que su oferta técnica se hallaba incompleta al faltarle el certificado que debía acreditar su experiencia.

**TERCERO:** Que al iniciar el análisis de las reclamaciones es preciso dejar asentado que los sentenciadores dieron por establecidos como hechos de la causa los siguientes:

**A.-** El 14 de julio de 2008 el Servicio de Registro Civil e Identificación publicó las Bases de Licitación materia de autos, las que fueron aprobadas por la Contraloría General de la República el 8 de febrero del mismo año;



**B.-** La fecha fijada para la entrega de las ofertas se fijó el 11 de junio de 2009, realizándose la apertura de las propuestas técnicas de los oferentes al día siguiente;

**C.-** El 9 de abril de 2010 el servicio demandado excluyó al oferente Coasin, debido al incumplimiento de la obligación de mantener vigente su boleta bancaria de garantía de seriedad de la propuesta;

**D.-** Luego, por resolución de 14 de mayo del mismo año excluyó a Siemens, debido a la omisión de una declaración jurada ante notario relativa a las prohibiciones indicadas en el artículo 4° de la Ley N° 19.886;

**E.-** Después de realizadas las pruebas prácticas necesarias para la evaluación técnica, el 12 de julio de 2010 el Registro Civil publicó el Acta de Evaluación Técnica con los puntajes obtenidos por las ofertas de Morpho, Indra, Bundesdruckerei, SICE y Sonda;

**F.-** Por Resolución Exenta N° 2.492 el demandado excluyó a Sonda y a SICE del proceso porque no cumplieron con el puntaje mínimo establecido en las Bases de 60 puntos para todos los Componentes;

**G.-** Finalmente, y después de abrir las ofertas económicas de Morpho, Indra y Bundesdruckerei, el demandado adjudicó la licitación a Indra mediante Resolución Exenta N° 2.562, de 15 de julio de 2010;

**H.-** En una segunda fase y tras la adjudicación a Indra, Sonda y Morpho interpusieron sendas demandas ante el

Tribunal de Contratación Pública, dando inicio a las causas rol N° 82-2010 y N° 85-2010, respectivamente;

**I.-** Tales acciones derivaron en sentencias de ese Tribunal de 17 de junio de 2011, en causa rol N° 85-2010, y de 26 de julio de 2011, en el proceso rol N° 82-2010. Por la primera se dejó sin efecto la adjudicación a Indra y se ordenó retrotraer la licitación a la etapa de evaluación de las propuestas técnicas, conformándose la nueva Comisión Evaluadora;

**J.-** Reactivado el proceso licitatorio, se excluyeron las ofertas de Bundesdruckerei y SICE por no cumplir con la obligación de mantener vigentes las boletas de garantía de seriedad de sus propuestas, por resolución de 27 de julio de 2011, y de Sonda, por no haber acreditado experiencia en 3 componentes del Sistema de Identificación, como lo indica la Resolución Exenta N° 3.492, de 22 de agosto del mismo año;

**K.-** Por último, sólo la propuesta de Morpho fue evaluada, adjudicándose la licitación a dicha empresa el 13 de octubre de 2011 a través de la Resolución Exenta N° 4.195.

**CUARTO:** Que establecido lo anterior resulta del caso destacar que la actora excluyó de su demanda toda discusión relativa a la confección y contenido de las Bases Administrativas y Técnicas que rigieron la licitación relativa al "Sistema de Identificación, Documentos de

Identidad y Viaje y Servicios Relacionados para el Servicio de Registro Civil e Identificación", materia de autos, centrando sus reproches en el proceder del citado Servicio en cuanto éste, a su juicio, se habría extralimitado permanentemente e incumplido las mentadas Bases de Licitación y la Ley N° 19.886, mediante el ejercicio de facultades discrecionales, con el objeto de alterar las condiciones objetivas de competencia; de poner en situación de privilegio a un oferente en desmedro de otros; y, por último, de excluir a participantes para adjudicar el contrato al único proponente que dejó en carrera, sin que mediara competencia alguna, modo de obrar que constituye, según explica, un abuso de poder que se manifestó en diversas conductas.

En ese sentido los falladores concluyeron, en lo medular, que el servicio demandado incurrió en una conducta reñida con la libre competencia pues debió evaluar técnicamente la oferta de Sonda y no declararla inadmisibles conforme a lo prescrito en la sección 4.7.3 de las Bases Administrativas, pues no debió dar aplicación a la sección 4.6 de las mismas, sea porque la primera prevalecía sobre la segunda en razón de su especialidad, sea porque esta última sólo otorgaba una facultad discrecional que al ser ejercida vulneró las normas propias de esta especialidad al impedir la comparación de dos o más ofertas, a lo que se suma la arbitrariedad en su proceder, pues de aplicar el

mismo criterio empleado con Sonda debió declarar inadmisibile la propuesta de Morpho.

**QUINTO:** Que asentado lo anterior resulta pertinente abordar, en primer lugar, dado su carácter y contenido, las alegaciones vertidas en su reclamación por la parte del Servicio de Registro Civil e Identificación en cuanto aduce que la materia debatida en la especie corresponde a un asunto administrativo que carece de relevancia en materia de libre competencia, al que identifica con el tópico que denomina "Criterios de adjudicación de los procedimientos de selección de contratistas", el que, a su juicio, es propio de la competencia del Tribunal de Contratación Pública, que ya está conociendo del mismo. En relación a este punto dicho reclamante añade, además, que no se encuentra establecido cómo se habría afectado la libre competencia en el mercado relevante, de ser ciertos los hechos reprochados.

**SEXTO:** Que iniciando el examen de tales argumentos cabe subrayar que el artículo 1 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005, texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211, dispone que: "La presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados", en tanto que su artículo 3, al abordar la represión de los actos que lesionen dicho bien jurídico, advierte que: "El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o

convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso”.

A continuación dicha norma entrega un catálogo, no exhaustivo, de tales conductas indicando que se “considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

a) Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación.

b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.

c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante".

**SÉPTIMO:** Que como se advierte de la sola lectura de las normas transcritas las conductas que pueden ser sancionadas por impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, o en cuanto tiendan a producir dichos efectos, deben verificarse en relación a un determinado mercado relevante, el que, en la especie, ha sido circunscrito por las partes a la licitación propiamente dicha.

En efecto, la reclamante sostuvo en su demanda que la licitación generaría un mercado relevante entre los oferentes, produciendo una competencia por el mercado y no en el mercado, toda vez que realizada la adjudicación la competencia dejaría de existir, dando lugar a la provisión de los servicios licitados únicamente por la entidad vencedora. Además, el actor definió dicho mercado como el referido a la prestación de bienes y servicios de carácter computacional y tecnológico en el marco de las necesidades del Servicio de Registro Civil e Identificación y, en particular, de las emisiones de cédulas de identidad y pasaportes, el que se encuentra limitado por el territorio de la República y por el plazo de duración del contrato de que se trata, que se ha de extender por diez años.

Por su parte el reclamado, en su contestación de fs. 589, manifestó su acuerdo en este punto expresando que

"coincidimos que el procedimiento administrativo bajo análisis constituye un mercado en sí mismo, por lo que en términos económicos la competencia se produce por la cancha [...] y no en la cancha como ocurre en los mercados tradicionales".

**OCTAVO:** Que en este sentido resulta acertado el análisis que efectúan los sentenciadores sobre el particular, en cuanto concluyen que el mercado relevante es el de la licitación misma.

La sección 1.2 de las Bases de la licitación materia de autos establece que ésta tiene por objeto principal "proveer el nuevo sistema de identificación, Documentos de Identidad y de Viaje y Servicios Relacionados, fortalecer la verificación e identificación automática de la identidad de las personas, producir los nuevos documentos de identidad necesarios para ser utilizados dentro y fuera del país, cumpliendo con los estándares internacionales de uso y de seguridad de los documentos emitidos y del proceso de producción de éstos, como también otorgar los servicios de información relacionados". Enseguida detalla los objetivos específicos del sistema de identificación de que se trata - letras a) a z) de la sección 1.3- y señala la duración del contrato a que dará lugar, especificando que se extenderá por diez años -sección 5.5-.

Como se advierte, en la especie se trata de la contratación de un único proveedor que debe suministrar los

bienes y servicios que se detallan por un extenso período de tiempo (diez años), de manera que sólo es concebible que la competencia que se haya de producir entre los diversos interesados se verifique antes de que se concrete la adjudicación, pues ocurrida ésta cualquier disputa desaparece por completo. En consecuencia, y como han sostenido las partes, la competencia en este caso se refiere al mercado y no ocurre en o dentro del mercado respectivo.

**NOVENO:** Que habiendo sido definido el mercado relevante en los términos indicados y considerando que la demandante no incluyó entre los fundamentos de su acción la presencia de defectos en el diseño de las Bases de la licitación, forzoso resulta concluir que las conductas exclusorias y discriminatorias reprochadas al servicio demandado sólo han podido acaecer con motivo, o a propósito, del proceso de selección de la empresa proveedora, vale decir, en relación a las diez específicas conductas que la actora asentó en su demanda, todas ellas posteriores a la aprobación de las Bases Administrativas y Técnicas.

**DÉCIMO:** Que esclarecido lo anterior se hace necesario destacar que las partes no han controvertido que Sonda S.A., antes de presentar la demanda de autos, dedujo otra en contra del Servicio de Registro Civil e Identificación ante el Tribunal de Contratación Pública, por medio de la



cual ejerció la acción establecida en el artículo 24 de la Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, a través de la cual impugnó la Resolución Exenta N° 3492, de 22 de agosto de 2011, que declaró inadmisibles las ofertas presentadas por su parte en el proceso licitatorio ID 594-56-LP08, "Servicio sistemas de identificación", por no cumplir lo establecido en la sección 2.1.1 de las Bases Técnicas, relativa a la experiencia del proponente. Al fundar su acción Sonda alega seis ilegalidades, que hace consistir, someramente, en que:

- a) al reiniciar la licitación se debió verificar la evaluación técnica y económica de las ofertas presentadas, no pudiendo el servicio demandado retrotraerla a una etapa previa, como efectivamente lo hizo;
- b) que lo cuestionado por el servicio en esta materia ya había sido aceptado por él previamente, a través de su coordinador, de modo que no podía volver a revisarlo;
- c) que las aclaraciones solicitadas por el Servicio de Registro Civil e Identificación lo fueron a los proponentes que cumplían con las bases y no a los que no las satisfacían, por lo que la exclusión dispuesta respecto de su parte dos años después resulta arbitraria;
- d) que el servicio demandado actúa en contra de sus actos propios, pues al solicitar las citadas aclaraciones y no objetarlas las aceptó, así como se conformó también con los antecedentes presentados referidos a la experiencia de los interesados;
- e) que el servicio

demandado ha interpretado erróneamente la facultad que le entrega la sección 4.6 de las Bases, pues no ha podido excluir a un oferente por temas menores, que no ameritan una medida extrema como la adoptada; y f) que su representada sí cumplió lo establecido en las bases respecto de la presentación de documentos relativos a su experiencia, acreditando este elemento. Finalmente solicita que se declare ilegal y se deje sin efecto la mencionada Resolución Exenta N° 3492, disponiendo la reincorporación de su parte a la licitación.

**DÉCIMO PRIMERO:** Que, como ya se dijo, la demanda presentada por Sonda S.A. ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia incide en la Licitación Pública Internacional identificada bajo el código ID 594-56-LP08 y referida a sistemas de identificación, vale decir, en la misma que es materia de la demanda presentada por dicha compañía ante el Tribunal de Contratación Pública. En cuanto a la fundamentación de esta acción la demandante la hace consistir en que determinadas conductas del Servicio de Registro Civil e Identificación han entorpecido, restringido e impedido la competencia que ha debido producirse en el proceso de licitación de que se trata afectando gravemente su resultado. Añade que dicho Servicio se ha extralimitado permanentemente e incumplido una y otra vez las bases que rigen dicho proceso y la Ley N° 19.886, precisando que las actuaciones que reprocha son las

siguientes: a) la primera exclusión de su parte del proceso licitatorio, al no entregar cierta información en el contexto de la prueba FRS; b) la inicial adjudicación a Indra S.A., pues adoleció de diversas ilegalidades; c) la eliminación de las sociedades SICE y Bundesdruckerei de la licitación al no haber renovado sus boletas de garantía; d) el segundo apartamiento de su representada del proceso por no haber acreditado su experiencia conforme a las Bases Técnicas, lo que, además de suponer una grave infracción a la sentencia dictada por el Tribunal de Contratación Pública en la causa rol N° 85-2010 que ordenó retrotraer la licitación al estado de efectuar una nueva evaluación técnica y económica, en lugar de lo cual se restituyó el proceso a la etapa de evaluación de los antecedentes administrativos, no es efectivo pues su representada sí cuenta con la experiencia necesaria; e) la no separación de Morpho del proceso pese a que su boleta de garantía no fue extendida a la vista, lo que supone infringir las Bases y la Ley N° 19.886 y quebrantar la igualdad entre los oferentes; f) la evaluación de las ofertas presentadas en condiciones desiguales para los proponentes, pues existían proposiciones económicas abiertas y otras cerradas; g) la utilización de distintos criterios en la evaluación de unos mismos hechos, ya que si hubiera calificado la propuesta técnica de Morpho como lo hizo con la de Sonda, aquélla habría sido declarada inadmisibile; h) que se haya

conformado la segunda Comisión Evaluadora con un funcionario que carecía de la imparcialidad suficiente al haber declarado como testigo por Morpho en el proceso rol N°85-2010 del Tribunal de Contratación Pública; i) el haber adjudicado la licitación al único oferente que continuaba en carrera y no haber ejercido la facultad de declarar desierta la licitación; j) y, por último, la existencia de irregularidades en las pruebas prácticas realizadas.

**DÉCIMO SEGUNDO:** Que como se advierte de la sola lectura de los antecedentes referidos precedentemente, ambas acciones han sido promovidas por una misma sociedad en contra del Servicio de Registro Civil e Identificación, las dos inciden en un mismo proceso de licitación y, más relevante aún, los fundamentos de una y otra se asientan en unas mismas consideraciones y transgresiones. En efecto, Sonda impugna el proceder del servicio demandado aduciendo ante ambos tribunales que las actuaciones de éste han vulnerado tanto las Bases de la licitación como la Ley N° 19.886; que su parte sí cumplió con el requisito relativo a experiencia contemplado en las Bases; que se han creado diversas situaciones de privilegio en favor de uno de los proponentes; que se ha alterado gravemente la secuencia de la licitación de autos; que pese a resultar esencial que su parte fuera sometida a evaluación, pues de acuerdo a las Bases sólo podría ser excluida del proceso si no cumplía con el puntaje mínimo exigido en ellas, la oferta de su

representada no fue sometida a dicho examen; que se ha quebrantado la igualdad entre los oferentes, etc.

**DÉCIMO TERCERO:** Que resulta pertinente recordar que el artículo 24 de la Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, prescribe que: "El Tribunal será competente para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por esta ley.

La acción de impugnación procederá contra cualquier acto u omisión ilegal o arbitrario que tenga lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, ambos inclusive.

La demanda mediante la cual se ejerza la acción de impugnación podrá ser interpuesta por toda persona natural o jurídica, que tenga un interés actualmente comprometido en el respectivo procedimiento administrativo de contratación.

La demanda deberá deducirse dentro del plazo fatal de diez días hábiles, contado desde el momento en que el afectado haya conocido el acto u omisión que se impugna o desde la publicación de aquél. Se presentará directamente ante el Tribunal de Contratación Pública, pero cuando el domicilio del interesado se encontrara ubicado fuera de la ciudad de asiento del Tribunal, podrá presentarse por medio

