



Informe

Respecto de licitaciones para construcción de obras de los Hospitales de Puerto Octay y Río Negro

Butelmann Consultores

7 de septiembre de 2018

www.butelmann.cl

Tel: +56 2 2233 3195 // Callao 2970, Oficina 1109, Las Condes, Santiago, Chile

Índice

I. Objeto y estructura	1
A. Objeto	1
B. Estructura	1
II. Licitaciones de compras públicas: Obligaciones y recomendaciones procompetencia aplicables	2
A. Licitación de compras públicas	2
B. Obligaciones en materia de diseño de bases de licitación de compras públicas ..	2
B.1. Normativa de compras públicas	3
B.2. Jurisprudencia nacional de libre competencia	6
III. Mercado Relevante	8
A. Introducción: criterios para la definición de mercado relevante	8
B. Las Licitaciones cuestionadas no asignan un mercado: el mercado de producto corresponde a los servicios de construcción.....	10
C. El mercado relevante geográfico es nacional	11
D. Participación del Servicio de Salud de Osorno en cada uno de los posibles mercados relevantes.....	12
IV. Justificación de la inclusión de requerimientos de capacidad económica y experiencia en la evaluación de ofertas de servicios de construcción.....	19
V. Conclusiones	25

I. Objeto y estructura

A. Objeto

Este informe, encomendado por el Servicio de Salud de Osorno (en adelante, "SSO"), se refiere a los efectos en la competencia de los requisitos de capital y experiencia exigidos por el SSO para participar en las licitaciones "Mejoramiento Hospital Puerto Octay, Licitación ID 931768-66-LR17" (en adelante, la "Licitación Mejoramiento Hospital Puerto Octay") y "Mejoramiento Hospital Río Negro, Licitación ID 931768-64-LR17" (en adelante, la "Licitación Mejoramiento Hospital Río Negro"). Lo anterior, atendidos los cuestionamientos al diseño de dichas licitaciones que dieron origen al juicio caratulado "Constructora Denco Limitada en contra del Servicio de Salud Osorno", Rol C N° 332-2017 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, indistintamente "TDLC").

En esa causa, Constructora Denco Ltda. (en adelante, "Denco") demandó al SSO porque, a su juicio, las pautas evaluativas contenidas en las bases de las mencionadas licitaciones serían constitutivas de una infracción a la libre competencia. En particular, Denco cuestiona que los requerimientos de Capacidad Económica (CE) y Experiencia del Oferente (EO) contenidos en las respectivas bases otorguen puntaje de manera escalonada para efectos de adjudicarse la licitación [Escenario Impugnado], en lugar de establecerse una CE y EO mínimas para calificar y usarse el precio como única variable de adjudicación [Escenario Preferido], como hace el Ministerio de Obras Públicas (en adelante, "MOP").

Señala, en síntesis, que producto de la inclusión de estas variables y su ponderación de forma progresiva, de acuerdo con las pautas evaluativas, Denco no podría competir o participar en esas licitaciones, a menos que lo hiciera con un precio sustancialmente más bajo que otro oferente que tuviera más capital y experiencia. Ello, en circunstancias que, a su entender, ella sí contaría con la experiencia y capital necesarios para ejecutar un hospital de baja complejidad.

Lo anterior, a juicio de la demandante, favorecería a las grandes empresas incumbentes al establecer barreras de entrada, junto con hacer que el Estado deba pagar sobreprecios.

B. Estructura

Por razones de orden, este informe se referirá, en el capítulo segundo, a la naturaleza de un procedimiento licitatorio y a las obligaciones que deben cumplir los organismos públicos en el diseño de licitaciones de compras públicas conforme a la legislación y jurisprudencia nacional y al derecho comparado. En el capítulo tercero, se identificará y caracterizará el o los mercados en los que incidirían supuestas infracciones a la libre competencia en el diseño de licitaciones para el mejoramiento de hospitales públicos, suponiendo distintos escenarios posibles. Por último, el capítulo cuarto abordará los requisitos de capacidad económica y experiencia exigidos en las licitaciones

cuestionadas, justificando su inclusión en el contexto de los atributos que diferencian los servicios de construcción provistos por distintos oferentes (heterogeneidad) y de la importancia de incluirlos para cumplir con el mandato legal aplicable, consistente en asegurar la conveniencia de la contratación en consideración a los diversos atributos del bien o servicio, y no sólo el precio.

II. Licitaciones de compras públicas: Obligaciones y recomendaciones procompetencia aplicables

A. Licitación de compras públicas

Por definición, una licitación es un proceso de selección de un proveedor en el que se establecen requisitos y se ponderan atributos. Normalmente, sólo gana uno o unos pocos de los participantes y los demás pierden porque no cumplen con los requisitos o porque sus ofertas -tras el procedimiento de puntuación o ponderación respectivo- no son las más convenientes para el licitante.

B. Obligaciones en materia de diseño de bases de licitación de compras públicas

Por regla general, los organismos del Estado están sometidos a un conjunto de obligaciones que regulan la forma sobre cómo deben proceder en la adquisición de bienes o servicios. Estas materias y, en especial, las referidas a los criterios de selección de proveedores o criterios de adjudicación se regulan mediante las normativas o políticas de compras públicas. Estas regulaciones, a nivel nacional y comparado, tienen como objetivo la eficiencia en las adquisiciones públicas, entendida como la mejor relación precio-calidad de los bienes y servicios que adquiere el Estado o los distintos organismos que lo integran.

Para lograr este objetivo, en estas normativas se considera: (i) asegurar la transparencia de los procesos de compras, como medida destinada a evitar los riesgos de corrupción; y, (ii) no disuadir innecesariamente la participación del mayor número de oferentes, como medida de competencia destinada, por una parte, a lograr la mejor relación precio-calidad posible y, por otra, a reducir los riesgos de colusión.

En Chile, sin perjuicio de las excepciones y normas especiales aplicables a ciertos organismos o contrataciones, existen dos estatutos de aplicación general que los órganos de la Administración del Estado deberían respetar en esta materia. Por un lado, la Ley N° 19.886, de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios (conocida como Ley de Compras), y su Reglamento. Por otro, y conforme a la jurisprudencia del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, también serían aplicables al diseño de bases de licitación las normas de defensa de la libre competencia contenidas en el Decreto Ley N° 211.

A continuación, nos referiremos a los límites que cada uno de estos estatutos imponen a las entidades públicas en el diseño de bases de licitación y, especialmente, en lo que respecta a los criterios de adjudicación y a la forma de ponderarlos.

B.1. Normativa de compras públicas

Con respecto a los criterios de evaluación, la Ley de Compras señala que, “*Las 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***”, y que “*Estas condiciones no podrán establecer diferencias arbitrarias entre los proponentes, **ni sólo atender al precio de la oferta***” (Artículo 6º, inciso 1º).

De hecho, de acuerdo con lo resuelto por Contraloría General de la República, “*no resulta jurídicamente procedente que en las bases que se elaboren para llevar a cabo una licitación pública regulada por la ley N° 19.886 y su reglamento se considere sólo la variable económica como único criterio de evaluación*”¹.

En efecto, y de acuerdo con el dictamen citado, sólo tratándose de “*bienes y servicios de simple y objetiva especificación*”, se ha interpretado que las entidades regidas por la Ley de Compras pueden establecer las características y requisitos técnicos del bien o servicio como exigencia para la admisibilidad de las ofertas, lo que implica que la evaluación de esos aspectos estaría presente en el respectivo proceso concursal, utilizándose para ello un criterio dicotómico -cumple/no cumple-. En los demás casos, las entidades tienen prohibido utilizar el precio como único criterio de evaluación y adjudicación.

Agrega luego la Ley de Compras que, “*El adjudicatario será aquel que, en su conjunto, haga la propuesta más ventajosa, teniendo en cuenta las condiciones que se hayan establecido en las bases respectivas y los criterios de evaluación que señale el reglamento*” (artículo 10º, inciso 2º). El Reglamento reitera estos principios en su artículo 38º, y añade que, “*Se podrán considerar como criterios técnicos o económicos el precio, la experiencia, la metodología, la calidad técnica, la asistencia técnica o soporte, los servicios de post-venta, los plazos de entrega, los recargos por fletes, consideraciones medioambientales, de eficiencia energética, los consorcios entre oferentes, el comportamiento contractual anterior, el cumplimiento de los requisitos formales de la oferta, así como cualquier otro criterio que sea atingente de acuerdo con las características de los bienes o servicios licitados y con los requerimientos de la entidad licitante*”.

Luego, y para garantizar la transparencia y no arbitrariedad en la evaluación, añade que “*Las entidades licitantes considerarán criterios técnicos y económicos para **evaluar de la forma más objetiva posible** las ofertas recibidas. Los criterios técnicos y económicos deberán considerar uno o más factores y podrán incorporar, en caso de estimarlo*

¹ Dictamen N° 4273N18, de 6 de febrero de 2018.

necesario, uno o más subfactores. Las entidades deberán establecer en las bases las ponderaciones de los criterios, factores y subfactores que contemplen y los mecanismos de asignación de puntajes para cada uno de ellos. Para evaluar los factores y subfactores, la comisión evaluadora y los expertos que la asesoren, en su caso, durante el proceso de evaluación, podrán elaborar pautas que precisen la forma de calificar los factores y subfactores definidos en las bases de licitación”.

Cabe tener presente que, en general, resulta fundamental atender a criterios cualitativos o no relacionados exclusivamente con el precio precisamente para atender eficientemente las necesidades de la entidad licitante o determinar la oferta económicamente más ventajosa.

En este sentido, por ejemplo, en Estados Unidos, la Regulación Federal de Adquisiciones (en adelante, “FAR”) tiene como objetivo primordial satisfacer eficientemente las necesidades gubernamentales de suministro de bienes o servicios en términos de costo, calidad y oportunidad en la entrega, preservar la fe pública y los objetivos de política pública (ver sección 1.102 del FAR). Por lo mismo, señala que las adquisiciones o contratos públicos solo pueden hacerse o celebrarse con contratistas que se espera sean responsables y que *“La adjudicación de un contrato a un proveedor basado solo en el precio más bajo evaluado puede ser una economía falsa si hay un incumplimiento posterior, entregas tardías u otro desempeño insatisfactorio que tenga como resultado costos contractuales o administrativos adicionales”* (ver Sección 9.103 del FAR).

Por su parte, la Directiva de Contratación Pública de la Unión Europea (2015)² establece las normas aplicables a los procedimientos de contratación de obras, suministros o servicios por parte de organismos o entidades públicas de los Estados Miembros. Esta Directiva incorpora un concepto revisado de “Oferta Económicamente Más Ventajosa” (del inglés, “Most Economically Advantageous Tenderer (MEAT)”) como criterio de selección o adjudicación que deben evaluar las autoridades licitantes. Bajo este concepto, para evaluar la oferta económicamente más ventajosa, las autoridades licitantes de los Estados Miembros tienen básicamente tres opciones: (i) atender exclusivamente al precio o costo de la oferta; (ii) atender a la mejor relación precio-calidad de la oferta; y, por último, (iii) atender exclusivamente a variables de calidad, fijándose por la autoridad licitante el precio o costo a pagar³.

Durante el curso de las negociaciones de la UE sobre esta Directiva, hubo un amplio debate para eliminar el uso del precio más bajo como único criterio de adjudicación. Finalmente, se optó porque los Estados Miembros pudieran hacerlo conforme a sus regulaciones nacionales, o bien, limitar su aplicación a determinados tipos de poderes

² DIRECTIVA 2014/24/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

³ Artículo 67 de la Directiva.

adjudicadores o contratos⁴. Así, por ejemplo, en los Países Bajos, los poderes adjudicadores no pueden considerar únicamente el precio como criterio de adjudicación, a menos que ello sea debidamente justificado en los documentos de la convocatoria.

En efecto, acudir exclusivamente al precio ofertado como criterio de selección, tiene una serie de limitaciones que han sido reconocidas a nivel internacional: (i) No permite a la autoridad contratante tener en consideración o evaluar criterios cualitativos distintos de aquellos indicados en las especificaciones técnicas que deben cumplir todos los oferentes; (ii) no permite a la autoridad contratante tener en consideración la innovación o las soluciones innovadoras; y, (iii) para adquisiciones que tienen una larga vida operacional, no permite a la autoridad contratante tomar en consideración los costos que producirá esa adquisición durante su ciclo de vida⁵.

De hecho, en el caso de Europa, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha interpretado que una normativa nacional que impone a las entidades adjudicadoras, de manera general y abstracta, que utilicen exclusivamente el criterio del precio más bajo en la fase final de procedimientos de licitación abiertos o restringidos, para la adjudicación de contratos públicos de obras, se opone a la libertad de elección de los criterios de adjudicación que tienen las entidades adjudicadoras conforme a la legislación comunitaria, tomando en consideración la naturaleza y particularidades específicas de cada contrato⁶.

Por lo mismo, el artículo 67^o de la nueva Directiva Europea de Compras Públicas 2015, referido a los criterios de adjudicación, hace referencia a la oferta económicamente más ventajosa ***“desde el punto de vista del poder adjudicador”***, enfatizando que es la autoridad contratante la que debe definir los criterios de selección a aplicar. En sus motivaciones, se señala que, *“En el contexto de la mejor relación calidad-precio, la presente Directiva incluye una lista no exhaustiva de posibles criterios de adjudicación que incluyen aspectos sociales y medioambientales. Se debe alentar a los poderes adjudicadores a elegir los criterios de adjudicación que les permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades”*⁷.

No obstante lo anterior, esta discrecionalidad de la autoridad licitante en los Estados Miembros está sometida a las siguientes limitaciones: (i) Los criterios de adjudicación escogidos deben estar relacionados con el objeto del contrato en cuestión⁸; (ii) Los

⁴ Los Estados miembros podrán disponer que los poderes adjudicadores no tengan la facultad de utilizar solamente el precio o el costo como único criterio de adjudicación o podrán limitar la aplicación de ese criterio a determinadas categorías de poderes adjudicadores o a determinados tipos de contratos.

⁵ SIGMA Public Procurement Brief 8, Setting the Award Criteria, enero 2011, que forma parte de un programa conjunto entre la OCDE y la Comisión Europea.

⁶ Sentencia de 7 de octubre de 2004, Sintesi SPA/Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici (C-247/02, Rec. 2004, p. I-09215).

⁷ Ver párrafo 92 de la Directiva Europea 2015.

⁸ El artículo 67 número 2 La Directiva Europea de Compras Públicas (2015) señala que *“la mejor relación precio-calidad se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos,*

criterios de adjudicación escogidos deben estar orientados a identificar la oferta económicamente más ventajosa, y no a otros propósitos; y, (iii) Los criterios escogidos deben estar claramente establecidos, al igual que la forma o método conforme con el cual serán evaluados. Esos criterios y la forma de evaluación deben ser transparentes y conocidos por todos los potenciales oferentes. Por lo mismo, la autoridad tiene el deber de revelar a los proponentes los criterios y subcriterios de selección, así como la forma en que serán evaluados o ponderados para adjudicar⁹.

De acuerdo con todo lo anterior, la Ley de Compras Públicas y su Reglamento, en armonía con las mejores prácticas a nivel internacional, no permite -prohíbe- a la entidad licitante atender exclusivamente al precio de la oferta como criterio de adjudicación y establece que los criterios de evaluación y sus ponderadores se ajustan a dicha normativa, en la medida que éstos, los subcriterios, ponderadores y subponderadores de evaluación: (i) no sean arbitrarios, es decir, sean atingentes de acuerdo con las características de los bienes o servicios licitados y con los requerimientos del Servicio de Salud de Osorno; y, (ii) la forma de ponderarlos y los mecanismos de asignación de puntajes estén claramente establecidos en las bases. Es decir, los criterios y la forma de ponderarlos deben ser transparentes y lo más objetivos posible¹⁰.

B.2. Jurisprudencia nacional de libre competencia

De acuerdo con lo resuelto por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en Chile, además de la normativa de compras públicas, las autoridades públicas deben respetar las normas de defensa de la libre competencia en el diseño de bases de licitación.

Al respecto, la amplitud del tipo infraccional contemplado en el artículo 3º del Decreto Ley N° 211 no proporciona luces respecto de cuál es el alcance de las limitaciones que dicha normativa impone a las entidades públicas en cuanto a los criterios de selección o adjudicación de contratos públicos. Por ello, se hace conveniente acudir a la jurisprudencia.

*medioambientales y/o sociales **vinculados al objeto del contrato público de que se trate**. Dichos criterios podrán incluir, por ejemplo:*

a) la calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño para todos los usuarios, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones;

*b) la organización, la cualificación y la **experiencia** del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato, o*

c) el servicio posventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega tales como la fecha de entrega, el proceso de entrega y el plazo de entrega o el plazo de ejecución”.

⁹ SIGMA Public Procurement Brief 8, Setting the Award Criteria, Enero 2011, que forma parte de un programa conjunto entre la OCDE y la Comisión Europea.

¹⁰ Los criterios o pautas deben permitir evaluar las ofertas “*de la forma más objetiva posible*”.

En el ámbito de las atribuciones preventivas del TDLC, desde 2004, existen 15 resoluciones o informes que establecen condiciones o criterios que la entidad pública respectiva debe respetar en el diseño de licitaciones. Sólo tres de esos pronunciamientos fueron requeridos sin estar obligados a hacerlo (Espectro 3G, Estacionamientos de Melipilla, y Medicamentos de Cenabast). Las demás resoluciones o informes recayeron en procedimientos iniciados en cumplimiento de obligaciones específicas establecidas por la ley (concesiones portuarias estatales) o de obligaciones o recomendaciones impuestas establecidas previamente por las propias autoridades de competencia (e.g. recolección de basura domiciliaria). En estos casos, se formularon recomendaciones o lineamientos muy generales procompetencia que correspondía a la entidad pública convocante implementar, bajo enunciados que condicionaban ese deber de la autoridad a lo “técnicamente posible”, “razonable” o “justificado”. Sólo en los casos de licitaciones portuarias y en el caso de la licitación del suministro de combustibles en el Aeródromo Carriel Sur de Talcahuano, el TDLC definió criterios concretos de adjudicación, exigiendo que se adjudique al postulante que ofrezca la menor tarifa o promedio de tarifas a usuarios.

Por su parte, en el ámbito de atribuciones sancionatorias, también desde 2004, existen 17 sentencias del TDLC que se pronuncian sobre acusaciones a organismos públicos consistentes en infringir la libre competencia mediante el diseño de bases de licitación. De esos 17 casos, la Municipalidad de Curicó fue la única entidad pública finalmente sancionada en 2008 con una multa simbólica (de 5 UTM), por establecer en las bases de licitación de servicios de recolección de basura que el municipio podía *“aceptar cualquier oferta que estime conveniente a los intereses municipales”* y *“terminar anticipadamente el contrato en caso de subcontratación”*.

Luego, los únicos precedentes del TDLC en los que éste ha establecido una predilección por el uso de un determinado criterio de selección o adjudicación, limitando la discrecionalidad de la respectiva autoridad licitante o actuando como codiseñador de la respectiva licitación, se han producido en el contexto de licitaciones que requerían obligatoriamente de la intervención previa del TDLC: (i) por la vía de un informe, como es el caso de las concesiones portuarias de frentes de atraque estatales, respecto de los cuales la Ley N° 19.542 ordena que las bases de licitación cumplan con las condiciones que establezca el informe del TDLC; o bien, (ii) por la vía de una resolución, en el caso de las redes hidrantes del aeródromo Carriel Sur de Talcahuano, en cumplimiento de la recomendación contenida en la Resolución N° 6/2005.

Los precedentes del TDLC en materia de licitaciones indican la finalidad del escrutinio que efectúa dicho tribunal, y que consiste, en términos generales, en *“asegurar que se mantengan condiciones mínimas de rivalidad en el diseño de bases de licitación, esto es, evitar que las actuaciones de los organismos de la administración del Estado (i) manifiestamente faciliten la colusión de otros agentes económicos; (ii) establezcan injustificadamente condiciones para que se produzca un potencial abuso de dominancia”*

después de la licitación; y (iii) limiten injustificadamente la competencia mediante condiciones contenidas en las bases de licitación”¹¹.

No obstante, ningún organismo público ha sido finalmente sancionado por infringir la libre competencia en el diseño de Bases de Licitación, por establecer un determinado criterio de selección de proveedores.

Por lo tanto, si bien existen numerosos precedentes que ratifican la competencia del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para conocer de posibles infracciones cometidas por autoridades públicas en el diseño de Bases de Licitación, no existen asuntos sancionatorios análogos a los de las licitaciones bajo análisis, que ilustren respecto de los límites adicionales concretos que el derecho nacional de la competencia impondría a los organismos públicos en la determinación de los criterios de selección de sus proveedores, o en la forma como éstos deban proceder a ponderar los distintos atributos de los bienes o servicios que necesitan. Es decir, no existen precedentes de criterios concretos de selección o adjudicación, o pautas de ponderación de los mismos, que puedan ser generalmente constitutivos de una infracción a la libre competencia en el diseño de bases de licitación.

En rigor, entonces, el diseño de unas bases de licitación no debe restringir la participación de oferentes de manera injustificada o desvinculada de los requerimientos y objetivos de la entidad licitante. Tal restricción a la participación, en todo caso y como se verá en la sección siguiente, no podría excluir competidores de algún mercado si la entidad licitante carece de poder en los mercados en los que podrían incidir las convocatorias en cuestión.

III. Mercado Relevante

A. Introducción: criterios para la definición de mercado relevante

En asuntos infraccionales que tienen su origen en el diseño de bases de licitación por parte de entidades públicas, y a partir de las decisiones o precedentes del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, es necesario distinguir entre dos situaciones, cada una de las cuales determina o define mercados relevantes diferentes: competencia por el mercado y competencia en el mercado.

A este respecto, resulta particularmente ilustrativa la Sentencia N° 114/2011 del TDLC (en causa Rol C N° 206/2010, Demanda del Sr. Rossano Renzo Droghetti Lobos contra la Dirección de Compras y Contratación Pública). Como señaló el TDLC en dicha sentencia, “...tratándose de licitaciones, la definición de mercado relevante se puede realizar desde dos puntos de vista: el mercado en el cual la competencia relevante es la que se da entre los participantes de la licitación, y el mercado final en el cual incide la

¹¹ Ver Sentencias N° 34/2005 y N° 138/2014, y Resolución N° 52/2018.

*licitación. Este último se define sobre la base de las características del producto o servicio objeto de la misma y sus eventuales sustitutos*¹².

Por una parte, existen procesos licitatorios que asignan al ganador un mercado o el derecho exclusivo de proveer ciertos bienes o servicios; es decir, se asigna un monopolio o derechos sobre insumos esenciales para proveer servicios en un mercado¹³. En estos casos la entidad pública licitante debe velar por que las condiciones de competencia *ex ante* aseguren que, aún en la ausencia de rivalidad *ex post*, las condiciones de prestación del servicio en términos de precio, cantidad y calidad ofrecidas sean las más eficientes y, dentro de lo posible, emulen las que existirían en un mercado competitivo¹⁴. En ese tipo de casos, el mercado relevante se define como la licitación, dado que las empresas compiten por el mercado -competencia por la cancha- y no existe competencia *ex post* o competencia en el mercado una vez adjudicada la licitación.

Por otra parte, existen procesos licitatorios en que no se asigna un mercado al ganador de la licitación, sino que la licitación es solo una forma o mecanismo de contratación a partir del cual una entidad pública selecciona a un proveedor de bienes o servicios dentro de un mercado preexistente, y en el cual la entidad licitante es solamente un cliente¹⁵ más en un mercado de producto más amplio, en el que compiten todos los proveedores de bienes o servicios que sean sustitutos suficientemente próximos de los que son objeto de la licitación, ya que la competencia no se agota con la licitación. En estos casos, el TDLC ha resuelto que *“dado que la infracción denunciada dice relación con la exclusión de competidores y el establecimiento de barreras de entrada, resulta indispensable establecer primeramente cuál es el mercado relevante del caso, y si la demandada tiene o no posición de dominio en el mismo, esto es, si las características del mercado en cuestión y la posición que ocupa la demandada en él son objetivamente idóneas para permitir a esta última excluir competidores”*¹⁶.

Esta distinción entre competencia “por el mercado” y competencia “en el mercado” o en la provisión de bienes o servicios, también es recogida por la Comisión Europea para

¹² Sentencia N° 114/2011, consideración 27^a.

¹³ Como ejemplos de casos en los que se asignan monopolios o insumos esenciales para proveer servicios por parte del ganador de una licitación, pueden mencionarse las licitaciones para el establecimiento de plantas de revisión técnica, para la asignación de frecuencias aéreas, de bloques de espectro radioeléctrico, concesiones portuarias de frentes de atraque estatales, etc. En todos estos casos, el ganador de la licitación se adjudica un mercado, parte de un mercado o un insumo esencial, que le permite posteriormente, y normalmente por periodos prolongados de tiempo, proveer servicios a usuarios distintos del licitante.

¹⁴ Sentencia N° 138/2014, consideración 14^a. Resolución N° 52/2018, cons. 40^a.

¹⁵ Ejemplos de casos en los que la entidad pública licitante se provee de bienes o servicios son aquellos normalmente regidos por la Ley de Compras, y donde la entidad pública selecciona a un proveedor de bienes o servicios para sí, por ejemplo, servicios de avisaje, artículos de oficina, mobiliario, computadoras, etc. Estas adjudicaciones, normalmente se formalizan mediante órdenes de compra o contratos de prestación de servicios.

¹⁶ Sentencia N° 114/2011, consideración 26^a.

los efectos de definir el mercado relevante en operaciones de concentración en las que intervienen empresas concesionarias¹⁷.

Luego, para determinar en cuál de estos escenarios nos encontramos, es preciso determinar si las licitaciones para el mejoramiento de los hospitales de Puerto Octay y de Río Negro, están asignando un mercado, parte de un mercado o un insumo esencial, o bien, si están seleccionando un proveedor de bienes o servicios en un mercado más amplio en el cual, tanto antes como después de la licitación, participan diversos oferentes.

B. Las Licitaciones cuestionadas no asignan un mercado: el mercado de producto corresponde a los servicios de construcción

Al respecto, se debe tener en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 16 y 16 bis del D.S. 2763 de 1979, los hospitales de Río Negro y Puerto Octay forman parte de la red asistencial que corresponde al Servicio de Salud de Osorno (SSO) y, que a este servicio corresponde articular, gestionar y desarrollar estos establecimientos para la ejecución de las acciones integradas de fomento, protección y recuperación de la salud y rehabilitación de las personas enfermas. En ejercicio de esa función, con el presupuesto proporcionado por la Ley de Presupuestos del Sector Público y con los aportes del Gobierno Regional de los Lagos, el SSO llevó a cabo las licitaciones destinadas a adecuar a las actuales necesidades de salud, las estructuras de dos de los hospitales que forman parte de la red asistencial a su cargo: Río Negro y Puerto Octay.

Adicionalmente, cabe mencionar que tanto las bases como los demás documentos propios de la licitación confirman que la licitación estaba orientada a seleccionar, para cada una de esas dos licitaciones, un proveedor de servicios de construcción que fuese técnica y económicamente idóneo para ejecutar el conjunto de tareas requeridas para modernizar estos hospitales, sin entorpecer su funcionamiento, sin contar para ello con anticipos de dinero, y en un plazo máximo de 660 días corridos contados desde la fecha de entrega del terreno.

Como resultado de cada una de esas adjudicaciones, se suscribió un contrato de servicios de construcción, entre el ganador de cada licitación, como prestador, y el SSO como mandante de la respectiva obra. Luego, las Licitaciones no asignaron un monopolio o un mercado, sino un contrato de prestación de servicios de construcción para un servicio público que es un cliente más.

Dado que este caso corresponde a uno de licitaciones en las que se compite en un mercado -y no por un mercado-, y para determinar si el licitante tiene o no poder de compra, corresponde ahora definir el mercado relevante en el que dichas licitaciones

¹⁷ Caso M.7575 - IRIDIUM CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURAS/ ABERDEEN INFRASTRUCTURE/ CONCESSIONARIA HOSPITAL UNIVERSITARI SON ESPASES, consideración 11 y siguientes, caso M.7075 - CINTRA / ABERTIS / ITINERE / BIP & DRIVE JV, consideración 25; y asunto IV/M.567 - Lyonnaise des Eaux/Northumbrian Water, consideración 10 y siguientes.

inciden; esto es, el mercado de la construcción de obras civiles en general, o bien el de las obras civiles en salud, según se verá a continuación.

Para determinar cuán especializado o segmentado es el mercado de la construcción y, por lo tanto, cuál es el mercado relevante de producto, se deben considerar argumentos en diversas direcciones. Por una parte, y apuntando al mercado más estrecho desde el punto de vista del producto, la construcción de infraestructura pública del sector salud presenta una serie de desafíos adicionales a los propios de las demás especialidades constructivas y que se relacionan con la necesidad de asegurar estándares sanitarios, de seguridad y continuidad operacional especialmente exigentes en los establecimientos de salud¹⁸ y, además, complejidades extraordinarias derivadas de la diversidad de espacios que consideran estas infraestructuras¹⁹.

Por otro lado, la circunstancia de que la demandante (Denco) provea servicios de construcción de obras civiles en general, y no en el sector salud, apuntaría en la dirección de definir un mercado más amplio de producto, que considere la provisión de servicios de construcción en general. Es decir, para que pudiera prosperar una acción infraccional por conducta exclusoria en perjuicio de Denco, necesariamente el mercado relevante habría de considerar al demandante como parte de la oferta potencial, ya que ni el SSO, ni ningún demandado, podrían excluir de un mercado a quien no participa actual o potencialmente del mismo.

Dado lo anterior, en lo que sigue se analizará el mercado relevante geográfico y luego la participación del SSO en cada uno de los posibles mercados relevantes definidos: (i) provisión de servicios de construcción de obras civiles en general, y (ii) provisión de servicios de construcción de obras civiles en salud. Como se verá en lo que sigue, el SSO no detenta una posición dominante bajo ninguna de estas dos definiciones posibles, lo que hace innecesario definir con precisión el mercado de producto.

C. El mercado relevante geográfico es nacional

Desde el punto de vista geográfico, y para cualquiera de los posibles mercados relevantes de servicios de construcción (amplio y restringido), sería necesario considerar el tamaño de la obra como determinante del mercado geográfico relevante, ya que obras más grandes o de mayor presupuesto pueden y de hecho son llevadas a cabo por proveedores domiciliados a grandes distancias de las mismas. En cambio, obras pequeñas o de menor precio, sólo son construidas por oferentes domiciliados a corta distancia de las mismas. Las licitaciones cuestionadas son precisamente un ejemplo de ello, ya que la mitad de los postulantes -precisamente los dos adjudicados- tenían su domicilio en Santiago y consideraron instalar faenas en la X Región.

¹⁸ Gases clínicos, cableado estructurado, respaldo energético, tratamiento de desechos, las exigencias propias que impone la regulación a salas de procedimiento y pabellones en el DS 283 de 1997 del Ministerio de Salud, que APRUEBA REGLAMENTO SOBRE SALAS DE PROCEDIMIENTOS Y PABELLONES DE CIRUGÍA MENOR

¹⁹ Un hospital es un lugar de trabajo, un lugar de atención de público, un hotel, una lavandería, un centro de reciclaje, de disposición de elementos peligrosos, entre otros.

Luego, consideramos que el mercado geográfico debe definirse, al menos, a nivel nacional. Lo anterior, porque -sobre todo para grandes obras²⁰, como las licitadas- los oferentes estarán dispuestos a trasladarse o instalar faenas en el lugar para el solo efecto de ejecutar la obra en el caso de ser adjudicados. De hecho, los adjudicatarios de cada una de estas licitaciones tienen su domicilio en Santiago, lo que no los restringió de participar en una licitación, y luego construir una obra civil en salud, en la X región. Incluso, podría definirse un mercado geográfico internacional, atendida la envergadura y especialización de la obra, así como por el hecho de contemplarse expresamente la posibilidad de acreditar experiencia en obras ejecutadas en el extranjero.

D. Participación del Servicio de Salud de Osorno en cada uno de los posibles mercados relevantes

A partir de lo anterior, a continuación se caracteriza la participación del SSO en cada uno de los posibles mercados relevantes de producto y geográfico: (i) provisión de servicios de construcción de obras civiles en general; y, (ii) provisión de servicios de construcción de obras de salud. Para cada escenario, se evalúan dos escenarios de mercado relevante. Obras de más de 1.000 metros cuadrados que consideran un ámbito geográfico nacional, y obras de menos de 1.000 metros cuadrados, que consideran un ámbito geográfico regional.

Según información del Instituto Nacional de Estadísticas, en el año 2016 se autorizaron obras nuevas y ampliaciones, tanto del sector público como del privado, por un total de 17.622.940 metros cuadrados. Esta estadística incluye edificaciones de vivienda, industria, comercio, establecimientos financieros y servicios -entre los que se consideran hospitales-. El detalle se muestra en la tabla 1. Como se puede observar, la demanda por edificación del sector público es aproximadamente un 10% de la demanda total. En cualquier caso, la demanda por edificación en el sector Servicios del sector público es relativamente mayor, concentrando cerca del 53% de la demanda total por construcción en ese sector en particular.

²⁰ Esto es corroborado por la jurisprudencia extranjera, por ejemplo en OFT, “Anticipated acquisition by Balfour Beatty plc of Birse Group plc”, 2006. No obstante, en ninguno de estos casos se ha proporcionado una medida de qué es una obra “grande” y una “pequeña”, por estimarse innecesario en dichos casos.

Tabla 1**Edificación autorizada de los sectores privado y público, superficie en metros cuadrados, obras nuevas y ampliaciones por destino, 2016**

Sector	Edificación Total	Vivienda	Industria, Comercio y Establecimientos Financieros	Servicios
Público	1.609.469	302.206	66.594	1.240.669
Privado	16.013.471	10.626.012	4.277.246	1.110.213
Total	17.622.940	10.928.218	4.343.840	2.350.882

Fuente: <http://www.ine.cl/estadisticas/economicas/construccion/edificaci%C3%B3n-superficie-autorizada>

Como es de esperar, gran parte de la superficie autorizada de edificación se concentra en y alrededor de la Región Metropolitana, mientras que en el norte y el sur del país se concentra una proporción menor -aunque no despreciable-. En particular, en la X Región de Los Lagos, en 2016 se autorizaron obras nuevas y ampliaciones por un total de 663.545 metros cuadrados, tal como se observa en la Tabla 2 siguiente.

Tabla 2**Edificación autorizada de los sectores privado y público, superficie en metros cuadrados, obras nuevas y ampliaciones por destino, por región, 2016**

REGIÓN	Edificación Total	Vivienda	Industria, Comercio y Establecimientos Financieros	Servicios
XV	191.167	117.219	45.707	28.241
I	405.979	249.084	116.789	40.106
II	454.425	170.642	253.691	30.092
III	146.885	57.577	45.513	43.795
IV	695.177	486.473	141.591	67.113
V	1.931.712	1.311.923	368.204	251.585
XIII	7.858.715	5.175.368	1.779.456	903.891
VI	684.265	370.528	240.567	73.170
VII	1.146.698	577.202	349.661	219.835
VIII	2.004.522	1.127.826	495.261	381.435
IX	863.988	539.900	212.167	111.921
XIV	366.263	244.193	74.741	47.329
X	663.545	373.425	171.243	118.877
XI	88.456	52.125	16.671	19.660
XII	121.143	74.733	32.578	13.832
TOTAL	17.622.940	10.928.218	4.343.840	2.350.882

Fuente: <http://www.ine.cl/estadisticas/economicas/construccion/edificaci%C3%B3n-superficie-autorizada>

Más aún, si solo se consideran los permisos de obras nuevas y ampliaciones de 1.000 metros cuadrados y más -de forma de reflejar solo la demanda por construcciones

mayores-, la siguiente tabla muestra la estadística para el año 2016. Aun cuando se considera que el mercado geográfico relevante para obras mayores es más amplio que una región en particular, de forma de dimensionar la demanda relativa de las distintas regiones del país, se presentan las edificaciones autorizadas por región.

Tabla 3

Edificación autorizada de los sectores privado y público, superficie en metros cuadrados, obras nuevas por destino, permisos de 1.000 m² y más, por región, 2016

REGIÓN	Edificación Total	Vivienda	Industria, Comercio y Establecimientos Financieros	Servicios
I	264.442	199.268	58.066	7.108
II	235.696	115.286	110.794	9.616
III	58.932	12.768	14.047	32.117
IV	420.267	329.495	53.596	37.176
V	1.140.434	776.008	207.805	156.621
VI	278.084	123.266	134.407	20.411
VII	527.195	200.789	177.043	149.363
VIII	759.619	437.105	194.802	127.712
IX	394.699	244.616	107.265	42.818
X	307.316	161.618	78.462	67.236
XI	31.135	15.639	5.090	10.406
XII	19.819	15.243	2.230	2.346
XIII	6.044.830	4.415.316	1.062.649	566.865
XIV	135.306	92.439	27.396	15.471
XV	155.073	101.038	34.584	19.451
TOTAL	10.772.847	7.239.894	2.268.236	1.264.717

Fuente: <http://www.ine.cl/estadisticas/economicas/construccion/edificaci%C3%B3n-superficie-autorizada>

Por su parte, en la tabla 4 se desglosan las clasificaciones presentadas en las tablas anteriores para las obras nuevas (excluyendo ampliaciones en este caso).

Tabla 4

Edificación total autorizada sectores privado y público a nivel nacional, obras nuevas, superficie según clasificación de destino, 2016

Clasificación	Superficie (m ²)
1 Vivienda (1)	10.003.975
- Casas	4.492.416
- Edificios departamentos	5.511.559
2 Edificios no residenciales	4.994.489
2.1 Industria, comercio y estab. Financieros	3.234.861
- Industria	780.796
- Comercio	936.254
- Hoteles, moteles y residenciales	234.388
- Establecimientos financieros	3.212
- Otros	1.280.211
2.2 Servicios	1.759.628
- Educación	472.516
- Salud	463.052
- Asistencia social	40.271
- Organizaciones religiosas	53.061
- Esparcimiento y diversión	194.064
- Cultura	24.384
- Personales y del hogar	4.252
- Edificios públicos	48.193
- Otros	459.835
TOTAL	14.998.464

Fuente: <http://www.ine.cl/estadisticas/economicas/construccion/edificaci%C3%B3n-superficie-autorizada>

Se desprende de las tablas que la superficie total construida en el mercado de obras civiles es muchísimo mayor que lo requerido en las obras de mejoramiento de los hospitales de Río Negro y Puerto Octay. La superficie de cada uno de estos hospitales es “superior a los 3000 metros e inferior a los 4000 metros cuadrados”²¹.

Si consideramos que cada hospital es una obra civil de 4.000 metros cuadrados, entonces la demanda por obras civiles del Servicio de Salud de Osorno (en m²) se puede expresar como los siguientes porcentajes de: (i) los metros cuadrados autorizados de obras civiles en el año 2016, utilizando la información de las tres tablas anteriores:

²¹ Resolución afecta N° 38 Servicio de Salud Osorno, 4 de octubre de 2017, pág. 48 (Hospital de Puerto Octay) y Resolución afecta N° 39 del Servicio de Salud Osorno, 4 de octubre de 2017, pág. 49 (Hospital de Río Negro).

Tabla 5**Metros cuadrados de mejoramiento y ampliación de hospitales de Río Negro y Puerto Octay, como proporción de distintas medidas de metros cuadrados de obras civiles 2016**

Incluyendo vivienda		
Metros cuadrados HPO y HRN: 8.000		Proporción
Edificación autorizada 2016 país	17.622.940	0,05%
Edificación autorizada 2016 país, >1000 m2	10.772.847	0,07%
Edificación autorizada pública 2016 país	1.609.469	0,50%
Edificación autorizada 2016 X región	663.545	1,21%
Edificación autorizada 2016 X región, >1000 m2	307.316	2,60%
Excluyendo vivienda		
Edificación autorizada 2016 país	6.694.722	0,12%
Edificación autorizada 2016 país, >1000 m2	3.532.953	0,23%
Edificación autorizada pública 2016 país	1.307.263	0,61%
Edificación autorizada 2016 X región	290.120	2,76%
Edificación autorizada en salud 2016, obras nuevas	463.052	1,73%

Fuente: Elaboración propia, basado en información de <http://www.ine.cl/estadisticas/economicas/construccion/edificaci%C3%B3n-superficie-autorizada>

Por su parte, la tabla 6 realiza una comparación similar respecto a las obras civiles autorizadas en 2017.

Tabla 6**Metros cuadrados de mejoramiento y ampliación de hospitales de Río Negro y Puerto Octay, como proporción de distintas medidas de metros cuadrados de obras civiles 2017**

Incluyendo vivienda		
Metros cuadrados HPO y HRN: 8.000		Proporción
Edificación autorizada 2017 país	11.283.327	0,07%
Edificación autorizada 2017 país, >1000 m2	9.331.203	0,09%
Edificación autorizada 2017 X región	348.247	2,30%
Excluyendo vivienda		
Edificación autorizada 2017 país	5.330.893	0,15%
Edificación autorizada 2017 país, >1000 m2	4.578.811	0,17%
Edificación autorizada 2017 X región	209.396	3,82%
Obras civiles en salud		
Edificación autorizada en salud 2017	164.012	4,88%
Edificación autorizada en salud 2017 > 1000 m2	137.982	5,80%

Fuente: elaboración propia en base a información disponible en <http://www.ine.cl/herramientas/galeria-de-mapas/permisos-de-edificacion>.

Como se desprende de las tablas anteriores, las obras civiles asociadas al mejoramiento de los hospitales de Puerto Octay y Río Negro no son una proporción relevante del total de obras civiles en Chile de los últimos dos años, o en la X Región, aún excluyendo las obras civiles relacionadas a vivienda. Por lo anterior, al considerar las obras civiles en

el país y en la X región, se observa que las licitaciones no tienen la capacidad para excluir a Denco del mercado de obras civiles, ni siquiera si circunscribimos el análisis exclusivamente a la región del país en que la empresa está ubicada, ni tampoco si sólo consideramos única y exclusivamente las obras civiles de 1.000 m² o más.

No obstante lo anterior, y dado que las licitaciones en cuestión entregaban mayor puntaje a empresas constructoras con experiencia en obras en salud, podría pensarse en restringir el mercado al de obras civiles en salud. Las tablas 5 y 6, ya citadas, incluyen en sus últimas filas los metros cuadrados autorizados en 2016 y 2017, para obras civiles en salud. Como se puede observar, incluso si nos restringimos a las obras civiles en salud de más de 1.000 m² para 2017, las obras asociadas a las licitaciones son solo el 5,8% del total de ese año. Considerando que el total de obras en salud incluye tanto obras públicas como privadas, y que cada Servicio de Salud está encargado de licitar las obras que corresponden a sus respectivas regiones, el Servicio de Salud de Osorno dista mucho de ser un monopsonista en obras en salud, por lo que es imposible que, por sí solo, pueda excluir del mercado de obras civiles en salud a los demandantes o que las licitaciones cuestionadas representen una oportunidad única de ingreso a dicho mercado.

Se puede llegar a la misma conclusión si se compara el presupuesto de las licitaciones en cuestión (en total, \$9.461.266.000, aproximadamente US\$ 15,3MM²²) con la demanda proyectada de inversión en infraestructura hospitalaria para 2017, por la Cámara Chilena de la Construcción, que asciende a US \$235MM para 2017²³. Claramente, las obras licitadas por el Servicio de Salud de Osorno no son una proporción relevante de las obras que se desarrollan y se espera se desarrollen en los próximos años en el país.

Dado que el SSO solo licitó (con éxito) obras civiles en salud durante el año 2017, en caso de considerarse un periodo mayor en el análisis recién presentado -por ejemplo, considerando las obras civiles desde 2012 en adelante- su participación sería incluso menor que la presentada, en todas las alternativas de mercado relevante de producto y geográfico.

De acuerdo con todo lo anterior, es posible concluir que el SSO no tiene poder de compra bajo ninguna posible definición de mercado relevante.

Si se considera que cada Servicio de Salud es responsable de licitar las obras correspondientes a sus respectivas zonas, se refuerza la idea de que este es un mercado con una demanda atomizada; cada Servicio es un agente independiente, por lo que ninguno de ellos gozaría de poder de mercado. La misma idea fue plasmada por la OFT

²² Considerando el tipo de cambio del 29 de diciembre de 2017, de 615,22 CL\$/US\$ (fuente: <https://si3.bcentral.cl/Siete/secure/cuadros/arboles.aspx>).

²³ Fuente: Cámara Chilena de la Construcción, "Infraestructura Crítica para el Desarrollo 2016 – 2025", tabla 11.13. Disponible en <http://www.cchc.cl/uploads/archivos/archivos/Infraestructura-Critica-para-el-Desarrollo-2016-2025.pdf>

en su documento “Assessing the impact of public sector procurement on competition”, en que señala que “*el ‘sector público’ se compone de muchos agentes independientes. Por lo tanto, sería inapropiado concluir que el sector público tiene poder de mercado a partir del hecho que la demanda del sector público es grande. Si la demanda del sector público es fragmentada, y si los distintos cuerpos del sector público actúan de forma no coordinada, podría no haber poder de mercado significativo (aunque podría existir la posibilidad de alcanzar poder de mercado por la vía de consolidar demanda y actuar de forma coordinada, en el caso que el sector público sea una proporción grande de la demanda total en un mercado)*”²⁴.

Considerando que el mercado geográfico relevante es nacional, al menos en el caso de grandes obras, otra forma de mostrar que el mercado es mucho más amplio que las dos licitaciones en cuestión consiste en revisar las licitaciones informadas por los distintos Servicios de Salud en respuesta a los oficios enviados por el TDLC en el desarrollo de esta causa²⁵. En particular, si nos limitamos a las licitaciones adjudicadas entre los años 2012 y la primera mitad de 2018, por un monto adjudicado de \$1.000.000.000 o más, se cuentan al menos 112 licitaciones; es decir, un promedio de 16 licitaciones por año.

De esta misma información, se desprende que, por el lado de la oferta, el mercado también pareciera estar bastante atomizado, ya que estas 112 licitaciones fueron asignadas a 57 empresas distintas; y que la empresa con más licitaciones ganadas ganó 12 de las 112 licitaciones, más una en consorcio con otra empresa.

Otro indicio de cuán competitivas han sido estas licitaciones es el número de ofertas recibidas en cada una de ellas. La tabla 7 resume esta información para las 112 licitaciones mencionadas. Como se observa, en casi el 80% de las licitaciones hubo más de un oferente, y en el 35% hubo 4 oferentes o más.

²⁴ Traducción libre de “*The ‘public sector’ comprises many independent agents. It would therefore be inappropriate to conclude from the fact that public sector demand is large that the public sector enjoys buyer power. If public sector demand is fragmented, and if different public sector bodies act in an un-coordinated fashion, there may not be any significant public sector buyer power (although there would be the prospect of attaining buyer power through consolidation of demand and co-ordinated action where the public sector accounts for a large proportion of demand in a market)*”. Assessing the impact of public sector procurement on competition, Summary, Office of Fair Trading, septiembre 2004. Disponible en <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402182823/http://www.offt.gov.uk/sharedoft/reports/comppolicy/oft742a.pdf>.

²⁵ Se utilizó la información acompañada al TDLC por los Servicios de Salud de (i) Aconcagua, (ii) Antofagasta, (iii) Araucanía Norte, (iv) Araucanía Sur, (v) Arauco, (vi) Atacama, (vii) Aysén, (viii) Chiloé, (ix) Concepción, (x) Coquimbo, (xi) Iquique, (xii) Maule, (xiii) Metropolitano Central, (xiv) Metropolitano Norte, (xv) Metropolitano Occidente, (xvi) Metropolitano Oriente, (xvii) Metropolitano Sur, (xviii) Metropolitano Sur Oriente, (xix) Ñuble, (xx) O’Higgins, (xxi) Talcahuano, (xxii) Valdivia, y (xxiii) Valparaíso-San Antonio.

Tabla 7

Licitaciones informadas por Servicios de Salud al TDLC, de \$1.000MM o más, por número de participantes

N° Participantes	N° licitaciones	% del total
1	23	21%
2	16	14%
3	34	30%
4	18	16%
5	10	9%
6	5	4%
7	2	2%
8	3	3%
9	1	1%

Fuente: Elaboración propia en base a información oficinas Servicios de Salud a TDLC.

Adicionalmente, de acuerdo con lo informado por el Servicio de Impuestos Internos, existe un total de 4.134 empresas constructoras registradas en dicho servicio a nivel nacional, con un capital mayor a \$100.000.000. De ellas, 148 tienen domicilio en la X Región. En este mismo sentido, de acuerdo a lo informado por ChileCompra, existe un total de 1.230 empresas constructoras inscritas y con contrato vigente (“hábiles”) en el Registro Oficial de Proveedores del Estado, de las cuales 55 tienen su dirección registrada en la X Región. Estos dos indicios reflejan que, adicionalmente, existen muchos competidores potenciales adicionales en las licitaciones bajo análisis.

En suma, independiente de cuál de las anteriores definiciones de mercado relevante de producto y geográfico se considere en este caso, el SSO no tiene poder de compra, por lo que no puede excluir a ningún competidor de dicho mercado.

IV. Justificación de la inclusión de requerimientos de capacidad económica y experiencia en la evaluación de ofertas de servicios de construcción

La inclusión de requisitos o criterios de selección como la experiencia y la capacidad económica de los oferentes, por su propia naturaleza, puede prevenir que ciertos oferentes compitan o concursen en una licitación. No obstante, en la medida que estos requerimientos o atributos sean razonablemente necesarios para satisfacer adecuadamente el contrato, éstos no serán arbitrarios, ni menos, anticompetitivos.

Como veremos, la inclusión de variables cualitativas para los efectos de asegurar la mejor relación precio-calidad en la contratación no sólo es necesaria para cumplir con la normativa de compras públicas, sino que está especialmente justificada por los objetivos que debe satisfacer la licitación y por la naturaleza de los servicios de construcción.

Los servicios de construcción en general, y los de construcción de obras de salud en particular, no son bienes o servicios estándar, ni menos de simple y objetiva especificación. Por lo mismo, no sólo está prohibido por la Ley de Compras atender exclusivamente al precio como criterio de adjudicación, sino que deben incorporarse variables distintas del precio para evaluar la oferta más ventajosa porque los servicios de construcción son diferenciados en calidad. Es decir, deben necesariamente incorporarse variables cualitativas a la evaluación con el objeto de asegurar la mejor relación precio-calidad en la adquisición.

De acuerdo con un documento publicado en 2004 por la organización internacional para el mejoramiento de la industria de la construcción del Reino Unido²⁶, el aprovisionamiento de servicios de construcción debe balancear la satisfacción de 3 criterios que son interdependientes y que están frecuentemente en tensión:

- Tiempo, entendido como rapidez y certeza en la fecha de entrega;
- Costo, que se vincula tanto al nivel de precio como a la certeza del costo; y,
- Calidad, entendida como la funcionalidad y desempeño de las obras.

De hecho, lo que busca cualquier mandante, y el Estado no es la excepción, es minimizar los riesgos e imprevistos inherentes a la actividad de la construcción, que se incrementan cuando el contratista dispone de menor experiencia y capacidad financiera para llevar a cabo la obra.

Estos riesgos son reconocidos en diversas guías de mejores prácticas para el aprovisionamiento de servicios de construcción a nivel internacional, y pueden resumirse en la siguiente tabla:

²⁶ <http://constructingexcellence.org.uk/wp-content/uploads/2015/03/procurement.pdf>

Tabla 8

Riesgos inherentes a la actividad de la construcción de obras civiles

Riesgo para el servicio contratante
Incumplimiento de los plazos previstos en el contrato por parte del constructor
Abandono de las obras por parte del constructor
Insolvencia del constructor que produzca abandono de la obra, retraso en la entrega, o incumplimiento de obligaciones laborales y previsionales de las que el mandante deba responder solidariamente
Incremento de costos o de demoras en la entrega derivados de condiciones imprevistas o variaciones en las condiciones del terreno o de las obras preexistentes
Incremento de costos o de demoras en la entrega derivados de condiciones climáticas u otros eventos naturales
Riesgo de falta de experiencia o negligencia de los profesionales involucrados, que resulte en un mal diseño de las obras o en una mala supervisión y administración del contrato
Riesgo de empleo de mano de obra no calificada para la ejecución de ciertas labores y de lo que deriven defectos ocultos, altos costos de mantenimiento o necesidades de reparación
Incumplimiento de las normas que regulan la actividad de construcción y que se traduzcan en una mala calidad de las obras o en la imposibilidad de obtener recepciones o aprobaciones regulatorias
Muertes o accidentes de los trabajadores del constructor o de terceras personas
Daños a la propiedad de las obras o de bienes situados en el terreno o en las obras preexistentes, así como daños a la propiedad de terceros resultantes de las actividades de construcción
Riesgos específicos asociados a obras de mejoramiento de un hospital público en operación
Interrupción o discontinuidad del servicio hospitalario producto de una mala planificación o ejecución de los trabajos por parte del constructor

Fuente: Elaboración propia en base a una traducción libre y adaptación de riesgos indicados en diversas guías comparadas de mejores prácticas en la contratación de servicios de construcción.

Las exigencias de capacidad económica y experiencia están precisamente orientadas a mitigar o reducir estos riesgos que, además, y tratándose de infraestructura pública hospitalaria, pueden ser lesivos para la salud de la población.

Las diferencias entre los servicios de construcción provistos por uno u otro contratista no se relacionan principalmente con el precio, sino con aquellas variables que realmente aseguran una contratación eficiente y efectiva. Es decir, los servicios de construcción no están orientados únicamente a obtener una obra con determinadas especificaciones técnicas y en un determinado plazo que pueda predefinir el licitante en la convocatoria.

Las especificaciones técnicas de un proyecto, por completas y acabadas que sean, requieren del talento y experiencia de un constructor que las lleve a efecto sobre un terreno o, en estos casos, una obra preexistente, cuyas características normalmente presentarán ciertas diferencias o desviaciones de aquellas proyectadas u originalmente previstas, y que deben ser resueltas en la fase constructiva. La experiencia cumple un rol fundamental para el éxito de un proyecto de construcción, pues el constructor experimentado conoce estos riesgos y las diversas dificultades que se presentan en el camino de hacer realidad los proyectos de edificación, los considera en su oferta económica y los puede afrontar, sin menoscabar la calidad, los plazos y el presupuesto de la obra.

En efecto, los planos de arquitectura y de especialidades, y las especificaciones en cuanto a los materiales o terminaciones a utilizar son la base para la formulación de ofertas económicas que, en general, no debieran presentar grandes diferencias entre sí en cuanto al precio, porque la mano de obra y los materiales a emplear (cemento, acero, ductos, cables, volcanita, vidrios, etc.) son insumos que tienen precios bastante estándar en esta industria. Por lo mismo, los costos de una obra pueden ser estimados con relativa certeza y se contemplan reglas destinadas a detectar ofertas anormalmente bajas que suelen redundar en incumplimientos²⁷.

Por otra parte, existen numerosas experiencias de fracaso de proyectos de infraestructura pública adjudicados a contratistas que no contaban con experiencia, como el del Puente sobre el río Cau Cau, en Valdivia, en que Contraloría constató *“irregularidades en el proceso de formulación del proyecto; el desempeño en terreno de profesionales que no contaban con la experiencia requerida en las bases de licitación; la ejecución invertida del tablero basculante del sector norte del puente; de ciencias en los procedimientos de soldadura y en la calificación de soldadores; [...]”*²⁸. Este proyecto, conocidamente fallido, estaba previsto que costara US\$ 31MM y demorara 28 meses en la fase de construcción. No obstante, y producto de las deficiencias técnicas indicadas, acabó costando casi el doble y demorando casi tres veces lo presupuestado.

De hecho, la principal observación que en 2016 formuló Contraloría a los proyectos de construcción que han licitado los servicios de salud es el incumplimiento de la normativa técnica, señalando que estos incumplimientos *“influyen directamente en la calidad de las obras a ejecutar, afectando las terminaciones de la construcción y/o la servicialidad de la misma, pudiendo en casos extremos afectar directamente la estabilidad estructural de la edificación. Normalmente implican soluciones o reparaciones que pueden consistir en rehacer partidas parcial o totalmente, con los eventuales aumentos de plazos y costos”*²⁹.

En cuanto a la ponderación de los subcriterios de experiencia del oferente y experiencia profesional (40% de la nota final), se debe tener en cuenta que el peso relativo que tienen la calidad y el precio como variables de adjudicación pueden variar significativamente dependiendo del bien o servicio de que se trate.

El Marco de Gestión de Obras de Capital desarrollado para llevar a cabo la Reforma de Adquisiciones de Construcción del Sector Público en Irlanda³⁰, contiene el siguiente rango indicativo de ratio entre calidad y precio para varias categorías de proyectos:

²⁷ De acuerdo con el punto 24.3 de las Bases, el Servicio de Salud de Osorno, en caso de que el precio de la oferta de un participante sea un 50% menor al precio presentado por el oferente que le sigue, y se verifique que los costos de dicha oferta son inconsistentes económicamente, exige una garantía adicional de hasta la diferencia del precio de la oferta que le sigue.

²⁸ Estudio sobre Objeciones y Recomendaciones en la Ejecución de Contratos de Obra Pública, División de Infraestructura y Regulación de Contraloría General de la República, noviembre de 2016. Disponible en <https://www.contraloria.cl/cgrapp12/Biblioteca/api/archivo/11876>

²⁹ Ídem nota anterior.

³⁰ Disponible en <https://constructionprocurement.gov.ie/capital-works-management-framework/>

Tabla 9

Relación precio calidad por tipo de proyecto (Irlanda)

Category of project	Ratio	
	Quality	Price
Feasibility report and investigations	80	20
Innovative and imaginative design projects; Major conservation and restoration projects	80	20
Most construction projects	70	30
Repeat and straightforward projects	40	60
Straightforward repairs and maintenance projects	20	80

Fuente: Capital Works Management Framework, Construction Procurement Reform, Irlanda.

De la tabla anterior se desprende que, para la mayoría de los proyectos de construcción, se contempla una ponderación de la calidad de un 70%, mientras que el precio tiene una valoración de sólo un 30%. Ello es consistente con todo lo dicho anteriormente en cuanto a que los servicios de construcción no son homogéneos y, que atender exclusivamente al precio de las ofertas puede resultar en mayores costos si hay incumplimientos, retrasos o defectos de calidad en las obras.

Por su parte, y con respecto a la capacidad económica, se debe tener en cuenta que las obras licitadas la exigen porque, en general, la actividad de construcción es intensiva en capital y, en particular, porque ninguno de estos proyectos de mejoramiento hospitalario contemplaba la entrega de anticipos al contratista. De hecho, todos los pagos se efectúan contra avance de obras y eso implica que el contratista debe solventar el costo financiero del proyecto, y contar con recursos propios para hacerlo.

En la especie, la exigencia de capacidad financiera corresponde a un Capital Disponible³¹ del oferente que: (i) no puede ser inferior al 10% de su oferta económica ya que, en tal caso, la oferta sería inadmisibles; y, (ii) en caso de ser superior al 10% de su oferta económica, y conforme a la Tabla 10 siguiente, puede obtener hasta 3 puntos adicionales en la evaluación que alcanza un máximo de 7:

³¹ De acuerdo a las Bases, el Capital Disponible o la Capacidad Económica, corresponde al Patrimonio del oferente, menos los activos intangibles, las reservas susceptibles de retiro y un 10% del saldo de valor de las obras por ejecutar (SOE).

Tabla 10

Pauta de evaluación de capacidad económica del oferente en las bases de las Licitaciones

CAPITAL DISPONIBLE % VALOR NETO DE LA OFERTA ECONÓMICA	NOTA
Menor al 10%	4,0
10,1% a 11,5%	4,5
11,6% a 13,5%	5,0
13,6% a 15%	5,5
15,1% a 16,5%	6,0
16,6% a 18,3%	6,5
Sobre 18,4%	7,0

Fuente: Bases de las Licitaciones.

Estos 3 puntos de diferencia en el sub-factor de capacidad económica:

- (i) Ponderan un 23% del total, lo que tiene una incidencia de sólo un 10% en el puntaje final del oferente que obtenga el puntaje máximo en todos los otros ítems³²;
- (ii) No son difíciles de alcanzar por los participantes considerando que sólo se asigna mayor puntaje hasta el 18,4% del valor de la respectiva oferta;
- (iii) Impide que aquellas empresas que sobrepasen con creces el nivel que entrega la nota máxima en ese sub-factor, puedan verse favorecidas respecto de aquellas que ya tienen capacidad económica suficiente de acuerdo a las mismas bases, y;
- (iv) Son proporcionales a las exigencias financieras que impone el contrato al proveedor, considerando que se le exigen garantías y retenciones que totalizan un 13% del valor del contrato y, que además, como se dijo, no se le proporcionan anticipos para solventar los gastos que deberá afrontar hasta percibir el primer pago.

Por otra parte, y sólo como referencia, la Directiva Europea de Compras establece que los poderes adjudicadores pueden exigir, como requisito de solvencia económica y financiera, un volumen de negocios anual mínimo en el ámbito al que se refiera el contrato, de hasta el doble de su valor estimado, sin perjuicio de poder justificar un volumen de negocios mínimo superior³³.

³² Dado que este sub-factor pondera un 23% del puntaje total, pasar de ser evaluado con un 4 a ser evaluado con un 7 aumenta la nota en 0,7 puntos de un total máximo de 7; es decir, un 10%.

³³ En este sentido, el artículo 58, número 3 de la Directiva Europea de Compras dispone "3. Con respecto a la solvencia económica y financiera, los poderes adjudicadores podrán imponer requisitos que garanticen que los operadores económicos poseen la capacidad económica y financiera necesaria para ejecutar el contrato. Con este fin, los poderes adjudicadores podrán exigir, en particular, que los operadores económicos tengan determinado volumen de negocios anual mínimo, y, en concreto, determinado volumen de negocios mínimo en el ámbito al que se refiera el contrato. Además, podrán exigir que los operadores económicos faciliten información sobre sus cuentas anuales que muestre la ratio, por ejemplo, entre activo y pasivo. También podrán exigir un nivel adecuado de seguro de indemnización por riesgos profesionales.

A este respecto, si el SSO hubiese establecido un mínimo de experiencia y un mínimo de capacidad económica únicamente como criterios de admisibilidad de las ofertas -en lugar de considerar estas variables como parte del criterio de adjudicación-, esos mínimos hubiesen debido incorporar todo el mayor valor que el licitante asignaba a estas variables, para mitigar los riesgos inherentes a una menor experiencia y a una menor capacidad económica. Por lo tanto, dichos valores hubiesen sido equivalentes a los valores máximos asignados en cada una de las tablas (los valores que entregaban una nota igual a 7).

Luego, la alternativa escogida por el SSO permite a oferentes que no cumplen con dichos máximos, compensar los mayores riesgos que ello implica para el licitante por la vía de un menor precio. Esto no es anticompetitivo, sino todo lo contrario: lejos de impedir la participación de quienes no tengan los puntajes máximos en estos ítems de la evaluación, les permiten igualmente participar de las licitaciones, lo que no ocurriría en la alternativa.

V. Conclusiones

El presente informe se refiere a la naturaleza de un procedimiento licitatorio, y a las obligaciones que los organismos públicos deben cumplir en el diseño de licitaciones de compras públicas. Por definición, una licitación es un proceso de selección en que se establecen requisitos y se ponderan atributos, de forma que el licitante logre conseguir la mejor relación precio-calidad de los bienes y servicios que el Estado adquiere. Esta búsqueda de la mejor relación precio-calidad no solo atiende al precio -de hecho, la normativa de compras públicas chilena prohíbe que el precio sea la única variable-, sino también a criterios cualitativos. Atender exclusivamente al precio como criterio de selección tiene una serie de limitaciones, ya que no permite: (i) considerar criterios cualitativos; (ii) considerar soluciones innovadoras; ni (iii) considerar los costos que la adquisición generará durante su ciclo de vida.

Desde el punto de vista de la libre competencia, el diseño de bases de licitación no debe restringir la participación de oferentes de manera injustificada o desvinculada de los requerimientos y objetivos de la entidad licitante. En cualquier caso, para que ello sea una posibilidad, es necesario que la entidad licitante tenga poder de mercado, lo que no ocurre en la especie.

Las licitaciones bajo análisis en el presente informe corresponden a aquellas en que la licitación es solo un mecanismo de contratación, a partir del cual una entidad pública

El volumen de negocios mínimo anual exigido a los operadores económicos no excederá del doble del valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados como los relacionados con los riesgos especiales vinculados a la naturaleza de las obras, los servicios o los suministros. El poder adjudicador indicará las principales razones de la imposición de dicho requisito en los pliegos de la contratación o en el informe específico a que se refiere el artículo 84.

La ratio entre, por ejemplo, activo y pasivo podrá tenerse en cuenta si el poder adjudicador especifica en los pliegos de la contratación los métodos y criterios que se utilizarán para valorar este dato. Estos métodos y criterios deberán ser transparentes, objetivos y no discriminatorios”.

selecciona a un proveedor de bienes o servicios dentro de un mercado preexistente, en el que el licitante es solo un cliente más. Por lo tanto, el mercado relevante de producto corresponde al de la construcción de obras civiles en general, o bien al de la construcción de obras civiles en salud. Se deja abierta la definición a dos alternativas posibles, puesto que bajo cualquier definición la conclusión es la misma, esto es, que el SSO no tiene poder de compra, por lo que no tiene la capacidad de excluir a oferentes del mercado. Esta aseveración es cierta para todos los Servicios de Salud, dado que son agentes independientes en el mercado. Desde un punto de vista geográfico, el mercado relevante es nacional.

En cuanto a los requisitos de capacidad económica y experiencia exigidos en las licitaciones cuestionadas, la inclusión de estos requisitos -por su propia naturaleza- puede prevenir que ciertos oferentes compitan o concursen en una licitación. Sin embargo, en la medida que estos requisitos sean razonablemente necesarios para satisfacer adecuadamente el contrato, no serán arbitrarios, y mucho menos anticompetitivos. Dadas las evidentes diferencias en la calidad de los servicios de construcción de distintos oferentes, es necesario incorporar variables cualitativas a la evaluación de las licitaciones, de forma de asegurar la mejor relación precio-calidad en la adquisición de los bienes licitados.

Las exigencias de capacidad económica y experiencia de las licitaciones del SSO están orientadas a mitigar o reducir los riesgos inherentes a la actividad de la construcción, los que se incrementan cuando el contratista tiene menor experiencia y capacidad financiera para llevar a cabo la obra. Adicionalmente, las licitaciones cumplían con el requisito de transparencia, en el sentido que proporcionaban mayor puntaje a quienes tuvieran más experiencia y más capacidad económica, conforme a tablas objetivas, escalonadas y conocidas por los oferentes con antelación. Estas tablas reflejan el hecho que, al menos en el caso de las licitaciones bajo análisis, era preferible un oferente con más experiencia y capacidad económica que uno con menos, tanto desde el punto de vista del licitante como para acotar todos los riesgos antes mencionados. Además, su forma de ponderación impide que aquellas empresas que sobrepasen con creces el nivel de experiencia o capacidad económica que entrega la nota máxima en esos subfactores, puedan verse favorecidas respecto de aquellas que ya tienen experiencia o capacidad económica suficiente de acuerdo a las mismas bases.

Por último, si el SSO hubiese establecido un mínimo de experiencia y capacidad económica como criterios de admisibilidad de las ofertas, dichos valores hubiesen debido incorporar todo el mayor valor que el licitante asignaba a estas variables, de modo que necesariamente habrían debido ser equivalentes a los valores máximos que atribuían la nota 7,0. Eso implica que, bajo esa alternativa, los oferentes que no tuvieran el máximo exigido en alguno de esos dos ítems, no podrían siquiera haber participado. Claramente, esa alternativa es menos competitiva que la que el SSO tomó.