

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

RESOLUCIÓN N° 71/2022

Santiago, treinta de junio de dos mil veintidós.

PROCEDIMIENTO: No Contencioso

ROL: NC N° 484-20

CONSULTANTE: Constructora LN SpA

OBJETO: Determinar si la dictación de las Bases Generales para la Licitación de construcción de hospitales por parte del Ministerio de Salud y sus Servicios derivados, aprobadas mediante Resolución N° 1, de 28 de febrero de 2020, del Ministerio de Salud puede infringir el Decreto Ley N° 211 (“D.L. N° 211”).

I. PARTE EXPOSITIVA

A. APORTANTES DE ANTECEDENTES

a) Consultante:

- Constructora LN SpA (la “Consultante”);

b) Entidades que han aportado antecedentes y formulado observaciones dentro de plazo en este expediente:

- Fiscalía Nacional Económica (“FNE” o “Fiscalía”), y
- Cámara Chilena de la Construcción A.G. (“CChC”);

c) Otros antecedentes recibidos en virtud del artículo 31 N° 5 del D.L. N° 211:

- Ministerio de Obras Públicas (“MOP”), y
- Ministerio de Salud (“Minsal”).

B. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA CONSULTANTE

1. A folio 10, el 21 de diciembre de 2020, la Consultante solicitó determinar si la dictación de las Bases Generales para la licitación de construcción de hospitales por parte del Ministerio de Salud y sus Servicios derivados, aprobadas mediante Resolución N° 1, de 28 de febrero de 2020, del Minsal (en adelante, las “Nuevas Bases”) pueden infringir el D.L. N° 211 y solicita establecer un sistema que,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

reconociendo requisitos mínimos de experiencia y capacidad económica, evalúe a los oferentes en igualdad de condiciones, ya sea en una o dos etapas (en adelante, la “Consulta”).

2. La Consultante, en primer lugar, se refiere a la causa contenciosa Rol C N° 329-17, señalando que dicha causa es fundamental para el análisis objeto de esta Consulta. Explica que las Nuevas Bases reemplazan aquellas aprobadas por Resolución N° 134, de 21 de octubre de 2014, del Minsal (en adelante, las “Antiguas Bases”) contra las cuales interpuso una demanda por infracciones a la libre competencia el 20 de septiembre de 2017. Indica que durante la tramitación del juicio se realizaron audiencias de conciliación, en las cuales este Tribunal habría propuesto aumentar el porcentaje del precio en la evaluación, entre otras condiciones, y que, sin embargo, el Minsal no estuvo de acuerdo con la propuesta. Añade que, el 14 de septiembre de 2018, la causa terminó por desistimiento suscrito por ambas partes, atendido que el Minsal se comprometió a dictar unas nuevas bases que cumplieran con la normativa de libre competencia y a retirar las licitaciones que se encontraban suspendidas.

3. Indica que desde el año 2017 no se había licitado ninguna obra hospitalaria con las Antiguas Bases y que mediante la ya referida Resolución N° 1 se aprobaron las Nuevas Bases, dejando sin efecto la primera resolución. Con todo, afirma que el nuevo estatuto tipo propuesto en la Resolución N° 1 es aún peor, pues pondera de forma más baja el precio y articula parámetros artificiosos para, supuestamente, asegurar la calidad y solvencia de los participantes. Ahora bien, añade que, como se verá más adelante, no toda la infraestructura hospitalaria está sujeta a las Nuevas Bases y sus defectos.

4. Siguiendo con su presentación, la Consultante da cuenta de su legitimación activa, la que se entiende referida a su interés legítimo a realizar esta consulta, por cuanto ésta se encuentra inscrita en el registro de contratistas del MOP, construye y ha construido centros de salud. Así, por ejemplo, ha construido el Hospital de Futaleufú, el Servicio de Atención Médica de Urgencias de Puerto Montt y al momento de la presentación de la Consulta, estaba construyendo el Hospital de Lonquimay, licitado por el MOP. Sin embargo, indica que no tiene posibilidad de adjudicarse las licitaciones que usen las Nuevas Bases, en particular se refiere a las licitaciones de infraestructura hospitalaria de Queilen y Chaitén, ya que, a pesar de haber construido hospitales de la misma dimensión, costo o naturaleza, las Nuevas Bases le impiden participar en dichas licitaciones. Lo anterior, no solo afectaría a la Consultante, sino también a otros competidores legítimos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

5. Sostiene que esta barrera a la entrada se genera, puesto que, para presentar una oferta competitiva en la licitación, atendida la forma en que se evalúa la experiencia y capacidad económica, algunos interesados deben bajar sus precios de manera tal que éstos no hacen rentable su oferta, por lo que pierden toda su competitividad frente a las empresas que se benefician de las Nuevas Bases.

6. A continuación, la Consultante revisa los factores y sus ponderaciones incorporados, tanto en las Antiguas Bases como en las Nuevas Bases (aprobadas mediante la Resolución N° 1), los que se exponen en la Tabla N° 1 presentada a continuación.

Tabla N° 1: Ponderación de factores en el puntaje final de las Antiguas Bases y Nuevas Bases

Factor	Ponderación en Antiguas Bases	Ponderación en Nuevas Bases
Capacidad económica	17,4%	17,4%
Requisitos formales	2,0%	2,0%
Precio	40,6%	40,6%
Experiencia	24,0%	40,0%
Experiencia de los profesionales	16,0%	-

Fuente: Elaboración propia en base a la Consulta (folio 10, pp. 10 y 12).

7. En ella se observa que el factor “Capacidad económica” se evalúa con el mismo porcentaje en ambas bases, pero en las Nuevas Bases se incorporan 7 subfactores evaluados con notas del 1 al 7, los que se distribuyen en dos grupos. El primero, “capacidad según tamaño del oferente” con una ponderación del 60%, incluye los subfactores: (i) ingresos por ventas, que pondera un 60% y (ii) rentabilidad de la operación de los activos, que pondera el 40% restante. El segundo considera la “capacidad basada en potencial de funcionamiento y solvencia del oferente”, que pondera un 40% en total, y contempla los siguientes subfactores y ponderaciones: (i) potencial de crecimiento (10%); (ii) generación de beneficio (30%); (iii) solvencia de largo plazo (10%); (iv) solvencia de corto plazo (15%); y (v) riesgos asociados a la operación y financiación (35%).

8. Por su parte, los requisitos formales y el precio mantienen la misma ponderación. Mientras, en las Antiguas Bases se consideraba la experiencia de los profesionales con un 16% y la experiencia nacional e internacional del interesado con un 24%, y distinguía entre obras de salud y equivalentes, en las Nuevas Bases la experiencia del licitante se evalúa con un 40%.

9. Respecto de los problemas de estas Nuevas Bases, la Consultante señala, en primer lugar, que asignar puntajes mediante *ranking* no es justo para que quien sale segundo, porque este oferente es tanto o más competente que el primero.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Además, cuestiona la baja ponderación del precio y señala que de esta situación derivan todos los males que afectan a los oferentes. Añade que, en las Antiguas Bases, el factor precio tenía el mismo valor, pero correspondía al porcentaje más alto de la pauta de evaluación, sin embargo, en las Nuevas Bases el porcentaje del factor precio es casi igual al factor experiencia (véase *supra* Tabla N° 1).

10. A continuación, critica los subfactores del ítem “Capacidad económica”, pues en teoría, analizarían la idoneidad del licitante respecto de su fortaleza económica o patrimonial y que medirlos, en principio, no es equivocado, pero afirma que los efectos pretendidos no son tales y las ponderaciones establecidas son equivocadas.

11. Así, en el caso del subfactor “ingresos por venta”, no se justifica que se exija que la obra corresponda a menos del 25% de las ventas. A su juicio, la obra podría corresponder a la totalidad de las ventas de la empresa, lo que incentivaría el esfuerzo.

12. Respecto del subfactor “rentabilidad operación de los activos”, afirma que la empresa más rentable no necesariamente será la que pueda realizar la mejor obra. Además, destaca que se considera un *ranking* para este subfactor, lo que genera el problema precedentemente indicado, esto pues, empresas con diferencias infradecimales respecto de este factor tendrían distinto puntaje lo que no es justo. Y, afirma que rentabilidad depende de una serie de factores que no guardan relación con la calidad técnica.

13. Sobre el subfactor “potencial de crecimiento”, señala que necesariamente será una empresa idónea la que tenga un mayor crecimiento promedio en los últimos tres años.

14. En cuanto al subfactor “generación de beneficio”, indica que no se justifica porque es más deseable una empresa con mayores rentabilidades a una con menos, pero con rentabilidades positivas.

15. Sobre el subfactor “solvencia a largo plazo”, argumenta que el problema se produce al promediar variabilidades de tres años. Mientras que con el subfactor “solvencia de corto plazo”, el problema nuevamente es la evaluación mediante *ranking* (podrían existir diferencias mínimas que generan *rankings* distintos).

16. Finalmente, respecto del subfactor “riesgos asociados a operación y financiación”, sostiene que mide –de nuevo– rentabilidad, y no se ha justificado que las empresas más rentables sean las más idóneas.

17. Por otro lado, la Consultante afirma que existen relaciones perjudiciales con la variable precio, pues sería la única variable móvil en las Nuevas Bases. De esta forma, el oferente solo puede “jugar” con ella, entre el incentivo a obtener la mayor

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

utilidad posible y adjudicarse el contrato con una oferta económica baja. Para explicar este punto, la Consultante muestra que, en el caso de dos empresas que solo se diferencien por la experiencia, la empresa que tiene una menor experiencia siempre se verá perjudicada al ajustar el precio, pues tiene que ser menor. A ello lo denomina “parámetro de castigo absoluto”, y este indicaría cuántos pesos chilenos menos debe ofrecer una empresa por cada punto de diferencia que tenga en experiencia. Afirma que, para las Nuevas Bases, el parámetro de castigo relativo es 14,1% mientras que en las Antiguas Bases es de 8,4%.

18. Agrega, que el problema anterior también se produciría porque la evaluación de la licitación es en una sola etapa y no en dos. Argumenta que debería considerarse una primera etapa para precalificar experiencia y capacidad económica y, en una segunda etapa, evaluar el factor precio y/u otras variables móviles como el plazo de ejecución o los profesionales involucrados en la obra. Ahora bien, sostiene que, si se insiste en una sola etapa, se debería evaluar el precio con una ponderación mucho mayor. Añade que, de hecho, si se considerara el factor precio evaluado en un 80%, el parámetro de castigo disminuye notablemente. La Consultante arguye que estos castigos pueden ser considerados como una barrera de entrada a empresas que tengan menor puntaje en experiencia o capacidad económica.

19. En cuanto al mercado relevante, la Consultante considera que cada licitación para la construcción de un hospital es un mercado relevante por sí misma, pues cada una de ellas considera una realidad técnica distinta. Subsidiariamente, propone que se considere como mercado relevante todas aquellas licitaciones del Ministerio de Salud relativas a hospitales, que usen las Nuevas Bases.

20. En cuanto al derecho, afirma que los actos administrativos deben ser razonables mientras que la actuación del Minsal dista de ello y altera el orden público económico, pues la pauta evaluativa de las Nuevas Bases constituye un impedimento para desarrollar las actividades económicas lícitas ejercidas por la Consultante y por las empresas del mercado.

21. Sostiene que las Nuevas Bases constituyen un peligro a la libre competencia, atendido que favorecen a determinadas empresas constructoras por tener más experiencia y mejor capacidad económica y acusa que con ello, se puede generar un oligopolio que sea vulnerable a otras prácticas anticompetitivas.

22. Se refiere a la Guía de la OCDE para evitar la colusión entre oferentes de abastecimiento público (documento ofrecido al folio 7, OCDE (2012), Recomendación del consejo de la OCDE para combatir la colusión en la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

contratación pública), la que establece algunos aspectos destacables y aplicables a este caso y que justifican que se modifique la pauta evaluativa de las Nuevas Bases.

23. La Consultante reitera que no se justifica que: (i) el precio pondere tan poco y que la experiencia pondere lo mismo que el precio; (ii) la empresa más rentable sea la más idónea, existiendo flujos que son más importantes que la rentabilidad en materia de solvencia; y (iii) que se mida el crecimiento de los tres últimos años como un asunto que pueda incidir en la ejecución de un proyecto. Además, señala que los problemas de las Nuevas Bases no se resuelven con la posibilidad de constituir una unión temporal de proveedores (“UTP”) considerada en éstas y afirma que a este Tribunal le corresponde detectar las prácticas antimonopólicas.

24. La Consultante sostiene que no toda la infraestructura hospitalaria construida por el Estado tiene el problema cuestionado para las Nuevas Bases, pues algunas de estas obras se construyen bajo la dirección del MOP, el cual considera pre-requisitos de experiencia y capacidad económica y luego evalúa la oferta económica. Añade que no se justifica que existan dos estatutos, en los que se diferencia quienes pueden participar en uno y en otro.

25. Por otra parte, cuestiona que la Contraloría General de la República (“CGR”) haya tomado razón de las Nuevas Bases, cuando ha sostenido en ocasiones anteriores que el precio debe ser la variable determinante. Y cita el informe presentado por la FNE en la causa Rol C N° 329-17 (a fojas 1519 de esa causa) en el cual concluye que la forma en cómo se evalúa la experiencia y la capacidad económica podrían incidir en la libre concurrencia de las licitaciones llevadas a cabo por el Minsal.

26. En cuanto a los efectos negativos de estas Nuevas Bases para otras empresas participantes del mercado, informa que las empresas Desarrollos Constructivos Axis S.A. y Constructora L y D S.A. no participarán de la licitación del Centro de Salud Mental y Geriatría en la ciudad de Punta Arenas que utilizan las bases impugnadas. Y explica que estas empresas comunicaron su decisión mediante una carta enviada al Servicio de Salud (“SS”), acompañada al expediente a folio 8, con copia al Subsecretario de Redes Asistenciales, al Jefe de Inversiones de Minsal y a la FNE. En dicha misiva, llegan a las mismas conclusiones que la Consultante, afirmando que las Nuevas Bases crean barreras de entrada que carecen de justificación (“carta de Desarrollos Constructivos Axis y otro”).

27. La Consultante solicita establecer un sistema que, reconociendo requisitos mínimos de experiencia y capacidad económica, evalúe a los oferentes en igualdad de condiciones (en una etapa o dos).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

28. Finalmente, al folio 70, acompañó el informe “Análisis Informe FNE y Otras Materias” elaborado por el economista Alonso Zúñiga (“Informe Económico”).

C. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL QUE DA INICIO AL PROCEDIMIENTO

29. A folio 11, el 30 de diciembre de 2020, se dio inicio al proceso de consulta de autos con el objeto de determinar si las Nuevas Bases consultadas se ajustan al D.L. N° 211 y, en caso de que corresponda, se fijen las condiciones que deberán ser cumplidas en las referidas bases, de manera que no infrinjan sus disposiciones.

30. En dicha resolución de inicio se ordenó oficiar a la FNE; al Minsal; al MOP; y a la CChC, a fin de que estos, así como otros que también tuvieran interés legítimo, aportaran antecedentes dentro del plazo de 20 días hábiles contados desde la publicación, en extracto, de la resolución en el Diario Oficial, de conformidad con el número 1 del artículo 31 del D.L. N° 211.

D. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES

31. A folio 21, el 27 de mayo de 2021, la Fiscalía aportó antecedentes dando cuenta de la Consulta presentada por Constructora LN SpA y se refiere a la regulación aplicable para estas licitaciones, en especial: (i) la Ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (“Ley N° 18.575”), que establece el principio de libre concurrencia de los oferentes a los procesos de licitación; (ii) la Ley N° 19.886, Bases sobre Contratos administrativos de suministro y prestación de servicios (“Ley N° 19.886”), que en su artículo 5° establece que la administración deberá adjudicar los contratos que celebre vía licitación pública de forma obligatoria cuando las contrataciones superen las 1.000 Unidades Tributarias Mensuales (“UTM”), y (iii) las normas del D.L. N° 211.

31.1. Respecto de las Nuevas Bases, la FNE señala que las obras de salud a licitar se clasifican según su superficie de edificación. Además, que pueden presentar ofertas las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras. Añade que la evaluación de las ofertas considera distintos factores y subfactores a los que se les asigna un puntaje y su respectiva ponderación y se adjudica la licitación al oferente con el mayor puntaje final. Asimismo, da cuenta de la pauta de evaluación contemplada en ellas, que es aplicable a todas las licitaciones sin importar la complejidad, la que se observa en la siguiente tabla.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Factor principal	Porcentaje factor	Subfactor	Porcentaje subfactor	Porcentaje en el total
Evaluación económica	58%	Valor oferta	70%	40,6%
		Capacidad económica	30%	17,4%
Evaluación técnica	40%	Experiencia oferentes	100%	40%
Evaluación administrativa	2%	Cumplimiento requisitos formales	100%	2%

Fuente: Aporte de antecedentes de la Fiscalía (folio 21, p. 7).

31.2. En cuanto al mercado relevante, la FNE distingue entre licitaciones que confieren un monopolio o posición dominante y aquellas referidas a la contratación por parte del Estado de bienes o servicios.

31.3. En este caso, las licitaciones regidas por las Nuevas Bases no asignan un monopolio ni confieren una posición de dominio, sino que se busca la provisión de un servicio que requiere el Estado: la construcción de hospitales.

31.4. Desde el punto de vista del producto, la FNE señala que el mercado no corresponde a cada licitación como propone la Consultante. Tampoco se restringiría a la construcción de hospitales a través de licitaciones públicas, sino que corresponde a la contratación de obras de edificación de forma general, pública y privada. Lo anterior, por cuanto la valoración de la experiencia no diferencia entre obras de salud y equivalentes, las especialidades son subcontratadas y a que se observa heterogeneidad entre los adjudicatarios. Mientras que, desde el punto de vista geográfico, el alcance es nacional.

31.5. Respecto de la caracterización de la demanda, la FNE da cuenta de la baja incidencia de las Nuevas Bases en el mercado relevante. Así, señala que las licitaciones regidas por las Nuevas Bases representan una baja participación y que los principales organismos públicos que han adjudicado licitaciones son municipalidades, ministerios y, en tercer lugar, los SS (8% de las licitaciones).

31.6. En cuanto a la distribución geográfica de los proyectos licitados, sostiene que las licitaciones entre 2017-2021 están concentradas entre la Región de Valparaíso y la Región Metropolitana y que, si se considera solo el sector salud, ésta última representa el 20% de las licitaciones, seguida por la Región de Los Lagos, Región de Los Ríos y la Región de Valparaíso con un 10%.

31.7. En cuanto a la oferta, la FNE da cuenta de un mercado atomizado (2.882 empresas se han adjudicado licitaciones públicas), como se observa en la siguiente tabla.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Grupo(s) de licitaciones	Número de empresas adjudicadas
Sólo del Grupo A (menor a 2.000 UTM)	1.858
Sólo del Grupo B (entre 2.000 y 5.000 UTM)	204
Sólo del Grupo C (mayores a 5.000 UTM)	305
Sólo del Grupo A y del Grupo B	259
Sólo del Grupo A y del Grupo C	86
Sólo del Grupo B y del Grupo C	76
Del Grupo A, Grupo B y Grupo C	94
Total	2.882

Fuente: Aporte de antecedentes de la Fiscalía (folio 21, p. 15).

31.8. Al respecto, la FNE observa una mayor oferta en los grupos de licitaciones de menor valor y destaca que 515 de 2.882 empresas diversifican los proyectos de edificación en los que participan.

31.9. En cuanto al análisis de competencia, señala que, dado el mercado relevante definido para esta causa y la ausencia de barreras a la entrada, la incidencia de las licitaciones sujetas a las Nuevas Bases es muy acotada. De esta forma, sostiene que el Minsal carece de poder de mercado en lo que respecta a las licitaciones en que inciden las Nuevas Bases y no podría incurrir en infracciones al D.L. N° 211. Por ello, concluye que no existen en estos autos, hechos, actos o contratos que puedan infringir el D.L. N° 211. Lo anterior, sin perjuicio de que algunas reglas puedan ser mejoradas en términos de la libre concurrencia, de un buen manejo de fondos públicos y funcionamiento de licitaciones del Estado.

31.10.A folio 68, la Fiscalía complementó su informe refiriéndose a la baja incidencia de las Nuevas Bases en el mercado relevante recogiendo el criterio de complejidad de las obras.

32. A folio 27, el 31 de mayo de 2021, la CChC aportó antecedentes. En primer lugar, sostiene que reconoce los esfuerzos del Minsal para intentar actualizar y hacer más eficientes los procesos de licitación. No obstante, existen aspectos a mejorar en las Nuevas Bases, en particular, en los criterios de calificación y adjudicación de ofertas. Añade que las Nuevas Bases del Minsal son cruciales dentro del plan nacional de inversiones del Minsal, ya que ejecutarían el 85,72% de las obras que el referido plan de inversiones proyecta.

32.1. A continuación, detalla la consulta de Constructora LN SpA respecto de las deficiencias observadas en las Nuevas Bases y al respecto sostiene que el aspecto esencial levantado por la Consultante es que las Nuevas Bases atentan contra la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

libre competencia por restringir indebidamente la participación de oferentes idóneos e indica que adhiere a este punto y que su análisis se enfocará en ello.

32.2. De esta forma, la CChC analiza las Nuevas Bases y sostiene, en primer lugar, que el precio debe ser el factor principal y preponderante de calificación de ofertas en los procesos de licitación. Lo anterior, sería un criterio asentado tanto para este Tribunal (V.gr. ICG N°1/2006) como por la FNE (Guía “Compras Públicas y libre competencia”, 2011).

32.3. Al respecto, la aportante señala que el Minsal no cuenta para estos procesos licitatorios con: (i) sistemas de precalificación de oferentes; (ii) registros o listados de oferentes idóneos para participar en los distintos procesos; u (iii) otros sistemas mediante los cuales pueda evaluar idoneidad del oferente de forma separada a su oferta. Por tanto, en estas licitaciones, las características del oferente y su oferta son examinados conjuntamente.

32.4. Luego señala que se debe analizar si en las Nuevas Bases el factor precio es preponderante. Al respecto indica que es evidente que en dichas bases otros factores distintos al precio ponderan un 59,4% y, por lo tanto, el oferente con menor experiencia debe bajar sus precios para poder presentar una oferta competitiva. Así, concluye que en las Nuevas Bases existe una ponderación insuficiente del factor precio, lo que impediría, restringiría o entorpecería la competencia en el mercado.

32.5. Lo anterior, a su juicio, se produce porque en las Nuevas Bases se examina de forma conjunta al oferente y su oferta. CChC propone, entonces, dos opciones que buscan incrementar la competencia en las licitaciones, sin descuidar la preocupación que tiene el Minsal respecto de la idoneidad de los participantes en los procesos licitatorios.

32.6. La primera propuesta corresponde a la creación de un sistema de precalificación de oferentes para cada obra, de forma que el Minsal tutelaría debidamente la idoneidad de los participantes en sus procesos licitatorios y luego, estos competirían por el factor precio o principalmente por esa variable. Esta propuesta evita que las características del oferente se midan en conjunto con su oferta y, añade, que ésta sería armónica con la propuesta de la FNE en el aporte de antecedentes presentado en la causa Rol ERN N° 26-18, respecto del sistema de registro de contratistas, lo que, a juicio de la CChC, sería igualmente aplicable en estos autos. Agrega que, tanto la Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A. así como el MOP, en concesiones de obras públicas, contemplan procesos de precalificación de los oferentes. Finalmente, indica que esta propuesta es implementable atendido el marco regulatorio del Minsal en esta materia (artículo 35 del Decreto Supremo N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda que aprueba el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Reglamento de la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación, en adelante “D.S. N° 250”).

32.7. Como propuesta subsidiaria, la CChC propone aplicar un sistema de registros. En este sistema, la inscripción en este sistema permite precalificar la experiencia y la capacidad económica de los oferentes, permitiendo que el Minsal defina en qué clase de licitación éstos pueden participar. Luego, la adjudicación se realizaría en base al factor precio, o principalmente en base a éste. A juicio de la aportante, la forma más eficiente para implementar esta propuesta es que el Minsal se remita al registro de contratistas del MOP, que se utiliza en el caso de infraestructura hospitalaria efectuada por el MOP conforme con el Decreto Supremo N° 75, de 2004, de dicho organismo, que deroga el Decreto N° 15 y sus modificaciones posteriores y aprueba el reglamento para contratos de obras públicas (“D.S. N° 75”). La CChC sostiene que el sistema de registros genera importantes eficiencias y evita que las variables de adjudicación dependan de las características del oferente. Agrega que esta propuesta, además, es armónica con la normativa del Minsal pertinente, en particular la Ley N° 19.886 y dictámenes de la CGR.

32.8. Concluye señalando que se debería exigir al Minsal la aplicación de la primera propuesta o de la propuesta subsidiaria, detalladas precedentemente, con el objetivo de que la adjudicación de las licitaciones de obras relacionadas con la infraestructura hospitalaria se realice sobre el factor precio o, al menos, principalmente por este factor.

32.9. A folio 47, la CChC acompañó un informe emitido por su Gerencia de Estudios titulado “Consideraciones Sobre El Mercado Relevante (Autos TDLC Rol NC N°484-2020)”. Entre sus conclusiones, destaca que no comparte la propuesta de mercado relevante propuesto por la FNE, esto es, aquel de contratación de obras de edificación de forma general, tanto públicas como privadas. Afirma que no corresponde definirlo de forma tan amplia, sin distinciones ni segmentaciones, proponiendo como mercado relevante para este caso, el de prestación de servicios para la construcción o mejoramiento en obras civiles en el sector salud o en obras de construcción o mejoramiento de más de 1.000 m². Finalmente, atendido dicha definición de mercado relevante, señala que los SS son un actor preponderante y cuentan con poder de mercado.

E. ANTECEDENTES RECIBIDOS EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 31 N° 5 DEL D.L. N° 211

33. A folio 34, el 4 de junio de 2021, el MOP aportó antecedentes que, sin perjuicio de encontrarse fuera de plazo, fueron agregados al expediente en virtud

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de la facultad que el artículo 31 N° 5 del D.L. N° 211 confiere a este Tribunal. En primer lugar, el MOP aclara que las Nuevas Bases no han sido redactadas ni aprobadas por dicho organismo.

33.1. A continuación, se refiere a la forma de establecer evaluaciones de ofertas en las licitaciones, afirmando que es una de las decisiones más importantes que debe realizar un mandante, en este caso, el Minsal. Sostiene que la selección puede ser más efectiva si se utilizan herramientas que predigan posibles resultados del proyecto. A su juicio, lo relevante es tratar de elegir la propuesta que prevea una menor variación de costos y/o plazos durante la ejecución del proyecto.

33.2. El MOP afirma que no existe una mejor forma de evaluar las ofertas en construcción, e indica que el precio es un factor relevante, pero –en general– se trata de contratos diferidos en el tiempo y con un interés público comprometido. Por tanto, son relevantes otros factores como trayectoria de la empresa en estos proyectos, así como su idoneidad y su capacidad económica.

33.3. En cuanto a la normativa aplicable al MOP, el D.S. N° 75, sostiene que la evaluación de las ofertas para la construcción, conservación y reparación de obras públicas por parte del MOP se realiza en dos etapas (artículo 84 del D.S. N° 75). En la primera de ellas, los licitantes deben entregar dos sobres, uno que contiene la oferta técnica y otro con la oferta económica, se evalúa primero la oferta técnica y se declara si es aceptable o no. Aquellas ofertas técnicas aceptadas pasan a la segunda etapa en donde se evalúa la oferta económica.

33.4. Ahora bien, el MOP aclara que, respecto del factor de capacidad económica, este no solo se revisa al momento de la inscripción o actualización en el mencionado registro, sino también al momento de participar en licitación.

33.5. En efecto, señala que el D.S. N° 75 distingue entre “capacidad económica mínima” (artículo 4° N° 37) y la “capacidad económica disponible” (artículo 4° N° 38). La primera es el capital que, a lo menos, debe acreditar el contratista para su inscripción en el registro y corresponde al patrimonio disminuido de los valores del activo que no representen inversiones reales y de las reservas susceptibles de retiro, aumentadas en las cantidades expresadas en la declaración jurada de no retiro, conforme al procedimiento establecido en los artículos 29 y 58 del citado decreto supremo, según se trate del registro de obras mayores o el de obras menores. Por su parte, la segunda corresponde al capital que debe comprobar el contratista para participar en una licitación y que se comprobará sobre la base de la capacidad económica acreditada ante el registro, según lo establezca las bases administrativas, disminuido en los saldos de obras por ejecutar, de acuerdo con los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

porcentajes y normas estipuladas en los artículos 29, 59 o 73 del D.S. N° 75, según se trate del registro de obras mayores, de obras menores o especial.

33.6. Por lo tanto, los contratistas están inscritos en el Registro del MOP en que se acredita experiencia, calidad profesional y capacidad económica. Con todo, al momento de licitar, se requiere que el interesado acredite la capacidad económica disponible, pues desde su inscripción en el registro puede haberse adjudicado varios contratos, lo que afectaría su capacidad económica para el proyecto específico al cual postula.

34. A folio 35, el Tribunal reiteró el oficio al Ministerio de Salud, ordenado a folio 11, otorgándole un plazo de diez días hábiles para aportar antecedentes respecto de la Consulta. El Minsal cumplió lo ordenado a folio 39, complementando su aporte a folio 43.

34.1. En primer lugar, señala que nuestro sistema permite el desarrollo de infraestructura pública de salud mediante tres estatutos jurídicos diversos. El primero es el sistema de asociación pública-privada (con 19 proyectos hasta la fecha), regulado por el Decreto Supremo N° 900, de 1996, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.F.L. N° 164, del MOP, de 1991, Ley de Concesiones de Obra Pública y el Decreto Supremo N° 956, de 1997, Reglamento D.F.L. N° 164, de 1991, modificado por la Ley N° 19.252 de 1993 y Ley N° 19.460, de 1996. En este caso, el MOP se encarga de la licitación y desarrollo del contrato de obra hospitalaria previa celebración de convenio-mandato con el Minsal y el SS correspondiente.

34.2. El segundo es el sistema de pago contra recepción, regulado por el Decreto N° 108 de 2009 y/o el D.S. N° 75 (con 14 proyectos hasta la fecha). En este sistema el MOP, a través de la Dirección de Arquitectura, licita y ejecuta proyectos de diseño y construcción de establecimientos públicos de salud cualquiera sea su complejidad, previa celebración de convenio-mandato entre dicha Dirección y el SS competente.

34.3. El tercero, es el sistema de Compras Públicas realizada por los SS, donde se encuentran las Nuevas Bases, regulado por la Ley N° 19.886 y el D.S. N° 250 (con seis proyectos hasta la fecha). En este sistema, los SS se encargan directamente de licitar el diseño y ejecución de un establecimiento de salud cualquiera sea su complejidad.

34.4. El Minsal señala que, dada la envergadura y especificidad de este tipo de licitaciones, la Subsecretaría de Redes Asistenciales pone a disposición de los SS bases administrativas tipo (como las Nuevas Bases) con la finalidad de optimizar

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

los tiempos de tramitación, uniformar los procesos de licitación y contratación, y facilitar el desarrollo de los proyectos a nivel nacional. Añade, que actualmente están vigentes dos bases tipo: las Nuevas Bases y las bases aprobadas por Resolución N° 5, de 2015, que “Aprueba Formato Tipo de Bases Administrativas para el Diseño, Construcción, Habilitación, Normalización, Reposición de Establecimientos que se desarrollen por los Servicios de Salud del país” (“Resolución N° 5”). Aclara que la Consultante no se refiere a ésta última, y que con ella se están desarrollando actualmente seis contratos de diseño y construcción de hospitales (cuya adjudicación fue en los años 2017 y 2018).

34.5. El Minsal señala que, dado que la presente consulta se refiere específicamente al sistema de evaluación contemplado de las Nuevas Bases, se refiere a las causas que motivaron su reemplazo. Sobre estas causas, en primer lugar, cita la causa Rol C N° 329-17 (finalizada por desistimiento y compromiso de elaborar nuevas bases), ya señalada. Y, en segundo lugar, la detección de diversas deficiencias durante la ejecución de iniciativas de inversión adjudicadas a través de las Antiguas Bases. De esta forma, afirma, se vio en la necesidad de elaborar nuevas bases tipo con el objeto de que los SS optimizarán sus procesos licitatorios y su relación contractual con el contratista.

34.6. En estas Nuevas Bases se debían corregir los criterios de evaluación como también aquellos aspectos que entrampaban el desarrollo de los contratos de manera de hacer más eficientes los procesos de contratación y posterior ejecución. Además, se decidió reemplazar las bases aprobadas por Resolución N° 1, de 2003, porque habían quedado acotadas a proyectos de un metraje igual o inferior a 1.200 m²; con un proceso menos regulado y pasajes desactualizados frente a la Ley N° 19.886 y su reglamento.

34.7. El Minsal afirma que las modificaciones incorporadas en las Nuevas Bases buscan la apertura del mercado, específicamente mediante el establecimiento de un nuevo criterio de evaluación técnico y económico.

34.8. Para ello, se modificaron los criterios respecto de la evaluación técnica. En efecto, en primer lugar, se decidió eliminar el requisito de experiencia especializada, con el objeto de incorporar más oferentes con experiencia en el rubro de la construcción y simplificar el proceso de evaluación llevado a cabo por los SS. Señala que se estudiaron aquellas especialidades que debía contener cada obra equivalente según su complejidad, para incorporarlas en las Nuevas Bases. Y que, en estas últimas, se eliminaron: (i) las distintas ponderaciones para evaluar la experiencia en obras de salud y la experiencia en obras equivalentes; y (ii) las distinciones injustificadas entre obras de salud nacionales e internacionales.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

34.9. En segundo lugar, las Nuevas Bases elevan los metros cuadrados para categorizar una obra como de alta, mediana o baja complejidad, que habían sido considerados en las Antiguas Bases, pues éstos estaban desactualizados atendiendo que, hoy en día, las obras de alta complejidad superan los 25.000 m² alcanzando incluso los 215.000 m², valores muy distintos a los incluidos en las Antiguas Bases. Al respecto, el Minsal sostiene que dicho aumento de metraje no crea barreras de entrada, pues se permite que aquellos interesados que cuenten con experiencias en obras de salud o equivalentes de mediana complejidad puedan postular a ejecutar obras de alta complejidad, y añade que se elimina el sistema de *ranking* considerado en las Antiguas Bases para participar en obras de alta complejidad.

34.10. En tercer lugar, el Minsal indica que se eliminó la exigencia de contar con los profesionales al momento de realizar la oferta, pues dicha exigencia impedía que aquellos interesados que no contaran con dichos profesionales pudieran ofertar en la licitación, por lo que se reemplazó por una declaración jurada. Esto último, es positivo ya que: (i) elimina errores en la evaluación de los profesionales; (ii) evita cobros de garantía de seriedad de la oferta por profesionales por problemas con los títulos o certificados; y (iii) acelera el proceso de evaluación de la oferta, entre otros.

34.11. Luego, respecto de la evaluación económica, el Minsal afirma que se detectó que los términos anticipados de contratos de prestación de servicios que fueron adjudicados utilizando las Antiguas Bases, en su mayoría, se generaban por falta de capacidad económica de los contratistas durante la ejecución de las obras. Sin embargo, dado el marco regulatorio del Minsal en la etapa de postulación a los distintos proyectos, no era procedente incorporar mecanismos adicionales al aumento de garantías (artículo 42 del D.S. N° 250). Asimismo, tampoco se podía castigar a aquellas empresas que postulaban a distintas licitaciones a la vez, a pesar del riesgo de no tener la liquidez para ejecutar todos dichos proyectos, en caso de adjudicárselos.

34.12. Para resolver lo anterior, se estudiaron mecanismos que podrían ser utilizados para proponer un nuevo criterio de evaluación económica. De esta forma, respecto del factor precio, el Minsal aclara que en las Nuevas Bases se promueve la libertad para exigir los precios que cada empresa esté dispuesta a ofertar y se asume que dicho precio solo es conocido por el potencial participante. Añade también que sería poco probable que existan dos o más competidores empatados en los tres criterios que comprenden la evaluación de la oferta (evaluación técnica, capacidad económica, precio y evaluación administrativa), como lo analiza la Consultante.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

34.13. De esta manera, el Minsal explica que se eliminó el modelo incorporado en las Antiguas Bases, que consideraba la estimación de patrimonio neto de la empresa, con la consecuente dificultad de que esa información podría sufrir variaciones sustantivas incluso, al día siguiente, no siendo útil ni eficaz a los objetivos para los cuales había sido incorporado. Y, en las Nuevas Bases, incorporan un método orientativo eficaz para calificar a los oferentes mediante un análisis de múltiples variables y subfactores. Dichos subfactores corresponden a parámetros de uso común para analizar la situación económica-financiera de una empresa, a través de metodologías disponibles para interpretar la información financiera con las herramientas técnicas correspondientes y explica cada uno de ellos y su justificación.

F. AUDIENCIA PÚBLICA

34. A folio 48, consta la citación a la audiencia pública para el 21 de diciembre de 2021, a las 9:30 horas. El 19 de noviembre de 2021, se publicó la citación en el Diario Oficial, según consta a folio 54, mientras que la publicación en la página web del Tribunal se realizó el 16 de septiembre del mismo año.

35. En la audiencia pública, la que se realizó mediante videoconferencia, atendida la emergencia sanitaria imperante en el país, intervinieron los apoderados de la Consultante y, de los siguientes aportantes de antecedentes: FNE y CChC, como consta a folio 77.

G. ANTECEDENTES ADICIONALES REQUERIDOS POR EL TRIBUNAL

36. Con posterioridad a la audiencia pública, el Tribunal ordenó acompañar la siguiente información, en virtud de la facultad conferida en el artículo 31 N° 5 del D.L. N° 211. A folio 79, ordenó:

- a) Al Minsal, individualizar todas las licitaciones realizadas por SS que hayan tenido lugar entre los años de 2010 y 2021, ambos incluidos, y que hayan utilizado como bases tipo alguna de las siguientes: (i) la Resolución N° 1 del Minsal, de fecha 28 de febrero de 2020; (ii) la Resolución N° 134 del Minsal, de fecha 21 de octubre de 2014; y (iii) todas aquellas resoluciones dictadas por el Minsal que aprueben bases de licitación tipo, relativas a la construcción, habilitación, normalización, reposición o remodelación de infraestructura de salud, que antecedan a las resoluciones señaladas en los numerales precedentes. A folio 114, Minsal dio cumplimiento a lo ordenado.
- b) Al Instituto Nacional de Estadísticas (“INE”), acompañar todos los certificados de recepción de obras de edificación y todos los permisos de edificación, emitidos entre los años de 2010 a 2021, ambos incluidos, para todo el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

territorio nacional. Para ello, debía indicar, a lo menos: (i) año y mes; (ii) comuna; (iii) región; (iv) número identificador o folio; (v) código de destino; (vi) destino de la obra, por ejemplo, si se trata de casas, edificios, departamentos, industrias, comercio, hoteles, salud, asistencia social, etc.; (vii) si se trata de una obra pública o privada; (viii) superficie total en metros cuadrados; (ix) tipo de obra, por ejemplo, nueva, de ampliación o remodelación; y (x) si se trata de una vivienda habitacional o no, tal como se observa en la respuesta a oficio de la FNE, que rola a folio 57.

- c) A la Dirección de Compras y Contratación Pública (“DCCP”), acompañar una base de datos respecto de todas las ofertas de licitaciones públicas realizadas entre los años 2010 y 2021, ambos incluidos, que guarden relación con el rubro de servicios de construcción y mantenimiento. Asimismo, debía incluir una descripción de cada una de las variables incluidas en dicha base de datos. Al folio 103, la DCCP cumplió lo ordenado, y el documento fue agregado al folio 108.

II. PARTE CONSIDERATIVA

A. OBJETO Y ALCANCE DE LA CONSULTA. ESTRUCTURA DE LA RESOLUCIÓN

1. Como se ha señalado en la parte expositiva, el objeto de la Consulta presentada en autos consiste en determinar si las Nuevas Bases destinadas a licitar los servicios de construcción, habilitación, normalización, reposición o remodelación de infraestructura de salud (en adelante e indistintamente como los “servicios de construcción y otros”), se ajustan al D.L. N° 211.

2. En síntesis, la Consultante aduce que las Nuevas Bases infringirían la libre competencia debido a (i) la baja ponderación del precio, que solo representa un 40,6% del puntaje total; (ii) la valoración y la estructura de los subfactores considerados en la capacidad económica; y (iii) la ponderación de la experiencia en general, que representa casi el mismo porcentaje del precio (un 40%).

3. Esta consulta tiene como antecedente lo discutido en la causa contenciosa Rol C N° 329-17, seguida ante este Tribunal, en la que la misma Consultante –Constructora LN SpA– demandó al Minsal por considerar que ciertas disposiciones contenidas en las Antiguas Bases, serían anticompetitivas. Dicho juicio terminó por un desistimiento de la demandante, aceptado por la demandada, atendido que el Minsal se comprometió a dictar nuevas bases tipo que cumplieran con la normativa de libre competencia y a retirar las licitaciones que se encontraban suspendidas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Las Nuevas Bases reemplazan a las Antiguas Bases, y a la Resolución N° 1 de 2013, del Minsal.

4. Antes de entrar al fondo del asunto, es necesario tener presente ciertas definiciones que este Tribunal ha señalado a propósito de causas en que lo discutido es el diseño de bases de licitación pública. El diseño y contenido de bases de licitación elaboradas por organismos públicos han sido frecuentemente analizados en esta sede, tanto en procedimientos contenciosos, por ejemplo, cuando un oferente presenta una demanda en caso que el ente licitante no haya consultado previamente las bases y estas contengan, a su juicio, alguna cláusula o exigencia que atente contra la libre competencia; como no contenciosos, esto es, cuando consulta el ente licitante o un tercero interesado, o cuando se debe emitir un informe en virtud de una ley especial, como las licitaciones de concesiones de puertos estatales (véase, por ejemplo, Resoluciones N° 58/2019, N° 61/2020, N° 63/2021, y N°66/2021; e Informes N° 18/2020, N° 20/2021, y N° 23/2022).

5. En este orden de ideas, se ha dictaminado que dentro de los actos de los órganos de la Administración del Estado que son susceptibles de ser juzgados en esta sede –sea a través de un procedimiento contencioso como uno no contencioso–, se incluyen las cuestiones relativas a bases de licitación pública, toda vez que las licitaciones *“son aptas para crear mercados nuevos, eliminar o reemplazar los existentes, o afectar positiva o negativamente la competencia en unos u otros, dependiendo de las características y estructura de los mercados en que inciden, así como de las condiciones o requisitos de participación que se establezcan en las respectivas licitaciones o concursos”* (Sentencia N° 118/2012, c. 6°; y Resolución N° 61/2020, párrafo 5).

6. Más precisamente, también de acuerdo con reiterada jurisprudencia de este Tribunal, se ha establecido que el ámbito en que se pueden resolver consultas sobre las bases de una licitación dice relación, fundamentalmente, con el diseño de las mismas, pues existe una posibilidad objetiva de que la libre competencia pueda verse impedida, restringida o entorpecida, o que se tienda a ello (Sentencia N° 138/2014, c. 13°; y Resolución N° 61/2020, párrafo 6). Como se verá, los cuestionamientos que formula la Consultante sobre ciertas disposiciones de las Nuevas Bases dicen relación, precisamente, con su diseño, razón por la cual no cabe duda alguna sobre la competencia de este Tribunal para pronunciarse sobre esta materia.

7. En el caso particular de esta Consulta, el organismo público licitante actúa como un demandante de bienes o servicios y, por tanto, se debe evaluar si puede afectar la libre competencia en el mercado, para lo cual es necesario: (i) que cuente

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

con poder de compra en el mercado relevante del producto, esto es, que pueda negociar precios, condiciones o volúmenes de compra distintos a los que existirían en una situación de competencia; (ii) que actúe de modo arbitrario o discriminatorio, abusando de su poder de compra o incurriendo en prácticas que alteren o tiendan a alterar el proceso competitivo del mercado en el cual se enmarca la licitación (véase Resolución N° 50/2017, párrafo 61); y (iii) que las exigencias que incorpore en las bases de licitación no tengan una justificación objetiva ni razonable.

8. La estructura que será utilizada para resolver la presente Consulta es la siguiente: (i) en la sección B, se expone someramente la regulación aplicable a las Nuevas Bases; (ii) luego, en la sección C, se identifica y caracteriza el mercado en el que incide esta Consulta, así como sus condiciones de competencia; (iii) en la sección D, se analizan aquellos aspectos de las Nuevas Bases cuestionadas por la Consultante; y (iv) por último, en la sección E, se consignan las conclusiones y eventuales medidas, si estas fueran procedentes.

B. REGULACIÓN APLICABLE EN EL CASO DE AUTOS

9. Las Nuevas Bases persiguen la contratación por parte del Estado de servicios de construcción y otros destinados a infraestructura de salud, cualquiera sea su metraje. Por consiguiente, a este tipo de actos se le aplica la Ley N° 19.886.

10. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7° letra a) de la citada Ley N° 19.886, por licitación o propuesta pública se entiende aquel *“procedimiento administrativo de carácter concursal mediante el cual la Administración realiza un llamado público, convocando a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente”*. Asimismo, de acuerdo con los artículos 5° y 6° de esta ley, procede la licitación pública cada vez que la Administración adjudique contratos por más de 1.000 UTM y en estos procesos *“[l]as bases de licitación deberán establecer las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del bien o servicio por adquirir y todos sus costos asociados, presentes y futuros”*.

11. A su vez, también le es aplicable a las Nuevas Bases las disposiciones pertinentes de la Ley N° 18.575. Como bien señala la FNE en su aporte de antecedentes (folio 21, pp. 4-5), son de particular importancia para procesos de licitación como el de autos, los principios de libre concurrencia y de igualdad ante las bases que rigen los contratos, consagrados en el artículo 8° bis de dicha ley.

12. Por último, los actos de autoridad a través de los cuales se celebran contratos administrativos de suministro y prestación de servicios se rigen por las disposiciones

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

del D.L. N° 211. Sobre esto cabe recordar lo dispuesto en la Resolución N° 61/2020, que se refirió al contenido de bases de licitación elaboradas por el Fondo Nacional de Salud, en el sentido que *“la competencia de esta magistratura es amplia y general para juzgar dichos actos. Como se citó en dos recientes resoluciones dictadas en asuntos no contenciosos, las ‘normas de protección de la libre competencia son de orden público y por ende aplicables a todas las personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas, en cuanto éstas concurren al mercado, de manera que es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el llamado a resolver si ha tenido lugar alguna infracción (CS, rol N° 61/2010, de 28 de enero de 2011, c. 6)’”* (párrafo 4).

C. MERCADO RELEVANTE EN EL QUE INCIDEN LAS BASES OBJETO DE LA CONSULTA

13. Atendido lo expuesto, para efectos de evaluar si las Nuevas Bases pueden infringir las disposiciones del D.L. N° 211 es necesario determinar: (i) el mercado relevante en el cual inciden; y luego, (ii) si la parte compradora o licitante cuenta con suficiente poder de compra del cual pueda abusar o que le permita alterar el proceso competitivo, en ese mercado relevante (Resolución N° 58/2019, párrafos 26, 27 y 30; y Resolución N° 50/2017, párrafos 61 y 62).

C.1. Definición del mercado relevante

14. La Consultante señaló que, a su juicio, cada licitación destinada a la construcción de hospitales podría ser –en sí misma– un mercado relevante o que, a lo menos, todas las licitaciones bajo este formato debieran ser consideradas en su conjunto como parte de un mismo mercado (folio 10, p. 34). Sin embargo, posteriormente, acompañó el Informe Económico, el cual concluye que *“las obras de construcción hospitalaria de más de 1.000 metros cuadrados en todo el territorio nacional son un mercado relevante”* (folio 69, p. 26). En una línea similar, la CChC manifestó que, en su opinión, el mercado relevante corresponde a *“la prestación de servicios para la construcción o mejoramiento en obras civiles en el sector de la salud o, al menos, en obras de más de 1.000 metros cuadrados”* (folio 47, p. 2). Ello, sobre la base del informe “Consideraciones Sobre el Mercado Relevante” elaborado por su Gerencia de Estudios (folio 46).

15. Por su parte, y en contraposición a lo anterior, la FNE indicó que el mercado relevante corresponde a *“la contratación de obras de edificación de forma general”* (folio 21, pp. 7-8), considerando la provisión pública y privada de las mismas, e incluyendo tanto las obras de salud como otros tipos de obras de construcción “análogas”. Según señaló, tal conclusión se infiere debido a que las Nuevas Bases, en su evaluación de ofertas, no distinguen entre aquella experiencia obtenida por

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

obras de salud y aquella obtenida por obras equivalentes. Lo anterior, por cuanto existe la posibilidad de subcontratar a terceros las especialidades que requiere una obra de salud; y, a que no se observan diferencias entre los oferentes, cuando se trata de si ellos participaron o no en proyectos de obras de salud (folio 21, pp. 8-11).

16. Siguiendo este orden de consideraciones, se debe determinar, en primer lugar, si el mercado relevante de estos autos se encuentra o no limitado a cada licitación que utiliza las Nuevas Bases. Como ha señalado anteriormente este Tribunal (V.gr. Sentencia N° 168/2019), para efectos de delimitar el mercado relevante del producto en el contexto de una licitación pública, es necesario determinar si los SS al utilizar estas Nuevas Bases actúan como agentes económicos, es decir, como demandantes de bienes o servicios, o bien, si actúan como entes reguladores que asignan derechos o recursos escasos de manera monopólica y por un periodo de tiempo. En el presente caso, las Nuevas Bases en discusión tienen por objeto la contratación de un servicio, a saber, la construcción, habilitación, normalización, reposición o remodelación de una infraestructura de salud en particular y, por tanto, el mercado relevante se entiende como “*aquel en el que inciden los bienes o servicios licitados*” y no se encuentra limitado a la licitación misma (Sentencia N° 168/2019, c. 10°-11°; y Sentencia N° 114/2011, c. 27°-30°).

17. En segundo lugar, se debe determinar si el mercado relevante al que afectan las Nuevas Bases incluye dentro de los servicios de construcción y otros a obras que no guarden relación con el sector de salud, ello tanto para el sector público como privado. Para estos efectos, resulta atinente al caso de autos analizar tanto la sustituibilidad de la demanda como de la oferta, de manera de determinar el conjunto de servicios que constituyen una fuente de presión competitiva *actual* –y no solo *potencial*– hacia aquellos que son objeto de las licitaciones en cuestión.

18. La primera, la sustituibilidad de la demanda, se refiere a la capacidad o disposición de los consumidores de intercambiar un producto o servicio por otro, en respuesta a un cambio relativo en sus precios. La segunda, la sustituibilidad de la oferta, resulta atinente al caso, pues permite determinar si el mercado relevante incluye solo a obras de salud o si también incluye otras obras de características similares. Así, aunque incluir la sustitución desde el punto de vista de la oferta no corresponda a una herramienta general para la delimitación del mercado relevante del producto, sino que usualmente se analiza para revisar las condiciones de entrada a un mercado y su competencia potencial, esta puede ser considerada en este estadio de análisis en la medida que permita dilucidar un efecto disciplinario en el comportamiento competitivo de los productos o servicios pertinentes (véase, por

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ejemplo, *Federal Trade Commission v. Rag-Stiftung et al*, 2019cv02337 - Document 150 (D.D.C. 2020)).

19. En este orden de ideas, la Comisión Europea entiende que la sustituibilidad de la oferta puede utilizarse como una herramienta para delimitar el mercado relevante cuando “*los proveedores puedan pasar a fabricar los productos de referencia y comercializarlos a corto plazo, sin incurrir en costes o riesgos adicionales significativos, en respuesta a pequeñas variaciones permanentes de los precios relativos*” (Comisión Europea (1997), “*Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia*”, en Diario Oficial de las Comunidades Europeas, p. 3, párrafo 20). De forma similar, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos y la Comisión Federal de Comercio (“DoJ” y “FTC”, por sus siglas en inglés) consideran que la sustituibilidad de la oferta se manifiesta cuando “*un productor con capacidad ociosa eficiente, o con capacidad ‘oscilante’ actualmente ocupada en mercados adyacentes que esté inmediatamente disponible, puede cambiarla para servir al mercado relevante de forma rápida y rentable*” (traducción libre, DoJ & FTC (2010), “*Horizontal Merger Guidelines*”, pp. 15-16; entre otros, véase también: OECD (2012), “*Policy Roundtables - Market Definition*”, pp. 32-33).

20. Por consiguiente, la sustituibilidad por el lado de la oferta se produce cuando los productores pueden incorporar a su línea de producción un nuevo producto o servicio, o bien, reemplazar uno ya existente, de forma *rápida* (en el corto plazo), *descomprometida* (sin riesgos, costos o inversiones significativas e irrecuperables) y *competitiva* (con menores precios y de forma rentable), en respuesta a un cambio relativo en los precios. Este análisis, como se explicó, es sin perjuicio de aquel que se realiza normalmente cuando se evalúan las condiciones de ingreso a un mercado, momento en el cual se pondera si existe competencia potencial que pueda disciplinar a un incumbente, lo que dependerá de las barreras a la entrada –legales, estructurales o estratégicas– o a la expansión de otros agentes económicos.

21. En ese sentido, para incorporar al mercado relevante aquellos productos o servicios que son sustitutos por el lado de la oferta, es imprescindible que los efectos dentro del proceso competitivo generados por la oferta sean iguales o mayores que los efectos derivados de la demanda. Solo así la competencia de oferentes que producen otro bien o servicio calificaría como *actual* y no solo *potencial*. De acuerdo con la doctrina, ello sucede cuando la sustitución del producto o servicio por el lado de la oferta es “cuasi universal”, es decir, cuando la mayor parte de los productores sustituyen o pueden sustituir dichos productos o servicios en los términos recién expuestos, particularmente cuando éstos forman parte de un mismo grupo de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

productos o servicios (véase, entre otros: DoJ & FTC (2010), pp. 15-16; O'Donoghue & Padilla (2006), *"The Law and Economics of Article 82 EC"*, Hart Publishing, cap. 2.1; y, Comisión Europea (1997), pp. 3-5).

22. De esta manera, desde el punto de vista de la demanda, para los SS la construcción de una obra cualquiera (como un edificio) no es sustituta de una obra de salud (por ejemplo, un hospital). Sin embargo –como sugiere la Fiscalía– ello no implica que, por el lado de los oferentes, las obras de construcción del ámbito de la salud que utilicen las Nuevas Bases no puedan ser sustituidas por otras obras no relacionadas al sector de salud, y viceversa.

23. Por esta razón, a partir de la información aportada en autos por la DCCP (folio 97), este Tribunal analizó el comportamiento de los oferentes que participaron en aproximadamente mil licitaciones públicas efectuadas por SS entre los años 2014 a 2021, cuyo presupuesto haya sido superior a 5.000 UTM y que pertenecieran al rubro de "servicios de construcción y mantenimiento de obras" (categorización utilizada en estadísticas de la DCCP). Lo anterior, en atención a lo expuesto en el Informe Económico, respecto de la necesidad de no combinar dentro del análisis licitaciones con características que no sean equiparables con los servicios que contemplan las Nuevas Bases, puesto que en la práctica aplicarían para obras de salud de más de 1.000 m² de superficie y con un presupuesto mayor a 5.000 UTM (folio 69, pp. 8-11).

24. En efecto, dichas características son las que se aprecian de 108 licitaciones identificadas por el Minsal (folio 112) que hicieron uso de las Antiguas y Nuevas Bases. En concreto, en la totalidad de ellas se observa un presupuesto superior al señalado y, adicionalmente, 97 de ellas superaron los 1.000 m² de superficie.

25. De este modo, para evaluar si deben incorporarse al mercado relevante las obras no relacionadas con materias de salud, la Tabla N° 2 a continuación muestra, de entre los oferentes de las licitaciones singularizadas en el párrafo 23 precedente, el porcentaje de ellos que participó en, al menos, una licitación pública de obras fuera del ámbito de la salud. Para ejemplificar su lectura, es posible observar que, para el año 2021, en 92 licitaciones de obras de salud en que participaron 128 empresas, el 42,2% de ellas (54 oferentes) también participó en al menos una licitación para otros tipos de obras y el 57,8% (74 oferentes) se centró únicamente en obras de salud.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

**Tabla N° 2: Sustitución de obras de salud por otras obras,
entre los años 2014 y 2021**

Ítem	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
Nro. de licitaciones de SS	72	226	204	154	93	82	87	92
Nro. de oferentes	110	270	260	205	142	157	183	128
% que participó en obras no relacionadas a salud*	51,8%	40,7%	45,8%	52,7%	59,9%	50,3%	54,1%	42,2%
% que participó solo en obras de salud	48,2%	59,3%	54,2%	47,3%	40,1%	49,7%	45,9%	57,8%

(*) Obras no relacionadas a salud, tales como, establecimientos educacionales, recintos deportivos, conjuntos habitacionales, jardines infantiles, plazas y parques, aeródromos e infraestructura vial, entre otros.

Fuente: Elaboración propia a partir de respuesta de la DCCP al Ord. N° 76/22 (folio 97).

26. Así, de la Tabla N° 2 se aprecia un aumento del número de licitaciones en los años en que las Antiguas Bases estuvieron disponibles para los SS (2015 a 2017). En efecto, el 20 de noviembre de 2014 éstas fueron objeto de toma de razón por parte de la CGR y luego, a partir del 26 de septiembre de 2017, este Tribunal decretó, con ocasión de la causa Rol C N° 329-17, una serie de medidas cautelares para que los SS se abstuvieran de usarlas (resoluciones que las decretan rolan a fojas 329, 345 y 405 de esa causa). Asimismo, se contempla que entre un 40-60% de los oferentes que participaron en licitaciones de obras de salud, también lo hicieron para otro tipo de obras.

27. Ahora bien, lo fundamental es no solo identificar si existen oferentes que sustituyan o puedan sustituir los servicios destinados a obras de salud –los cuales efectivamente existen– sino, más bien, determinar si los efectos de dicha sustitución son comparables con aquellos que derivan usualmente de la sustitución por el lado de la demanda, de manera tal que justifiquen agregar a ambos productos en un solo mercado relevante, tal como se señaló en el párrafo 21.

28. En opinión de este Tribunal, la hipótesis expuesta en el párrafo anterior no se apoya en los antecedentes contenidos en estos autos, particularmente, puesto que existe una cantidad relevante de oferentes de servicios de construcción y otros que no participan activamente en ambos tipos de obras y que, en consecuencia, no parecen tener la capacidad de sustituir las obras de salud por otras que cuenten con un presupuesto similar. Esta conclusión se mantiene, aun cuando la cantidad de licitaciones disminuyó considerablemente luego del año 2017, ya que dicha fracción de oferentes todavía se observa. Del mismo modo, los cálculos de la Fiscalía (anexo folio 31, p. 4) muestran que los resultados anteriores también prevalecen si para ello se estudia a los oferentes que participaron en licitaciones de obras “análogas”, exponiendo que, de 561 empresas que se adjudicaron obras fuera del sector de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

salud entre los años 2017 a 2020, solo el 8% de ellas (45 empresas) se adjudicó ambos tipos de obras (esto es, tanto de salud como de otros sectores).

29. Por consiguiente, este Tribunal mantiene el criterio señalado con anterioridad en la Sentencia N° 168/2019 (c.12° y 14°), confirmada por la Excma. Corte Suprema en sentencia de 27 de enero de 2020 en la causa Rol C.S. N° 8850-2019 (c.8°), en el sentido que el mercado relevante del producto se acota a los servicios de construcción y otros para obras relacionadas al ámbito de la salud, sin incorporar a otros tipos de infraestructuras, ya sean equivalentes o análogas.

30. Por último, respecto a la dimensión geográfica del mercado relevante, el Informe Económico señaló que *“podrían existir submercados geográficos respecto a las áreas norte, centro y sur del país. [...] No obstante, la evidencia e información no es suficiente para concluir esto”*, de modo que el mercado relevante se extendería a *“todo el territorio nacional”* (folio 69, pp. 26-27). Por su parte, la FNE manifestó conclusiones similares, en el sentido que, a su juicio, el mercado relevante *“es de alcance nacional, toda vez que las obras de construcción son requeridas a lo largo del país y que los oferentes están dispuestos a ejecutar obras más allá de la zona en que se encuentran ubicadas sus operaciones principales”* (folio 21, pp. 10-11).

31. Los antecedentes presentados en autos (FNE, anexo folio 31, pp. 5-8; y el Informe Económico, folio 69, pp. 13-18) dan cuenta que existen oferentes cuya participación geográfica no se encuentra limitada por el área de sus operaciones, de manera que pueden ejecutar obras –tanto generales como específicas de salud– en regiones aledañas y también en regiones bastante más lejanas. Por consiguiente, se considerará que estos servicios abarcan todo el territorio nacional.

32. En conclusión, el mercado relevante afectado por las Nuevas Bases está conformado por la prestación de los servicios de construcción y otros, destinados a infraestructuras que guarden relación con el ámbito de la salud, ya sean estos demandados por el sector público o privado, y cuya superficie de construcción sea igual o superior a los 1.000 m², o bien, con un presupuesto mayor de 5.000 UTM (dimensión del producto); extendiéndose a todo el territorio nacional (dimensión geográfica).

C.2. Evaluación del poder de compra

33. Luego de haber definido el mercado relevante en el cual inciden las Nuevas Bases, corresponde evaluar si los SS cuentan con poder de compra del cual abusar. Si ello no fuera así, los términos y condiciones contenidos en las Nuevas Bases no tendrían la aptitud de impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, o de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tender a ello, dentro del mercado relevante de estos autos (véase, Excma. Corte Suprema en sentencias de 5 de octubre de 2020 en causa Rol C.S. N° 8843-2019, c. 9°-10°; y de 21 de diciembre de 2017 en causa Rol C.S. N° 11.779-2017, c. 1°).

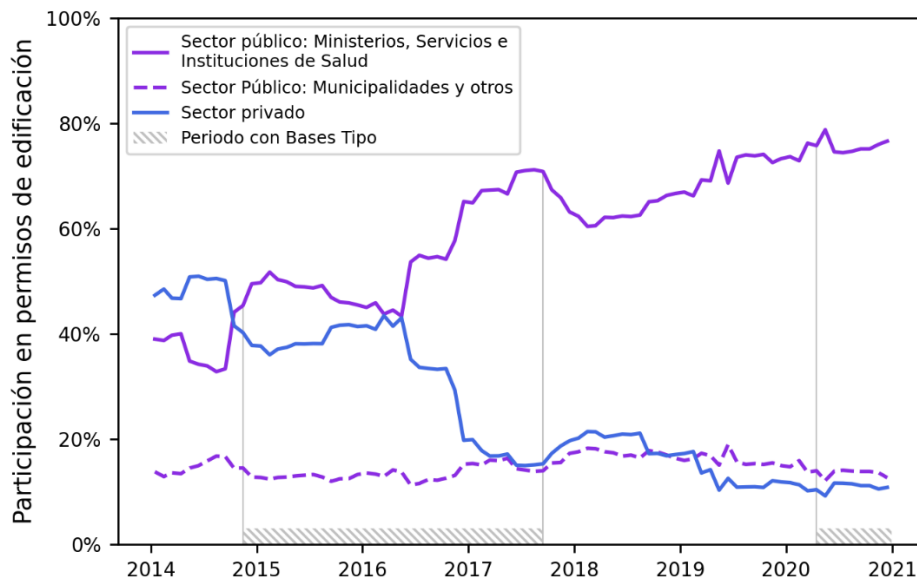
34. Por lo tanto, para determinar si un agente económico tiene poder de compra, se deben cumplir tres condiciones copulativas, a saber: (i) una participación de mercado significativa de la parte compradora o licitante; (ii) barreras al ingreso de otros compradores o a la expansión de los ya existentes; y, (iii) un bajo nivel de la elasticidad precio de la oferta, para los proveedores u oferentes del mercado relevante (es decir, bajas posibilidades para los proveedores de sustituir producción ante un cambio en los precios relativos).

35. En relación con la primera y tercera condición, la información del expediente de estos autos se encuentra limitada a aquella aportada por la Fiscalía, quien utilizó las estadísticas de permisos de edificación recopiladas por el INE entre los años 2016 a 2019 (folio 68). Cabe hacer presente que dichos permisos, según lo señalado por el INE, *“corresponden a la intención de construir, por lo que no necesariamente, reflejan la construcción o ejecución de los proyectos declarados”* (folio 97, p. 1). Por tanto, toda conclusión en torno a tales estadísticas debe ser interpretada como una *intención* de compra, sin que ello refleje necesariamente la *realidad* de compra en un mercado.

36. De esta forma, para determinar la importancia de los SS dentro del mercado relevante, el Gráfico N° 1 siguiente muestra las participaciones en torno a los metros cuadrados de superficie contenidos en los permisos de edificación de más de 1.000 m² del sector salud, entre 2014 y 2020, solicitados tanto por entidades públicas como privadas (ello, con las estadísticas publicadas por el INE en el sitio web: <http://www.ine.cl/estadisticas/economia/edificacion-y-construccion/permisos-de-edificacion>). En el caso de las entidades públicas, éstas se distinguen entre: (i) Ministerios y sus Servicios –ambos, no necesariamente del ámbito de la salud–, e Instituciones de Salud; y (ii) Municipalidades, junto a otros organismos públicos. Para ejemplificar su lectura, se observa que en diciembre de 2020 el primer grupo (que contiene a los SS) representó un 76,5% del total de metraje en los permisos de edificación vigentes a tal fecha, mientras que el sector público restante y el sector privado constituyeron un 12,6% y 10,7% de ese total, respectivamente.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Gráfico N° 1: Participaciones en base a superficie contenida en permisos de edificación del sector salud, entre los años 2014 y 2020



Nota: Cabe señalar que los porcentajes fueron obtenidos considerando los permisos de edificación que fueran de tipo “obra nueva” y estuvieran disponibles dentro de los últimos tres años. Esto, en atención a lo indicado por el INE a folio 97, puesto “*que estos permisos, caducan o expiran una vez transcurridos 3 años desde su otorgamiento*”.

Fuente: Elaboración propia a partir de estadísticas en sitio web del INE: <https://www.ine.cl/estadisticas/economia/edificacion-y-construccion/permisos-de-edificacion>.

37. Del Gráfico N° 1 se aprecia que en el sector salud la superficie en los permisos de edificación del Estado es notablemente superior a la del sector privado. En particular, se observa que los Ministerios, sus Servicios e Instituciones de Salud han acumulado en conjunto una superficie de construcción de más del 50% del mercado en estos últimos años. Ello muestra que los SS, junto a otros órganos de la Administración del Estado, poseen una intención de edificar que difícilmente puede ser sustituida por la del sector privado y que, en consecuencia, desde la perspectiva de un proveedor u oferente, tiene que necesariamente ser considerada para su desenvolvimiento competitivo dentro del mercado.

38. Respecto a la segunda condición, es posible observar que la intención de compra del sector privado ha disminuido considerablemente a lo largo del tiempo, encontrándose por debajo de un 20% estos últimos años. De manera que, como se indicó, es el sector público quién ha aumentado su intención de compra en este mercado. En esa línea, se observa que existen dificultades para los SS de ingresar utilizando –en la contratación de los servicios en cuestión– términos y condiciones distintos de aquellos contenidos en las Nuevas Bases.

39. Sobre esto último, los SS (de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Minsal, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979, y de las Leyes N° 18.933 y N° 18.469 (“D.F.L. N° 1”)) tienen a su cargo la articulación, gestión y desarrollo de la Red Asistencial. Respecto de su funcionamiento, los SS están

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sometidos a la supervigilancia del Minsal, mientras que su Subsecretaría de Redes Asistenciales es la que tiene a cargo el proponer políticas, normas, planes y programas en materias relativas a la articulación y desarrollo de la Red Asistencial del Sistema, y debe velar por su cumplimiento y coordinar su ejecución por los SS (artículo 8° del D.F.L. N° 1). De manera que, en caso de ser parte de una política, norma, plan o programa, una propuesta de bases de licitación tipo debería ser utilizada por los respectivos SS.

40. Adicionalmente, y de conformidad a lo dispuesto en la Ley N° 19.886, la licitación pública es obligatoria para las contrataciones que superen las 1.000 UTM, salvo excepciones enumeradas de forma taxativa en el artículo 8° de dicha ley. Por esa razón, aunque el SS no utilice las bases de licitación tipo generadas por el Minsal, igualmente deberá elaborar sus propias bases de licitación aprobadas por acto administrativo de la autoridad competente (artículo 19 del D.S. N° 250). Lo anterior, da cuenta de un beneficio en la utilización de las bases de licitación tipo, como es el caso de las Nuevas Bases, pues con su uso los SS evitan tener que elaborar sus propias bases, las que requerirían toma de razón de la CGR, además de los costos y tiempos que conllevaría su proceso de elaboración.

41. Finalmente, si bien la Ley N° 19.886 contempla la posibilidad de realizar trato directo para la contratación de servicios por los órganos públicos, como ya se indicó, esta opción solo es viable si se presenta alguna de las causales establecidas en el artículo 8° de la citada ley. Salvo el caso contemplado en la letra a), todas las demás causales no parecen aplicables a la contratación de servicios de construcción y otros por SS. Y el caso contemplado en la letra a) requiere aun así de la realización de una licitación pública y, por tanto, contar con respectivas bases de licitación.

42. En la misma línea, los efectos del beneficio de contar con bases tipo se pueden apreciar en la Tabla N° 2 precedente. En ella, ante la disponibilidad de las Antiguas Bases, se observa que los SS aumentaron sus instancias para licitar y ejecutar obras de salud. De este modo, pareciera ser difícil para ellos reemplazar las Nuevas Bases por otras específicas diseñadas y financiadas por ellos.

43. Así, en resumidas cuentas, se estima que los SS disponen de suficiente poder de compra para que, por medio del uso de las Nuevas Bases, puedan infringir las disposiciones contenidas en el D.L. N° 211.

D. RESGUARDOS DE LA COMPETENCIA EN LA LICITACIÓN

44. Como se adelantó en el párrafo 7, en pronunciamientos previos de este Tribunal (V.gr. Resolución N° 58/2019; Sentencias N° 168/2019 y N° 114/2011, entre otras), se han establecido los siguientes requisitos copulativos para que las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

exigencias establecidas en bases de licitación puedan ser consideradas contrarias a la libre competencia: (i) que el órgano licitante cuente con poder de compra en el mercado relevante del producto o servicio licitado; (ii) que las exigencias permitan al órgano licitante abusar de su poder de compra o incurrir en prácticas que puedan o tiendan a alterar el proceso competitivo del mercado en el que incide la licitación; y (iii) que las exigencias contenidas no tengan una justificación objetiva ni razonable.

45. En cuanto al poder de compra, en la Resolución N° 50/2017 se señaló que este supone que el licitante o comprador tenga *“la capacidad de afectar no sólo a unos oferentes en particular, sino que la oferta en general, como ocurre cuando hay poder de compra”*. En el caso de autos, ya se concluyó en la sección anterior que los licitantes, a saber, los SS, cuentan con poder de compra en el mercado relevante del producto, por lo que a continuación se analiza si se cumplen los otros dos requisitos.

46. Respecto del segundo requisito, dada la existencia de un poder de compra, es necesario dilucidar si las exigencias contenidas en las bases pueden alterar el proceso competitivo. En la Sentencia N° 114/2011, este Tribunal resolvió que: *“(…) es posible concluir que el Estado, aún agregando toda la demanda por servicios de campañas comunicacionales y asesorías creativas de las entidades públicas, no tendría un poder de mercado significativo en relación a las agencias de publicidad, de modo que los oferentes no adjudicados en dicha licitación no quedan excluidos o impedidos a expandirse en el mercado relevante por el sólo hecho de no participar en la licitación en cuestión o de no adjudicársela, por los motivos que sean”* (c.33°). A *contrario sensu*, ello implica que el Estado, cuando tiene poder de compra, puede erigir barreras a la entrada en licitaciones mediante la exigencia de requisitos que limitan la entrada y la participación de empresas que también podrían ser eficientes, lo que puede derivar en un menor bienestar para los consumidores (ya sea por mayores costos, o menor calidad o innovación).

47. Respecto del tercer requisito, esto es que las exigencias contenidas en las bases de licitación no tengan una justificación objetiva ni razonable, como se señaló en la parte expositiva, la Consultante cuestiona la baja ponderación que las Nuevas Bases le dan al factor precio y la forma como se mide la capacidad económica del oferente. A su juicio, la baja ponderación del precio podría alterar el proceso competitivo de la licitación y, por otra parte, la forma como se mide la capacidad económica del licitante no tendría una justificación objetiva ni razonable. Sin embargo, en forma previa a analizar ambos cuestionamientos, es necesario evaluar si existen objetivos de política pública distintos de la libre competencia que justifiquen la inclusión de cláusulas como las cuestionadas en autos. En efecto, tal

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

como lo ha señalado previamente este Tribunal, al analizar bases de licitación “es necesario ponderar los intereses de la política pública sectorial, materializada en un determinado diseño de bases de licitación, y la adecuada protección de la libre competencia” (Sentencia N° 138/2014, c.14°).

48. Tal como se indica en la literatura económica sobre subastas o licitaciones con información asimétrica, existe un dilema que resolver considerando los objetivos que se quieren alcanzar al diseñar licitaciones. Por una parte, se busca maximizar la competencia por la cancha (maximizar la libre concurrencia en la licitación) y por otra, asegurar que los agentes económicos que se adjudiquen las obras efectivamente cuenten con la experiencia, recursos y capacidad para llevarlas a cabo. En otras palabras, se quiere minimizar los problemas de riesgo moral y de selección adversa ocasionados por la información asimétrica que existe entre el ente licitante y los agentes económicos que participan del proceso.

49. En este caso, los problemas de riesgo moral y de selección adversa dicen relación con la falta de información respecto de la capacidad económica de los proponentes, lo que puede generar incumplimientos potenciales de los contratos, o renegociaciones derivadas de inexperiencia o de oportunismo por parte de los adjudicatarios. Ello, toda vez que los objetivos de quien tiene la responsabilidad de construir el hospital, en este caso, no están alineados con el mandante, el SS (véase, por ejemplo: Laffont & Maskin (1982), “*The Theory of Incentives: an overview*”, en *Advances in Economic Theory*, Cambridge University Press, cap. 2, pp. 31-94; y Maskin & Tirole (1990), “*The Principal-Agent Relationship with an Informed Principal: The Case of Private Values*”, en *Econometrica*, Vol. 58, pp. 379-409).

50. Dado que existe el dilema antes referido, porque la información no es completa, aunque la licitación se adjudique en base a la variable precio, ello no implica que aspectos técnicos como la experiencia del proponente no se deban considerar en el proceso. Alcanzar ambos objetivos, esto es, la asignación óptima al menor costo posible y la eficiencia en la ejecución de la obra, es decir, que quien se lo adjudique tenga la suficiente experiencia y capacidad técnica y financiera para hacerlo, se puede lograr si se modifica la forma como se lleva a cabo el concurso. Así lo ha señalado previamente este Tribunal al explicar que “*al realizar el escrutinio del diseño de las bases, se debe tener en cuenta que es perfectamente posible que el Estado establezca ciertas exigencias para participar en una licitación cuando ellas son necesarias para cumplir con los fines de política pública perseguidos por el mismo*” (Sentencia N° 138/2014, c.18°).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

51. En consecuencia, exigir un cierto nivel de experiencia y de capacidad económica en las bases de licitación tendría una explicación razonable. No obstante, tal como lo propone la Consultante y la CChC, es preciso introducir modificaciones a las Nuevas Bases de manera de que se logren ambos objetivos: por una parte, se resguarde la entrada a las licitaciones; y, por otra, se disminuyan los riesgos asociados a la falta de información sobre la experiencia o capacidad económica de los proponentes.

52. Sin perjuicio de lo anterior, en ausencia de información asimétrica, la literatura económica muestra que el precio, en la medida que se trate de un producto o servicio homogéneo, podría ser la mejor variable de adjudicación cuando se busca (i) alcanzar la asignación óptima en una licitación y (ii) optimizar lo recaudado –si se trata de la venta de un recurso– (Riley & Samuelson (1981), “*Optimal Auctions*”, en *American Economic Review*, Vol. 71, N° 3, pp. 381-392) o lograr el menor precio de compra de un servicio, como en este caso. De cualquier modo, ello no obsta a que en licitaciones de bienes diferenciados las variables de adjudicación pueden estar relacionadas con la diferenciación del producto o servicio licitado y ponderarse de acuerdo con los intereses u objetivos del licitante (V.gr. el plazo de construcción de una obra), sin depender de atributos o características intrínsecas de los oferentes que ellos no puedan cambiar en el corto plazo (V.gr. experiencia del proponente).

D.1. Descripción de los criterios de evaluación de las Nuevas Bases

53. A continuación, se comparan las pautas evaluativas de las Antiguas Bases con aquellas de las Nuevas Bases (aprobadas por la Resolución N° 1 de 2020, del Minsal):

Tabla N° 3: Comparación de pauta de evaluación en Antiguas y Nuevas Bases

Antiguas Bases	Nuevas Bases
<p>Capacidad económica: 17,4% Se compara capital propio de la empresa, menos las reservas susceptibles a retiro y menos el 15% del saldo pendiente de otras obras en ejecución con el valor de la oferta económica presentada. Si el puntaje fuese mayor a 18,4% tenía el puntaje máximo, luego decrecía hasta un 4,0 a los oferentes con un 10% de capacidad económica.</p>	<p>Capacidad económica: 17,4% Se evalúan diversos subfactores para obras de más de 1.000 m² (cada uno con su evaluación con notas de 1 a 7):</p> <ul style="list-style-type: none"> a. Capacidad según tamaño del oferente (60%): <ul style="list-style-type: none"> i. Ingresos por venta (60%). ii. Rentabilidad operacional de los activos (40%). b. Capacidad basada en potencial de financiamiento y solvencia del oferente (40%): <ul style="list-style-type: none"> i. Potencial de crecimiento (10%). ii. Generación de beneficios (30%). iii. Solvencia de Largo Plazo (10%). iv. Solvencia de corto plazo (15%). v. Riesgo asociado a la operación y financiación (35%).
<p>Requisitos formales: 2%</p>	<p>Requisitos formales: 2%</p>
<p>Precio: 40,6%</p>	<p>Precio: 40,6%</p>

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Experiencia de los profesionales: 16%	Experiencia: 40%
Experiencia: 24% a. Obras de salud (70%) y obras equivalentes (30%): i. Experiencia nacional 80%/ internacional 20%	

Fuente: Elaboración propia en base a Consulta (folio 10).

54. Como se observa, ambas bases ponderan el precio ofertado en un 40,6%. Asimismo, los ponderadores de las otras variables no cambian, a saber, capacidad económica (17,4%), requisitos formales (2%) y experiencia (40%). Las principales diferencias se observan en la forma de evaluar la capacidad económica y la experiencia del oferente.

55. Así, en las Antiguas Bases, la capacidad económica se evaluaba comparando el valor de la oferta económica presentada con el capital propio de la empresa menos las reservas susceptibles de retiro y el saldo pendiente en otras obras en ejecución. A ello se le otorgaba un puntaje. En las Nuevas Bases, la capacidad económica se mide considerando el tamaño del oferente y su potencial de financiamiento y solvencia tanto en el corto como largo plazo (folio 1, pp. 28-29).

56. Por su parte, originalmente, la experiencia en las Antiguas Bases se dividía entre aquella de los profesionales (que ponderaba un 16%) y aquella de los oferentes en construcción de obras (la cual ponderaba un 24%). En las Nuevas Bases solo se habla de experiencia de los oferentes, con un factor de ponderación de un 40%. La experiencia se mide en relación con la complejidad de la obra licitada en base a sus metros cuadrados de superficie, clasificándola en complejidad alta (si son iguales o superiores a 60.000 m²), mediana (de 20.000 m² a 60.000 m²) o baja (menores a 20.000 m²). Dependiendo de la complejidad de la obra licitada se usan distintas fórmulas, para obtener el puntaje que corresponda. Así, para obtener la totalidad del puntaje, un oferente debe presentar en experiencia, al menos: 120.000 m², cuando la obra licitada es de alta complejidad; 30.000 m², cuando es de mediana complejidad; y 10.000 m², cuando es de baja complejidad. Sin embargo, en caso de no cumplir con la experiencia anterior, ésta se evalúa de forma proporcional a tales metrajes con una nota entre uno y siete (folio 1, pp. 9, 29 y 30).

57. A folio 43, el Minsal da cuenta de las causas que motivaron la elaboración de las Nuevas Bases, que considerarían, en particular, las deficiencias durante la ejecución de las iniciativas de inversión. Indica que se eliminó el requisito de experiencia especializada con el objeto de incorporar más oferentes. Respecto de la evaluación de la capacidad económica señala que, en forma previa a la modificación de las bases, hubo problemas por la existencia de términos anticipados de contratos, los que, en su mayoría, respondieron a la falta de capacidad

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

económica de los contratistas. Agrega que anteriormente se evaluaba una estimación de patrimonio neto de la empresa, pero dado que esto podría sufrir variaciones significativas al día siguiente, se decidió incorporar un método orientativo eficaz para calificar a los oferentes mediante un análisis múltiple de subfactores en las Nuevas Bases. Finalmente, indican que se actualizaron los metrajes para categorizar las obras como alta, mediana o baja complejidad y se permitió la acumulación de metrajes. Añade que no se cambia el factor precio en las Nuevas Bases.

D.2. *Revisión de cláusulas de las Nuevas Bases que podrían generar riesgos para la libre competencia*

58. Como se ha señalado, a juicio de la Consultante, existirían dos tipos de falencias en las Nuevas Bases: (i) la medición de la capacidad económica y (ii) la baja ponderación del precio, frente a las demás variables.

59. Respecto de la primera falencia, la Consultante sostiene que cada uno de los subfactores del ítem “capacidad económica”, en teoría, tienden a analizar la idoneidad del licitante en cuanto a la fortaleza económica o patrimonial, e indica que medirlos es recomendable, pero, a su juicio, los efectos pretendidos por el Minsal no serían útiles y las ponderaciones propuestas serían equivocadas. Asimismo, afirma que asignar puntajes mediante *rankings* no sería una forma eficaz de evaluar, dado que es injusto para quien obtiene el segundo lugar, porque éste puede ser tanto o más competente que el primero.

60. Luego, la Consultante hace un análisis por subfactor:

- a) Ingresos por venta: no se justifica, a su juicio, que se exija que la obra corresponda a menos del 25% de las ventas de la empresa interesada (podría ser un 100% e igualmente incentivaría el esfuerzo para la misma empresa). Además, señala que se comparan montos anuales con otros que son de más de un año.
- b) Rentabilidad operacional de los activos: no se justifica, a su juicio, que la empresa más rentable sea la que pueda realizar la mejor obra. Señala que como se considera un *ranking* para este subfactor, empresas con 100% y 99,9% tendrían distinto puntaje, lo que no le parece justo. Además, señala que la rentabilidad depende de una serie de factores que no guardan relación con la calidad técnica.
- c) Potencial de crecimiento: no se justifica, a su juicio, que la empresa idónea sea la que tenga un mayor crecimiento promedio en los últimos tres años (indica que el promedio podría ocultar grandes diferencias, así una empresa

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

podría tener, en dos periodos, un crecimiento del 22% y de un -10%, y tendría un puntaje menor que aquella que creció en un 5% en dos periodos).

- d) Generación de beneficio: no se justifica, a su juicio, por qué sería más deseable una empresa con mayores rentabilidades a una con menos, pero con rentabilidades positivas.
- e) Solvencia a largo plazo: considera que el problema es que se promedian variabilidades de tres años y el promedio podría ocultar diferencias relevantes entre empresas.
- f) Solvencia de corto plazo: observa que la evaluación de la solvencia es mediante *ranking*, por tanto, podrían existir diferencias mínimas que generan *rankings* distintos.
- g) Riegos asociados a operación y financiación: considera que es un componente que también mide rentabilidad y que no estaría justificado que las empresas más rentables sean las más idóneas para llevar a cabo la obra.

61. Por su parte, el Minsal, en su aporte de antecedentes, explica cada uno de estos subfactores:

- a) Respecto del subfactor “ingresos por ventas”, indica que este evalúa el impacto de los ingresos por ventas promedio estimado versus los ingresos por venta que generaría la obra para el oferente, pues se espera que las empresas participantes tengan el riesgo diversificado, es decir, posean un portafolio de proyectos más amplio que le permita absorber contingencias. Ello, con el objeto de que un proyecto de salud por sí solo no represente una parte importante de sus operaciones, evitando así la dependencia de la obra a ejecutar.
- b) En cuanto al subfactor “rentabilidad operacional del activo total”, señala que este permite determinar el nivel de rendimiento operacional del oferente y aclara que esta variable no tiene una relación directa ni tangencial con la calidad técnica.
- c) Sobre el subfactor “potencial de financiamiento”, aduce que da cuenta de la necesidad de evaluar una serie de tiempo –de tres años– como parámetro evaluativo, lo que es válido para los objetivos del análisis.
- d) Luego, acerca del subfactor “generación de beneficios”, afirma que su objetivo es determinar la capacidad de la empresa para generar márgenes de utilidad sobre los activos patrimonio margen operacional o sobre el ingreso por venta percibido.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- e) Por su parte, el subfactor “solventia a largo plazo” permitiría determinar la estabilidad de la estructura de financiamiento o de la política de financiamiento del oferente, mientras que el subfactor “solventia a corto plazo” tiene como objetivo relacionar las deudas de corto plazo de los participantes contra sus respectivos niveles de ingreso en una fórmula matemática.
- f) Por último, el subfactor “riesgos asociados a operación y financiación”, busca comprender en qué posición está cada participante respecto a su nivel de ventas de equilibrio ayudando a verificar si el oferente efectivamente está operando para cubrir sus costos o a determinar cuál es la distancia entre su cobertura de costos y su nivel de ingresos percibidos, explicando que no mide rentabilidad (folio 39, complementado a folio 43, pp.12 y siguientes).

62. Respecto de la segunda falencia, evaluación del precio en las Nuevas Bases, la Consultante señala que, de la baja ponderación del precio “*se derivan varios de los males que afectarían a los oferentes al momento de competir*” (folio 10, p.23). En las Antiguas Bases era el mismo porcentaje de 40,6%, (como se observa en la Tabla N° 3), pero era la variable con el porcentaje más alto, dado que para medir la experiencia se consideraban dos variables diferentes (experiencia de los profesionales y experiencia en obras). En las Nuevas Bases el porcentaje del precio (40,6%) es casi igual al de la experiencia (40%). Adicionalmente, señala que la capacidad económica y la experiencia serían variables estáticas, dado que no existe forma en que el oferente mejore esos puntajes, y el precio sería una variable móvil por lo que el oferente solo puede “jugar” con ella para hacer más competitiva su oferta. De esta manera, explica que el “*oferente puede modificar el precio que ofrecerá para poder obtener mayores posibilidades de adjudicarse la construcción de las obras licitadas*” (folio 10, p. 26). En otras palabras, la diferencia que se generará en los puntajes finales de cada una de las empresas, *ceteris paribus*, depende de la diferencia que presenten en sus puntajes de experiencia y de precio. Así, si una empresa tiene menor puntaje en experiencia, deberá ofrecer un precio menor. Y va a depender de los ponderadores de las variables (de experiencia y precio, principalmente) que tan menor debe ser el precio que ofrezca.

63. En base al criterio antes explicado, la Consultante determina un parámetro de “castigo absoluto”, que indicaría cuantos pesos menos debe ofrecer un proponente por cada punto de diferencia que tenga en experiencia. También determina un parámetro de “castigo relativo”, el cual indica cuánto debe castigar el proponente su precio como porcentaje del presupuesto de la obra. En su concepto, según las Nuevas Bases, el castigo relativo es de 14,1%. Es decir, por cada punto

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de diferencia en experiencia, la empresa debe reducir su precio en un 14,1%, para poder competir. Adicionalmente señala que las Antiguas Bases tenían un parámetro de castigo relativo de la experiencia de 8,4%. Asimismo, calcula este parámetro para la capacidad económica, el cual sería menor, dado que dicha variable pondera menos en relación con el precio (17,4% versus 40,6%).

64. A su juicio, estos castigos pueden ser considerados como una barrera a la entrada para empresas que tengan menor puntaje en experiencia o capacidad económica.

65. Respecto de la evaluación de la capacidad económica en las Nuevas Bases, a folio 27 la CChC comparte la opinión de la Consultante y propone que el Minsal considere un sistema de precalificación de oferentes para cada obra (análisis de idoneidad previo) o, en subsidio, utilice un sistema de registros que permita precalificar la experiencia y capacidad económica. Para esto último, sugiere usar el registro del MOP.

66. El MOP, a folio 34, indica que la realización de la pauta de evaluación es muy relevante a la hora de elaborar bases de licitación y que no existe una mejor forma de evaluar ofertas en construcción. Estima que el precio es relevante, pero al tratarse de contratos diferidos en el tiempo, también son relevantes los factores de trayectoria de la empresa, idoneidad y capacidad económica. Aclara que en el caso del sistema de registro del MOP, se mide la capacidad económica del oferente, tanto en el ingreso al registro como cuando éste postula a las licitaciones (“capacidad económica disponible”), para así poder determinar, por ejemplo, el impacto que podría tener en su capacidad económica la adjudicación de otras licitaciones.

67. La FNE a folio 21, por su parte, no realiza un análisis pormenorizado de la evaluación de la capacidad económica en las Nuevas Bases, pero estima que estas podrían mejorarse en términos de buen manejo de fondos y funcionamiento de licitaciones del Estado.

68. En suma, la Consultante indica que el problema anterior se produce porque la evaluación de la licitación es en una sola etapa y no en dos. Considera que una licitación con dos etapas permitiría diferenciar, en una primera, a quienes precalifiquen con mínimos de experiencia y capacidad económica, y en una segunda, se podría asignar la licitación, principalmente, por la variable precio, sin perjuicio de tener en consideración otras variables móviles como el plazo de ejecución o los profesionales involucrados en la obra. Finalmente, indica que, de mantenerse una licitación con una sola etapa, se debería evaluar el precio con una ponderación mucho mayor y muestra que, si se considerara una ponderación del

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

precio de 80%, el castigo relativo disminuye bastante en la medida que la ponderación de la experiencia también lo hace (folio 10, p.33).

69. Como señala la Consultante, no toda la infraestructura hospitalaria construida por el Estado se ve afectada por estos problemas que se identifican en las Nuevas Bases, pues algunas se construyen bajo la dirección del MOP (Decreto MOP N° 75/04, N° 108/09 y N° 258/10). En efecto, el MOP establece un método distinto para participar de la construcción de obras públicas, que se manifiesta en requisitos de experiencia y capacidad económica para entrar al Registro de Contratistas, y luego se licita la obra entre quienes pertenecen a la respectiva categoría de inscripción del Registro, según la especialidad de que se trate.

70. Al respecto, este Tribunal ha señalado que *“se debe tener en consideración que el Registro de Contratistas del MOP tiene por función facilitar las licitaciones de contratos de obras públicas por la vía de individualizar ex ante a los agentes económicos que están capacitados para participar en una determinada licitación, de acuerdo a su especialización, capacidad económica y experiencia, evitando que su idoneidad deba ser analizada en cada oportunidad que se efectúe una licitación, sin perjuicio de la obligación de las empresas registradas de actualizar la información anualmente. Es un mecanismo estandarizado que resulta en una disminución significativa de los costos de transacción y administrativos, considerando el total de obras públicas que se licitan anualmente por parte del MOP, a lo que se agrega que, de acuerdo con los antecedentes aportados por la FNE, la inscripción en el Registro se utiliza como medio de señalización de calidad incluso en licitaciones y contratos entre privados (fs. 787-788)”* (Proposición N° 20/2020, párrafo 26).

71. En la misma Proposición N° 20/2020, se puntualizó que *“[a]tendido que, de conformidad con el artículo 1° del RCOP, la inscripción en el Registro de Contratistas del MOP es imprescindible para participar en las licitaciones de contratos de obras públicas, las disposiciones que establecen los requisitos para la inscripción pueden redundar en barreras a la entrada para los agentes económicos que deseen participar en las referidas licitaciones de contratos de obras públicas y en otros contratos análogos. Por lo mismo, evidentemente existe un interés público en que las reglas que rigen la inscripción en el Registro de Contratistas no establezcan requisitos tales que limiten injustificadamente el universo de potenciales oferentes en una licitación”* (párrafo 27).

72. Como señaló previamente este Tribunal, hay dos objetivos que se pretenden alcanzar en las Nuevas Bases: (i) una mayor competencia en la licitación que asegure la asignación óptima de la obra al menor costo posible, y (ii) eficiencia en la ejecución de la obra, es decir, que se lo adjudique quien tenga la suficiente

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

experiencia y capacidad técnica y financiera para hacerlo. Para lograr dichos objetivos, no se debe evaluar en conjunto la variable precio con la experiencia y la capacidad económica del oferente, porque genera los problemas ya descritos de “castigo” relativo, los que se podrían considerar barreras a la entrada para ciertas empresas.

73. Aumentar las exigencias de patrimonio y la experiencia limita la entrada y la participación de empresas que también podrían ser eficientes, pero que aún no cuentan con dicha experiencia ni patrimonio, lo que puede producir efectos adversos, pues los menores niveles de competencia *ex ante* redundan, generalmente, en mayores costos. Por este motivo, se deben eliminar algunos costos de transacción para los nuevos entrantes, lo que se logra definiendo, en una primera etapa, condiciones mínimas que permitan evaluar la idoneidad de los oferentes y quienes cumplan con ellas puedan continuar participando en el concurso.

74. Por este motivo, este Tribunal comparte la opinión de la Consultante y de la CChC en cuanto a que, si se quiere alcanzar ambos objetivos, esto es, mayor competencia en la licitación y eficiencia en la ejecución, lo óptimo sería que el ente licitante realice una licitación en dos etapas. Para estos efectos, se debe determinar para cada caso los mínimos de calidad, capacidad económica y experiencia que debe cumplir quien quiera participar de una determinada licitación de servicios de construcción y otros, de tal manera que le permitan establecer una etapa de precalificación simplificada de los oferentes, dejando fuera a quienes no cumplen; y luego, asignar la licitación entre los precalificados a quien ofrezca desarrollarlo al menor precio, considerando también el cumplimiento de entrega de boletas de garantía de seriedad de la oferta, de fiel cumplimiento del contrato u otras que considere necesarias, y las retenciones que correspondan. Las boletas de garantía y retenciones cumplen el fin de garantizar que el adjudicatario cumplirá con lo acordado y con los fines o intereses del licitante. Esto reduce el problema de información asimétrica analizado en los párrafos 48 y siguientes. De esta manera, se logra alcanzar el objetivo de eficiencia en la ejecución de la obra y, luego, el objetivo de una mayor competencia en la licitación que asegure la asignación óptima de la obra al menor costo posible.

III. PARTE RESOLUTIVA

De conformidad con los antecedentes que obran en autos, y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 1°, 18 y 31 del D.L. N° 211,

SE RESUELVE:

Declarar que el asunto consultado por Constructora LN SpA, relativo a las Bases Administrativas Tipo para la construcción, habilitación, normalización, reposición o remodelación de infraestructura de salud, aprobadas mediante Resolución N° 1, de 28 de febrero de 2020, del Ministerio de Salud, se ajusta al D.L. N° 211 siempre y cuando dichas bases sean modificadas en el sentido indicado en el párrafo 74 de la parte considerativa. Esta modificación deberá ser incorporada a las nuevas bases de licitación tipo que elabore el Ministerio de Salud dentro de un plazo de seis meses.

Acordado lo resuelto con la **prevención** del Ministro Sr. Ricardo Paredes Molina quien concurre al acuerdo en base a las siguientes consideraciones:

- a) La Excma. Corte Suprema, en Sentencia dictada en la causa rol de ingreso C.S. N° 8843-2019, de 5 de octubre de 2020, confirmó la Sentencia N° 169/2019 por la cual este Tribunal desechó la alegación de que la Municipalidad de San José de la Mariquina había infringido el D.L. N° 211. En ella, desarrolla la argumentación que indica que la existencia de poder de mercado (por parte del licitante en este caso), es condición necesaria para la existencia de una infracción al DL. N° 211 (c. 9°-10°).
- b) Asimismo,, la Excma. Corte Suprema indica que, para los efectos del D.L. N° 211, el ámbito en el cual se afectarían los derechos de terceros es el mercado y para ello, califica de trascendental la “Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración” de la FNE, en la parte que señala que, *“para que un mercado determinado pueda ser considerado como ‘relevante’ para efectos competitivos, debe ser “probable ejercer a su respecto poder de mercado”, entendido este como la capacidad para influir en el precio de un determinado bien o servicio, o determinar la exclusión de uno o más agentes económicos”*. Asimismo remarca que el ámbito en el cual se puede abusar desde el punto de la libre competencia es el mercado específico y ese debe definirse expresamente, para lo cual dicha judicatura recurre a la siguiente cita: *“[L]a importancia del mercado relevante o de referencia es que sólo allí ha de sopesarse cuál ha sido el efecto de la conducta cuya licitud antimonopólica o contradictoria con el bien jurídico tutelado busca despejarse,*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

puesto que sólo allí ha de considerarse la libre competencia in concretum y, por tanto, allí habrá de medirse la puesta en peligro o la lesión que supuestamente ha sufrido tal bien jurídico mediante el estudio del poder de mercado existente o en vías de configurarse en tal mercado” (Domingo Valdés Prieto, obra citada, pp. 350 y 351).

c) Luego, en la Sentencia referida, la Excm. Corte Suprema señala que la sola indeterminación del mercado relevante es suficiente para desechar el recurso. De ello se desprende que, con mayor razón, en el caso que el mercado hubiera sido definido pero se hubiera determinado que el agente cuestionado no tiene poder para abusar en ese mercado, también cabría desechar una acusación en su contra en base al D.L. N° 211.

d) En relación con eventuales arbitrariedades en las que pudiera incurrir una entidad estatal en este caso, y que no posee poder de mercado, la Excm. Corte Suprema se remite a la Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, la cual en su artículo 22 crea el "Tribunal de Contratación Pública" y, que, en el artículo 24 señala que: “[E]l 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”.

e) Así, consecuentemente, eventuales arbitrariedades en el diseño de bases realizadas por organismos estatales que no tienen poder de mercado ni que afectarán los mercados por razones de ese poder, como eventualmente pudiera ser la limitación arbitraria del número de licitantes, el establecimiento de rangos de precio innecesarios, y que si pudieran perjudicar el erario público, o incluso tengan visos de corrupción, no pasarán por el escrutinio del Tribunal de Compras Públicas, que tiene injerencia solo con posterioridad a haber sido aprobadas las bases.

f) Sin embargo, la Excm. Corte Suprema se refiere al inciso tercero del artículo 10 de la Ley de Compras Públicas y al artículo 9° del Decreto con Fuerza de Ley N° 1/19.653, que contiene el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que se harían cargo de evitar un vacío regulatorio y que indican, respectivamente: “Los procedimientos de licitación se realizarán con estricta sujeción, de los participantes y de la entidad licitante, a las bases administrativas y técnicas que la regulen. Las bases serán siempre aprobadas previamente por la autoridad competente”, y “Los contratos administrativos se celebrarán previa

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

propuesta pública, en conformidad a la ley. El procedimiento concursal se regirá por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato”.

g) Así, establecido que la competencia de este Tribunal debe ser solo respecto de casos en los que haya poder de mercado, una extensión natural a juicio de este Ministro, es que esta judicatura debe analizar exclusivamente aquellas materias que importen el riesgo de abuso que se identifica y no de otras materias, como eventualmente serían arbitrariedades o ineficiencias que no tengan tal relación con dicho poder específico y en el ámbito del mercado delimitado.

h) Por lo que en el caso que se hubiera determinado que el ente licitante tiene poder de compra, pero sus acciones, incluso eventualmente arbitrarias, no tienen directa relación con ese poder de compra, es decir, no lo refuerzan ni le permiten abusar de él, este Tribunal tampoco debiera ocuparse de analizar pormenorizadamente tales conductas que pudieran ser consideradas arbitrarias.

i) En el caso de autos, lo que ha identificado este Tribunal es un poder de compra por parte de los Servicios de Salud del Ministerio de Salud; es decir, un poder de compra o de contratación a quienes proveen servicios de construcción de hospitales. Esto es, el caso se refiere exclusivamente a lo que en la literatura se conoce como poder monopsónico.

j) El estudio sistemático del poder monopsónico y que parte con Robinson (*“The economics of imperfect competition”*, 2^{da} edición, Londres: Macmillan, 1969), muestra similitud respecto de las consecuencias del abuso de ese poder, con el poder monopólico, pues en ambos casos se trata de un agente del mercado que concentra ya sea, gran parte de la producción (monopolio), o gran parte de las compras (monopsonio). En ambos casos, las teorías predicen que cuando un agente ejerce su poder de mercado, monopólico o monopsónico, existirá un precio distinto al que prevalecería en caso de que no exista dicho poder. Asimismo, ambas teorías predicen que la sociedad, entendida como el conjunto de consumidores, productores y comercios, se verá perjudicada en relación con la situación en que no se ejercen tales poderes.

k) Ahora bien, sin perjuicio de las similitudes señaladas, la teoría económica también predice incentivos y comportamientos muy distintos en ambos casos y esas diferencias son, a juicio de este Ministro, imprescindibles de considerar para que este Tribunal se centre exclusivamente en aquellas conductas para las que tiene competencia y que no duplicarían la preocupación que se les encomienda a otras instancias.

l) Los incentivos que se asocian al poder monopsónico son, desde luego, afianzar ese poder, lo que se lograría excluyendo a otros compradores, de modo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que las alternativas de los vendedores se reduzcan y con acciones directas o indirectas que lleven a reducir el precio que pagará por dichos insumos (véase, e.g., Taylor (1977), *“Exploitation through Contrived Dependence”*, en *Journal of Economic Issues*, Vol. 11, N° 1, pp. 51-59).

m) Bajo este prisma, se debe acotar significativamente el análisis de la consulta exclusivamente a estipulaciones de las bases que, como en este caso concreto, pueden potenciar su poder monopsónico. Por lo que, este Tribunal debiera ocuparse exclusivamente en este caso: que el único poder de mercado identificado sea el de compra; que las bases no contengan cláusulas que, por ejemplo, limiten por largos períodos de tiempo a los postulantes o no acceder a fuentes alternativas de venta; o que las mismas deriven en un precio muy reducido, o que permitan pagar precios diferentes a los proveedores, particularmente en función de sus alternativas.

n) Contrariamente, esta judicatura debiera descartar como atentatorias al D.L. N° 211 estipulaciones en las Bases que, aunque eventualmente arbitrarias, vayan en contra de los incentivos que tiene un agente licitante con poder monopsónico. Así, por ejemplo, la estipulación a juicio de la Consultante, en el sentido de que las bases restringen la entrada de licitantes, y que bajan la ponderación de la variable precio, pueden tener cabida bajo la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en cuanto a que el procedimiento concursal podría no estarse rigiendo por los principios de libre competencia, o los de igualdad, pero no debiera ser parte de la competencia de esta sede, por cuanto tales requerimientos, impuestos por el licitante, de ninguna manera potencian su poder de compra ni le permiten un abuso de los vendedores mediante un menor pago.

o) Finalmente, y en el mismo sentido, identificado que el poder es de compra por parte del licitante, tampoco cabría siquiera analizar la aprensión de la Consultante en el sentido que las bases inducirían a la colusión entre eventuales proveedores. Como es natural, el principal interesado en que no haya colusión entre oferentes que, en definitiva, le harían pagar un mayor precio por las compras y que por ende, reducen su poder, es el licitante.

Notifíquese personalmente o por cédula a la Consultante y a los aportantes de antecedentes, salvo que estos autoricen notificación vía correo electrónico. Atendida la emergencia sanitaria y lo dispuesto en el artículo décimo séptimo transitorio de la Ley N° 21.394, la notificación personal de la presente resolución podrá realizarse por videoconferencia u otros medios electrónicos, a través de la Secretaria Abogada.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Inclúyase en el estado diario la resolución precedente y publíquese una vez que la Consultante y los aportantes de antecedentes se encuentren notificados. No firma el Sr. Enrique Vergara Vial, no obstante haber concurrido al acuerdo, por no contar con medios electrónicos para ello. Archívese en su oportunidad.

Rol NC N° 484-20

Pronunciada por los Ministros Sra. Daniela Gorab Sabat, Presidenta(S), Sra. Maria de la Luz Domper Rodríguez, Sr. Ricardo Paredes Molina, Sr. Jaime Barahona Urzúa. Autorizada por la Secretaria Abogada, Sra. María José Poblete Gómez



CF54F6A6-3D58-43E3-AC67-C263E868DF1