

Santiago, siete de marzo de dos mil diecinueve.

VISTOS:

A. Demanda de Constructora Denco Ltda.

1. A fojas 253, el 7 de noviembre de 2017, Constructora Denco Limitada (en adelante indistintamente la “Constructora”, “Denco” o “Demandante”) presentó una demanda contra el Servicio de Salud de Osorno (en adelante indistintamente “SS Osorno” o “Demandada”) por haber establecido en las bases de licitación “Mejoramiento Hospital de Puerto Octay”, Licitación ID N° 931768-66-LR17, (en adelante “Licitación Puerto Octay”) y en las bases de licitación “Mejoramiento Hospital Río Negro”, Licitación ID N° 931768-64-LR17, (en adelante “Licitación Río Negro”), una pauta de evaluación que atentaría contra la libre competencia al establecer una barrera de entrada al mercado de la construcción que le impediría a ella competir en igualdad de condiciones. La Demandante fundamenta su demanda en los siguientes hechos:

1.1. En primer lugar, analiza la Licitación Puerto Octay y hace presente que la resolución que aprueba las bases de licitación –Resolución Afecta N° 38 de 4 de octubre de 2017 del SS Osorno– toma como precedente para su elaboración las bases de licitación aprobadas por el Ministerio de Salud (“MINSAL”) en Resolución N° 134 de 2015, que contienen el formato tipo de bases administrativas para la construcción, habilitación, normalización, reposición o remodelación de infraestructura en salud. La Constructora identifica problemas de competencia en la evaluación de la capacidad económica y la experiencia de los oferentes;

1.2. Respecto de la capacidad económica del oferente, indica que las bases de licitación establecen un mínimo de capacidad económica para poder participar, evaluando este aspecto mediante una fórmula escalonada. Agrega que la nota obtenida en el ítem “capacidad económica” pondera un 23,2% de la nota final. Concluye que lo anterior dejaría a empresas aptas para efectuar la obra licitada en una posición competitiva desfavorable en relación con empresas *de grandes capitales*, ya que deberán presentar precios bajos, a veces cercanos al costo, para tener una chance de ser adjudicatarios. Agrega que “*tener más o menos capacidad económica no es indiciario del éxito de la obra*”, lo que quedaría probado con los fracasos del MINSAL en la construcción de hospitales;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.3. En cuanto a la experiencia del oferente, medida en metros cuadrados construidos en obras de salud, la Demandante señala que las bases de licitación la evalúan de la misma forma que la capacidad económica, es decir, a través de una fórmula escalonada, por lo que se generan los mismos problemas de competencia identificados en ese caso. Indica, a su vez, que la nota obtenida en este ítem pondera un 24% en la nota final de adjudicación;

1.4. Luego, analiza la Licitación Río Negro, aprobada por el SS Osorno mediante la Resolución Afecta N° 39 de 4 de octubre de 2017, e indica que la forma de evaluar la capacidad económica y la experiencia de los oferentes es la misma utilizada para la Licitación Puerto Octay;

1.5. Respecto del sistema de evaluación contenido en las bases de la Licitación Puerto Octay y de la Licitación Río Negro, concluye que éste debiese seguir un sistema basado en un modelo de competencia en precios o modelo de Bertrand, lo que sería más eficiente y evitaría el pago de sobrepagos por parte de los servicios de salud del país;

1.6. La demandante agrega que, en términos generales, la acumulación de experiencia y especialización puede constituir una legítima barrera de entrada para asegurar la calidad de la construcción de las obras licitadas, pero que su evaluación debe obedecer a parámetros objetivos que identifiquen, en forma previa, qué empresas cumplen con la experiencia necesaria para la ejecución de la obra licitada. En este sentido, señala que los Registros de Contratistas, como los utilizados por el Ministerio de Obras Públicas (“MOP”), permiten identificar a priori las empresas que cumplen los requisitos técnicos para la ejecución de la obra licitada, de tal forma que al momento en que estas presenten sus ofertas, compitan en igualdad de condiciones. Siguiendo con esta argumentación, la Demandante agrega que la construcción de un hospital de baja complejidad exige el cumplimiento de una serie de especificaciones técnicas y requerimientos de la autoridad sanitaria, las que están contenidas en las bases de licitación. De esta forma, el contratista, al igual que en la construcción de cualquier otro proyecto de edificación, debe cumplir con *“todo lo especificado en el proyecto”* e indica que las especificaciones de los centros de salud pueden ser cumplidas por empresas que ya forman parte de un registro de contratistas;

1.7. A su vez, respecto a la especialidad necesaria para construir una obra de salud, la demandante señala que estas especialidades pueden ser subcontratadas a empresas especialistas en cada una de ellas. De esta forma concluye que no

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

existe una razón técnica que explique la alta ponderación que se hace de la experiencia en las bases de licitación objeto de autos;

1.8. En razón de lo anterior, la Demandante solicita al Tribunal:

- (i) Que declare que la ponderación que se hace de la experiencia y la capacidad económica en las Resoluciones Afectas N° 38 y N° 39 que modifican la Resolución Afecta N° 570 de 27 de octubre de 2016, que aprueban las bases de licitación para la ejecución de las obras “Mejoramiento Hospital de Puerto Octay” y “Mejoramiento Hospital de Río Negro” respectivamente, son atentatorias contra la libre competencia;
- (ii) Que ordene que sean modificadas por un sistema que, reconociendo requisitos mínimos de experiencia y capacidad económica, evalúe a los oferentes en igualdad de condiciones; y
- (iii) Que dicte, para los efectos del número (ii), instrucciones precisas en el orden de fijar la existencia de condiciones objetivas, generales, uniformes y no discriminatorias para fomentar la participación de la mayor cantidad de oferentes posibles en los procesos de licitación de establecimientos de salud, para que puedan entrar nuevos actores al mercado.

B. Contestación del Servicio de Salud Osorno

2. A fojas 707, el 27 de diciembre de 2017, el Servicio de Salud Osorno contestó la demanda de autos, solicitando su rechazo con expresa condena en costas, atendido lo siguiente:

2.1. Indica que, desde un punto de vista histórico, las bases de las licitaciones hospitalarias eran confeccionadas por cada Servicio de Salud hasta el año 2013, cuando entró en vigencia la Resolución Afecta N° 1/2013 de la Subsecretaría de Redes Asistenciales que aprobó bases tipo, con el objeto de estandarizar estos procesos. Dichas bases dieron preponderancia al precio al establecer una ponderación del 70% de la oferta económica. Agrega que en la aplicación de estas bases tipo, los proyectos licitados no fueron entregados dentro del plazo, debiendo el licitante incurrir en gastos adicionales para finalizar la obra. Atribuye lo anterior a que los adjudicatarios fueron empresas que no contaban con la capacidad económica necesaria para poder desarrollar las obras, o bien, no contaban con la experiencia adecuada para la construcción de establecimientos de salud. Atendido

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ese antecedente, las bases tipo contenidas en la Resolución N° 1/2013 fueron modificadas por la Resolución N° 134/2015. Esta nueva resolución, además de reconocer los problemas asociados a la adjudicación de construcción de obras hospitalarias con atención casi exclusiva al precio y plazo, estableció unas nuevas bases de licitación tipo que consideraron la capacidad económica y la experiencia del oferente para adjudicar la obra. En cuanto a lo primero, se exige una capacidad económica equivalente al menos al 10% del precio licitado; y en lo relativo a la experiencia, se busca la participación de empresas especializadas premiándolas con puntaje, sin perjuicio de que empresas sin experiencia pueden de todas formas participar en la licitación;

2.2. En relación con las bases de licitación objeto de autos, el SS Osorno señala que se encuentra obligado por ley a establecer en dichas bases de licitación las condiciones para alcanzar la combinación más ventajosa entre el bien o servicio licitado y los costos asociados a ello. A partir de ello, argumenta que no era posible atender exclusivamente al precio al momento de diseñar las bases de licitación, por lo que se agregaron criterios de capacidad económica y experiencia del oferente para garantizar “*en la mayor medida posible*” que el adjudicatario ejecute la obra sin generar costos adicionales para el ente licitante. Para ello se contrataron asesores expertos, quienes confirmaron la necesidad de incluir criterios de capacidad económica y experiencia para elegir al adjudicatario;

2.3. Agrega que las bases de licitación objeto de autos no siguieron íntegramente lo propuesto en las bases tipo del MINSAL, sino que hicieron determinados cambios con el objeto de aumentar la intensidad competitiva: (i) se facilitó la forma de acreditar la experiencia de los profesionales; (ii) se rebajó el porcentaje mínimo del valor de obras en ejecución de un 15% a un 10%; y (iii) se rebajó la exigencia de experiencia de los profesionales incluidos en la evaluación;

2.4. Explica que la utilización de un sistema de registros como los del MOP no es posible porque la legislación aplicable a los servicios de salud no se los permite;

2.5. Luego, la Demandada opone la excepción perentoria de falta de legitimación activa. Funda dicha excepción en que a la Demandante no le afectarían ni podría verse afectada en virtud de los procesos licitatorios que impugna, ya que no habría participado en ellos; no habría manifestado si realmente quiere participar; no habría cumplido con los requisitos habilitantes para poder participar en dichos procesos; ni habría pedido que sean anulados para luego poder participar;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.6. En relación con los hechos acusados, el SS Osorno sostiene que su actuar, además de no haber sido arbitrario o discriminatorio, no tiene la aptitud de afectar la libre competencia. Indica que los procesos licitatorios impugnados no tienen la entidad suficiente para producir o tender a producir efectos en el mercado relevante afectado, el que define como el mercado de la contratación de servicios para la ejecución de obras civiles. Al respecto señala que las licitaciones en las que el Estado es el licitante pueden tener dos grandes fines: por un lado, pueden tener por objeto la adjudicación de un servicio que se prestará en condiciones no competitivas, como la licitación de plantas de revisión técnica; y, por otro, pueden buscar la selección de los proveedores de bienes y servicios que necesita para el ejercicio de sus actividades. En el primer caso, el mercado relevante será el de la licitación. En el segundo caso, el mercado relevante será aquel en el que incide la licitación. De lo anterior colige que, para que exista una afectación a la libre competencia, el licitante debe tener poder de compra en el mercado en el que incide la licitación. En este sentido, sostiene que el SS Osorno no tiene tal poder de compra, por lo que no puede haber afectado la libre competencia;

2.7. Señala que las licitaciones de autos se relacionan con el sector de la construcción. Desde el punto de vista de la oferta, habría empresas que se enfocan en un rubro particular y otras que se dedicarían a más de uno. Desde el punto de vista de la demanda, distingue la demanda de familias, de empresas y del sector público;

2.8. Con respecto a la demanda del sector público, afirma que proviene principalmente del MOP, sin perjuicio de que cerca del 5% del gasto estatal en infraestructura la realiza el MINSAL, por sí o a través de los servicios de salud. En este sentido, señala que los proyectos de Puerto Octay y Río Negro representarían el 1,5% del total de inversiones realizadas por el MINSAL en infraestructura hospitalaria en el período en que se prolongan dichas inversiones, que calculan en seis años. A partir de estos datos, concluye que, aun cuando se considerase la definición más conservadora del mercado afectado por las licitaciones de autos, el SS Osorno no tiene poder de compra. Agrega que si se considerase la inversión total realizada por el Estado en infraestructura, o las obras en otro tipo de infraestructura como colegios, comisarías y otros, incluidos por Denco en su demanda, la participación del SS Osorno se tornaría aún más irrelevante;

2.9. En lo que respecta a las conductas acusadas, sostiene que las bases de licitación discutidas en autos no establecen una barrera de entrada anticompetitiva. Señala que Denco no indica de qué forma se configuraría la barrera de entrada que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

acusa sino que se limita a señalar que la licitación está dirigida a “*contratistas pertenecientes a un mercado de pocos*”. Agrega que la forma en que las bases ponderan la experiencia y la capacidad económica de los oferentes tiene una justificación de carácter técnico, en orden a asegurar que quien resulte adjudicatario se encuentre en condiciones de terminar la obra. En tal sentido, indica que las exigencias de experiencia y capacidad económica no son una barrera de entrada sino que un requisito objetivo que se aplica a todos los eventuales oferentes. Agrega que en la exigencia de ambos requisitos existe un piso a partir del cual todos los oferentes obtienen el mismo puntaje, por lo que no siempre se beneficia quien acredite más experiencia o capacidad económica;

2.10. Explica que la pauta evaluativa de las bases de las licitaciones objeto de autos amplía el número de potenciales oferentes ya que permite participar a empresas con baja experiencia o capacidad económica. A su vez, dichas bases contemplan la posibilidad de que los oferentes se unan con el objeto de presentar ofertas más competitivas, a través de la figura de la “Unión Temporal de Proveedores” (“UTP”);

2.11. Por último, indica que las ofertas presentadas en ambos procesos de licitación son una demostración de que las bases no configuran una barrera de entrada. En efecto, afirma que dentro de los oferentes existe una UTP y empresas extranjeras con escasa o nula experiencia en Chile. A su vez, hace un análisis de la aplicación de los criterios de exigencia y capacidad económica en cada una de las ofertas presentadas en los procesos licitatorios; en una primera instancia según las bases de licitación y en una segunda instancia bajo supuestos distintos a los señalados en las bases de licitación. Al respecto concluye que: (i) la forma en la que se pondera la capacidad económica es irrelevante desde el punto de vista de la libre competencia ya que todos los oferentes, con excepción de uno, tendrían nota 7; y (ii) de cualquier forma en que se pondere la experiencia en las bases de Puerto Octay, el adjudicatario sería el mismo; y en el caso de Río Negro, el adjudicatario, si se sigue la ponderación establecida en las bases sería una empresa cuyo precio ofertado es solo 0,43% superior al que resultaría adjudicatario en caso de seguirse otra forma de ponderación, pero cuya experiencia en la construcción de obras de salud sería superior.

C. Ingreso de Constructora LN SpA como tercero coadyuvante

3. A fojas 762, Constructora LN SpA (“Constructora LN”) solicitó intervenir como tercero coadyuvante de la Demandante y a fojas 774, se dio lugar a dicha solicitud.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Constructora LN indica que es una empresa dedicada a la construcción de obras civiles y que, habiendo asistido a las visitas de terreno de las licitaciones de Puerto Octay y Río Negro, no presentó las ofertas respectivas, atendida la *imposibilidad objetiva* de adjudicarse las obras licitadas. A su vez, realiza un análisis de las ofertas presentadas e indica que las empresas con menor calificación en el ítem experiencia no podrán adjudicarse el contrato, principalmente por el efecto que tendría esta calificación en el precio ofertado por estas empresas.

D. Resolución que recibe la causa a prueba

4. A fojas 838, enmendada por resolución de fojas 845, se recibió la causa a prueba, fijándose como hechos substanciales, pertinentes y controvertidos los siguientes: 1) *Estructura, características y condiciones de competencia en el o los mercados en que incidirían las conductas imputadas en autos, existentes desde el año 2012 hasta la fecha de presentación de la demanda;* y 2) *Efectos en la competencia de las pautas de evaluación contenidas en las bases de licitación aprobadas por las resoluciones afectas N° 38 y N° 39 del Servicio de Salud de Osorno. Hechos y circunstancias que justificarían los términos de las referidas pautas de evaluación.*

E. Antecedentes probatorios

5. Las partes acompañaron la siguiente prueba documental:

5.1. La Demandante acompañó, a fojas 253: (i) copia del certificado de inscripción en el MOP de la empresa Constructora Denco Ltda.; (ii) copia del certificado de capacidad económica de Denco; (iii) copia del análisis de la pauta evaluativa de las bases de la licitación de Río Negro; (iv) copia de la resolución afecta N° 38 del SS Osorno; y (v) copia de capturas de pantalla del historial de mercado público de las licitaciones de autos con el calendario de las fechas de las licitaciones;

5.2. Constructora LN acompañó, a fojas 762: (i) dos informes sobre las ofertas presentadas en la licitación de Río Negro; (ii) capturas de pantalla de la apertura de ofertas de las licitaciones de autos; y (iii) copia de las actas de visitas a terreno de las licitaciones de autos. A fojas 836, acompañó copia del decreto de adjudicación N° 47 del Hospital de Puerto Octay e informe de evaluación de propuestas;

5.3. Denco y Constructora LN acompañaron, a fojas 1021, el documento titulado "*Informe N° 1: Historial y Efectos de las Bases en Licitaciones de los Hospitales de Puerto Octay y Río Negro*", elaborado por Alonso Zúñiga Irigoín, junto a sus respectivos anexos;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

5.4. El SS Osorno acompañó, a fojas 510: (i) copia del Informe Infraestructura Mejoramiento Hospital de Río Negro; (ii) copia del Informe Infraestructura Mejoramiento Hospital Puerto Octay; (iii) copia del boletín comercial de la empresa Constructora Denco Ltda.; (iv) copia de las actas de visitas a terreno de la licitación para la normalización del Hospital de Queilen; (v) copia de las actas de visitas a terreno de la licitación Puerto Octay; (vi) copia de las actas de visitas a terreno de la licitación Río Negro; (vii) copia del decreto supremo N° 50 del MINSAL; (viii) copia de la resolución N° 38 del MINSAL; (ix) informes de evaluación “Mejoramiento Hospital Psiquiátrico Philippe Pinel de Putaendo”, “Normalización del Hospital de Salamanca” y “Normalización del Hospital de Pitrufoquen”; (x) copia del acta de evaluación “término de obra normalización Hospital Carlos Cisternas de Calama”; y (xi) copia de la resolución afecta N° 0170 y copia de la resolución afecta N° 0718. A fojas 577, acompañó: (i) copia de los formularios N° 4 sobre capacidad económica presentada por cada uno de los oferentes de las licitaciones de Puerto Octay y de Río Negro; (ii) copia de los formularios N° 6A sobre experiencia del proveedor en obras de salud realizada en el extranjero presentada por cada uno de los oferentes de las licitaciones de Puerto Octay y de Río Negro; (iii) copia de los formularios N° 7 sobre experiencia del proveedor en obras equivalentes nacional, presentada por cada uno de los oferentes de las licitaciones de Puerto Octay y de Río Negro; (iv) copia de los formularios N° 7A sobre experiencia del proveedor en obras equivalentes en el extranjero presentada por cada uno de los oferentes de las licitaciones de Puerto Octay y de Río Negro. A fojas 615, acompañó un certificado de 20 de diciembre de 2017, emitido por la Dra. Sandra Jiménez Varas, Directora (S) del SS Osorno. A fojas 3014, acompañó: (i) copia de la presentación “Coordinación de Concesiones: Infraestructura Hospitalaria, la nueva oferta de infraestructura para el sector salud” del MOP de fecha 6 de noviembre de 2012; (ii) copia del “Informe de Gestión de la División de Inversiones 2014-2018” del MINSAL, de febrero de 2018; (iii) copia de la presentación “Plan Nacional de Inversiones” realizada por la Ministra de Salud de enero de 2018; y (iv) copia de una impresión de la página web <https://plandeinversionesensalud.minsal.cl>.

5.5. A solicitud de SS Osorno se realizaron las siguientes exhibiciones de documentos:

- a) Acta de fojas 1390, la Cámara Chilena de la Construcción A.G. exhibió: (i) informe de gestión división de inversiones de 2014 a 2018 elaborado por el MINSAL; (ii) listado de empresas que pertenecen a dicha Asociación;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

b) Acta de fojas 1391, Denco exhibió: (i) tres contratos vigentes celebrados con la Dirección de Chilecompras o Chileproveedores; (ii) tres contratos celebrados para la construcción de obras civiles. En la misma audiencia Constructora LN exhibió: (i) 18 contratos vigentes celebrados con la Dirección de Chilecompras o Chileproveedores; (ii) dos contratos celebrados para la construcción o mejoramiento de hospitales o clínicas; (iii) 24 actas de visitas a terreno para participar en procesos de licitación de hospitales; (iv) 14 contratos celebrados para la construcción de obras civiles.

5.6. A solicitud del SS Osorno se ofició al MINSAL, al MOP, al Servicio de Impuestos Internos, a la Dirección de Compras y Contratación Pública, a la Asociación de Clínicas de Chile A.G. y a todos los servicios de salud del país. Respondieron los mencionados oficios el MOP (fojas 1298), el Servicio de Impuestos Internos (fojas 1300), el Servicio de Salud Metropolitano Oriente (fojas 1409), el Servicio de Salud Metropolitano Occidente (fojas 1417), la Dirección de Compras y Contratación Pública (fojas 1421), el Servicio de Salud Metropolitano Sur (fojas 1448), el Servicio de Salud Metropolitano Norte (fojas 1457), el Servicio de Salud Araucanía Norte (fojas 1689), el Servicio de Salud Chiloé (fojas 1695), el Servicio de Salud Atacama (fojas 1702), el Servicio de Salud Viña del Mar – Quillota (fojas 1704), el Servicio de Salud Iquique (fojas 1719), el Servicio de Salud Metropolitano Sur Oriente (fojas 1746), el Servicio de Salud Ñuble (fojas 1763), el Servicio de Salud Coquimbo (fojas 1766), el Servicio de Salud Arica (fojas 1767), el Servicio de Salud Libertador General Bernardo O'Higgins (fojas 1964), el Servicio de Salud de Magallanes (fojas 1976), el Servicio de Salud Valdivia (fojas 1988), el Servicio de Salud Maule (fojas 1994), el Servicio de Salud de Aysén (fojas 2007), el Servicio de Salud Concepción (fojas 2044), el Servicio de Salud Metropolitano Central (fojas 2060), el Servicio de Salud Araucanía Sur (fojas 2096), el Servicio de Salud Metropolitano Central (fojas 2127), el Servicio de Salud Antofagasta (fojas 2131), el Servicio de Salud Valparaíso – San Antonio (fojas 2163), el Servicio de Salud Arauco (fojas 2182), el Servicio de Salud Aconcagua (fojas 2383), el Servicio de Salud Talcahuano (fojas 2391), y el Servicio de Salud BíoBío (fojas 2640).

6. Las partes rindieron la siguiente prueba testimonial:

6.1. Denco presentó como testigo a Alonso Javier Zúñiga Irigoien (acta a fojas 1048 y transcripción a fojas 2898).

6.2. El SS Osorno presentó como testigos a Gonzalo Fernando Cárdenas Díaz (acta a fojas 1061 y transcripción a fojas 1192) y a María Graciela Sánchez Abarzúa (acta a fojas 1064 y transcripción a fojas 1161).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

7. Absolución de posiciones: se citó a absolver posiciones al gerente general de Constructora Denco Ltda., el señor Mario Díaz Muñoz, quien no compareció ni al primer ni al segundo llamado, por lo que se le tuvo por confeso a fojas 2120 (pliego a fojas 1046).

8. Informes económicos: el SS Osorno presentó, a fojas 3049, el informe económico titulado “Respecto de licitaciones para construcción de obras de los Hospitales de Puerto Octay y Río Negro”.

9. A fojas 2183, el 7 de agosto de 2018, este Tribunal declaró vencido el término probatorio y ordenó traer los autos en relación. La vista de la causa se efectuó el 15 de noviembre de 2018, según consta en certificado que rola a fojas 3703.

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que, como se señaló en la parte expositiva, el 7 de noviembre de 2017 Denco demandó al SS Osorno por haber establecido en las bases de las Licitaciones Puerto Octay y Río Negro una pauta de evaluación que atentaría contra la normativa de libre competencia, específicamente, el artículo 3° inciso 1° del D.L. N° 211. En particular, sostiene que la forma en que las bases ponderan la experiencia y la capacidad económica de los oferentes constituiría una barrera de entrada al mercado que le impediría competir en igualdad de condiciones con otras empresas de mayor tamaño. Lo anterior, además, permitiría a estas últimas cobrar sobreprecios;

Segundo: Que, por su parte, el SS Osorno solicitó el rechazo de la demanda, con costas, pues sostiene que la Demandante carece de legitimación activa ya que no participó del proceso de licitación, no manifestó su intención de participar ni cumplió con los requisitos habilitantes para ello. Además, arguye que los procesos licitatorios impugnados no tienen la entidad suficiente para producir o tender a producir efectos en el mercado relevante, el que define como la contratación de servicios para la ejecución de obras civiles. Por último, señala que la ponderación de la experiencia y la capacidad económica de los oferentes está justificada en criterios técnicos y no genera barreras de entrada anticompetitivas;

Tercero: Que, en forma previa al análisis de la conducta denunciada en autos, corresponde resolver la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la Demandada. Sobre esta materia, en la Sentencia N° 98/2010 se señaló que “[...] *para que un agente económico pueda ser considerado víctima directa de un atentado en contra de la libre competencia, ha de participar actual o potencialmente*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en el mercado que es directamente afectado por la presunta actividad anticompetitiva de otro agente económico [...]”;

Cuarto: Que, de conformidad con lo expuesto, un competidor potencial puede ser considerado sujeto pasivo inmediato de un atentado en contra de la libre competencia. Así, atendido que la Demandante se dedica a la construcción de diversas obras civiles en el sector industrial, educacional y habitacional, ella es un competidor *potencial* en el mercado supuestamente afectado por los hechos objeto de la demanda. En consecuencia, el interés invocado satisface las exigencias de legitimación activa para demandar en esta sede;

Quinto: Que esta conclusión no se altera por el hecho que la Demandante no haya participado en la licitación ni haya cumplido con los requisitos habilitantes para ello. En efecto, precisamente el que no haya participado en la licitación es lo que le otorga el carácter de competidor *potencial*, en contraposición a competidor *actual o cierto* en las licitaciones impugnadas. Por lo demás, lo alegado por Denco, precisamente, es que las supuestas barreras de entrada establecidas en las bases de licitación le habrían impedido participar en la misma;

Sexto: Que la legitimación de la Demandante tampoco se ve afectada por no haber solicitado expresamente la declaración de la nulidad de la licitación. Es perfectamente posible que la víctima de un atentado a la libre competencia no requiera en su demanda que se retrotraigan las cosas al estado anterior a la infracción, sino que, por ejemplo, persiga que cese la conducta, que se establezca la responsabilidad de quien la ha ejecutado o que se impida la reiteración de la misma;

Séptimo: Que, por consiguiente, la excepción de falta de legitimación activa de la Demandante será rechazada;

Octavo: Que, para evaluar si la conducta acusada impide, restringe o entorpece la libre competencia o tiende a producir dichos efectos, es necesario determinar, en primer lugar, el mercado relevante. En ese sentido, se desprende de la demanda que, a juicio de la Demandante, el mercado relevante sería el de la licitación misma. Por su parte, a fojas 781 Constructora LN indicó expresamente que el mercado relevante de autos sería “*el que crea cada licitación*”, definición también recogida en el informe acompañado por Denco a fojas 1021, titulado “Informe N° 1: Historial y Efectos de las Bases en las Licitaciones de los Hospitales de Puerto Octay y Río Negro”;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Noveno: Que, por otra parte, a fojas 718 el SS Osorno definió el mercado relevante como “*el mercado de la contratación de servicios para la ejecución de obras civiles*”. No obstante, a fojas 3049 acompañó el informe económico de Butelmann Consultores “Respecto de licitaciones para construcción de obras de los Hospitales de Puerto Octay y Río Negro”, el cual menciona distintas alternativas de mercado relevante posibles. A su juicio, el supuesto más amplio de mercado del producto consistiría en la construcción de obras civiles, ya que la Demandante provee servicios de construcción de obras civiles en general y no solo en el sector salud, mientras que el supuesto más restringido sería la construcción de infraestructura hospitalaria, por cuanto estas obras presentarían características especiales que las diferenciarían de otras obras civiles;

Décimo: Que, en el contexto de una licitación pública, para efectos de delimitar el mercado relevante en la dimensión del producto, es necesario dilucidar cómo actuó el SS Osorno cuando convocó a las Licitaciones Puerto Octay y Río Negro. En este caso, se debe determinar si, en su calidad de organismo de la administración del Estado, la Demandada actuó como un agente económico, esto es, como demandante de bienes o servicios, o bien, como un ente regulador que asigna derechos o recursos escasos, reemplazando la competencia *en el* mercado por competencia *por el* mercado para que el adjudicatario sirva un mercado de manera monopólica por un período de tiempo. En el primer caso, el mercado relevante involucrado será aquel en el que inciden los bienes o servicios licitados (considerandos 27 y siguientes, Sentencia N° 114/2011); mientras que, en el segundo, el mercado relevante será precisamente la licitación (considerando 10, Sentencia N° 138/2014);

Undécimo: Que las bases de las licitaciones impugnadas dan cuenta de que tanto la Licitación Puerto Octay como la Licitación Río Negro tuvieron por objeto la adquisición de bienes o servicios (construcción de infraestructura hospitalaria) y no la asignación de un servicio que el adjudicatario prestaría luego en condiciones monopólicas. En efecto, en ambos casos las bases de licitación indican que se rigen por la Ley N°19.886 sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios para el desarrollo de las funciones de los órganos de la administración del Estado;

Duodécimo: Que, en consecuencia, el mercado relevante está constituido por aquel en que inciden los bienes o servicios licitados y no se limita a las licitaciones específicas impugnadas por la Demandante. Por lo anterior y atendido el objeto de las licitaciones, el mercado relevante del producto es el de prestación de servicios

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

para la construcción o mejoramiento de infraestructura en obras civiles en el sector salud, lo cual coincide con el escenario más conservador definido en el informe económico de fojas 3049;

Decimotercero: Que, respecto del mercado relevante geográfico, en el informe antes citado se indica que este depende de la envergadura de las obras, ya que aquellas de mayor tamaño y presupuesto atraen a oferentes ubicados a mayor distancia. Así, obras de más de 1.000 metros cuadrados atraerían a oferentes de todo el territorio nacional, dado que no existen restricciones para la oferta más allá de los costos de operación relativos a la ubicación geográfica de los oferentes. Atendido que los hospitales objeto de las licitaciones superan los 3.000 metros cuadrados cada uno y que los adjudicatarios de dichas licitaciones fueron, en la práctica, empresas domiciliadas en la ciudad de Santiago (a pesar de que las obras se situaban en la Región de Los Lagos), es razonable concluir que el mercado relevante geográfico se extiende a todo el territorio nacional;

Decimocuarto: Que, en definitiva, el mercado relevante se puede definir como el de construcción de infraestructura hospitalaria de más de 1.000 metros cuadrados en todo el territorio nacional;

Decimoquinto: Que, una vez definido el mercado relevante en el que inciden las conductas denunciadas, se debe determinar si la Demandada como ente licitante tiene la capacidad para afectar la oferta, esto es, un poder de compra del cual podría abusar. En ese sentido, las dos licitaciones que dan origen a la demanda de autos corresponden al 5,8% de la edificación autorizada en obras de salud a nivel nacional en 2017, según consta en el informe económico de fojas 3049;

Decimosexto: Que la participación de mercado del SS Osorno es bastante menor, lo que descarta que tenga un poder de compra que le permita excluir del mercado relevante a otros participantes. En efecto, si ni siquiera ha sido probado el poder de mercado de la Demandada, ésta no puede incurrir en abuso alguno, tal como lo ha señalado este Tribunal (Sentencia N° 142/2015, confirmada por la Excma. Corte Suprema mediante sentencia de 30 de noviembre de 2015 en causa Rol 1.646-15). En consecuencia, es innecesario analizar las conductas imputadas por la actora;

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 3º y 26º del Decreto Ley N° 211,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SE RESUELVE:

RECHAZAR la excepción perentoria de falta de legitimación activa deducida por el Servicio de Salud de Osorno.

RECHAZAR la demanda interpuesta a fojas 253 por Constructora Denco Ltda.

NO CONDENAR en costas a Constructora Denco Ltda., por haber tenido motivo plausible para litigar.

Notifíquese y archívese en su oportunidad.

Rol C N° 332-17

Pronunciada por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales, Sra. Daniela Gorab Sabat y Sra. María de la Luz Domper Rodríguez. Autorizada por la Secretaria Abogada, María José Poblete Gómez.