

ANT.: Denuncia en contra de Hospital Santiago Oriente Dr. Luis Tisné Brousse y otros por posible infracción a la libre competencia en bases de licitación. Rol N° 2467-17 FNE.

Mat.: Minuta de archivo.

Santiago, 29 JUL. 2018

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
DE : JEFE DE DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS

Por la presente vía, se recomienda disponer el archivo de la Investigación del Antecedente, en virtud de las consideraciones que a continuación se exponen:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 29 de septiembre de 2017, la Contraloría Regional Metropolitana remitió a la Fiscalía Nacional Económica los antecedentes de un reclamo que recibió respecto de tres procesos de licitación de hospitales públicos¹. Estas licitaciones tenían por objeto la adquisición del suministro de preparaciones magistrales de nutrición parenteral -para neonatos y adultos-, con equipos en comodato; así como también, para el caso de uno de los hospitales denunciados, la contratación del suministro de preparaciones oncológicas y los respectivos equipos en comodato. En el análisis de la misma, el órgano contralor consideró que podrían existir infracciones en contra de la Libre Competencia, cuya investigación correspondiera a esta Fiscalía.
2. La existencia de una normativa específica que regule los actos de la administración del Estado y sancione sus contravenciones, en particular en este

¹ ID N°1959-114-LR16, ID N°1380-8-LQ17 e ID N°2080-32-LQ17.

caso, la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, no excluye la aplicación de la normativa de competencia. En ciertos casos ambas normativas pueden ser aplicables, por cuanto ellas protegen bienes jurídicos distintos, contando con herramientas y sanciones específicas para resguardarlos.

3. En consideración a lo anterior, esta Fiscalía procedió a analizar los antecedentes puestos en nuestro conocimiento.

II. HECHOS DENUNCIADOS

4. Los procesos de licitación denunciados ante la Contraloría Regional Metropolitana corresponden al ID N°1959-114-LR16 del Hospital Santiago Oriente Dr. Luis Tisné Brousse (Hospital Luis Tisné), al ID N°1380-8-LQ17 del Hospital Doctor Hernán Henríquez Aravena (Hospital Henríquez Aravena) y al ID N°2080-32-LQ17 del Hospital Regional Libertador Bernardo O'Higgins (Hospital Libertador B.O.).
5. Para el caso del Hospital Luis Tisné, se denuncia que el proceso de licitación, cuyo objeto era la adquisición de preparados magistrales de nutrición parenteral², y de preparados oncológicos, habría sido declarado desierto sin fundamento suficiente, y que las tres licitaciones con las que este establecimiento reemplazó el proceso original (ID N° 1959-32-LQ17, 1959-33-LQ17 y 1959-34-LQ17) incluirían elementos contrarios a la libre competencia.
6. En el caso del Hospital Henríquez Aravena en tanto, en que solo se licitaba la compra de preparados magistrales de nutrición parenteral con equipos de infusión en modalidad de comodato, se denuncia que en las bases licitación, el contratante habría incluido un requisito de experiencia que solamente consideraba como válida, aquella obtenida en el sector público, lo que beneficiaría a la empresa incumbente. Este criterio, al tener un 35% de

² Estos preparados se separan en preparados para adultos y preparados para neonatos. Adicionalmente, existen formatos con distintos volúmenes, ya que la cantidad suministrada depende de las características y necesidades de cada paciente.

ponderación, implicaba en la práctica, de acuerdo al denunciante, que se excluía a posibles competidores que no tuvieran dicha experiencia.

7. Finalmente, para la licitación del Hospital Libertador B.O., el denunciante argumenta que cumplió con la exigencia de las bases de licitación de adjuntar facturas o guías de despacho que dieran cuenta de contratos con Hospitales del sector público para acreditar su experiencia, pero que, en el proceso de evaluación, se habría decidido entregar puntaje por cada formato en que se suministra el producto, lo que habría favorecido a su competidor. Adicionalmente, el denunciante reclama que las facturas acompañadas por el otro oferente tampoco detallaban los formatos, con lo cual la asignación de puntaje habría sido, además de arbitraria, discriminatoria.

III. CARACTERÍSTICAS DE LOS PRODUCTOS LICITADOS

8. En cuanto a las características de los insumos médicos licitados, existen dos particularidades que son especialmente relevantes de tener en cuenta en el análisis³. En primer lugar, los preparados magistrales y los preparados oncológicos, tienen características específicas para cada paciente, que pueden cambiar día a día, por lo cual la elaboración y suministro de los mismos ocurre de manera diaria. En segundo lugar, debido a que estos preparados se suministran por vía intravenosa, la producción de los mismos debe realizarse en un ambiente completamente estéril⁴, y la conexión entre la bolsa que contiene el preparado, la bomba que regula su suministro y el catéter que se conecta al individuo se realiza mediante una bajada de infusión desechable que debe ser compatible con la bomba de suministro⁵.
9. Así, el suministro de estos preparados implica i) la producción en un ambiente estéril que cuente con la tecnología necesaria para garantizar la producción sin

³ Conforme a los antecedentes recabados en tomas de declaración con fechas 3 de noviembre de 2017, 6 de noviembre de 2017, 10 de noviembre de 2017 y 13 de noviembre de 2017.

⁴ Algunos centros hospitalarios cuentan con instalaciones propias para la producción de estos preparados, mientras que otros, como los licitantes en la denuncia de antecedente, requieren el suministro diario de los mismos.

⁵ La bajada de infusión desechable es un dispositivo que conecta la bomba de infusión con la sonda del paciente. Cabe indicar que la contaminación del preparado o la vía de suministro es altamente riesgosa, con el potencial de comprometer la vida del paciente, principalmente producto de un cuadro de septicemia.

contaminación; ii) la logística necesaria para procesar las ordenes de un determinado centro hospitalario, producir los preparados y transportarlos, dentro del mismo día, al centro de salud correspondiente; y iii) que la bajada de infusión que se conecta al preparado, lo que debe ser realizado en un ambiente estéril, sea compatible con la bomba de infusión que utilice un determinado centro hospitalario⁶.

10. Cabe destacar que, si bien los preparados magistrales objeto de las licitaciones deben producirse diariamente para cada paciente, éstos tienen las mismas características generales en los distintos centros hospitalarios en que son suministrados, de tal manera que no se trata de un producto único, demandado exclusivamente por los hospitales denunciados. Por las características que se han señalado *supra*, el mercado para estos productos considera la totalidad de oferentes y demandantes de preparados magistrales estériles de nutrición parenteral para neonatos y adultos, así como la totalidad de oferentes y demandantes de productos farmacéuticos oncológicos estériles, con independencia del mecanismo de contratación y de la naturaleza pública o privada de los adquirentes.
11. Es necesario precisar que si bien existen centros hospitalarios que producen para auto-abastecerse, no se considera a éstos como oferentes para todos los hospitales. Esto, en consideración que si estos centros produjesen más de su consumo y quisieran suministrar a otros hospitales, existirían barreras de tipo administrativo y logístico que dificultarían considerablemente esta alternativa.
12. En cuanto al ámbito geográfico en que se demandan estos productos, debemos considerar que este puede extenderse a nivel nacional, teniendo en cuenta el elevado valor por unidad de peso de los preparados magistrales, sumado al hecho de que existe buena interconexión aérea entre los distintos centros urbanos de nuestro país, lo que permitiría a los productores poder suministrar estos preparados a lugares que se encuentran a distancias considerables de los centros de producción.

⁶ De esta manera, los centros de salud que no cuenten con instalaciones propias para la preparación de estos insumos médicos, deben asegurarse de contratar con un proveedor que garantice el buen cumplimiento de estos tres puntos, además de preocuparse del buen uso de los recursos económicos del establecimiento.

IV. ANÁLISIS DE LA DENUNCIA

13. Como consideración previa, cabe hacer presente que los antecedentes de los procesos licitatorios denunciados fueron remitidos a esta Fiscalía el día 28 de septiembre del año 2017, es decir, luego de más de 4 meses desde la última adjudicación⁷; de éstos -como se detallará *infra*- sólo en las bases de los hospitales Henríquez Aravena y Regional de Rancagua se observaron algunos criterios que podían afectar la libre concurrencia, cuyos contratos de suministro tenían una duración de 12 y 11 meses respectivamente, produciéndose nuevas licitaciones para la adquisición del mismo producto en el transcurso del análisis de admisibilidad de esta denuncia⁸, en las cuales uno de los hospitales adquirentes modificó sus bases de licitación y otro estaría en proceso de subsanar aquellos elementos que pudieron haber generado observaciones desde la perspectiva de la libre concurrencia.
14. En este sentido, habiendo sido modificados (o estando en proceso de modificación) aquellos aspectos observables de los procesos de compras públicas del año 2017, es que no se considera necesario, por el momento, que esta Fiscalía realice mayores indagaciones para caracterizar el mercado en cuestión de forma detallada y evaluar una eventual afectación a la Libre Competencia.
15. En todo caso, cabe indicar que el conocimiento del contenido de las bases de licitación y, en específico, de aquellas condiciones que pudieren afectar el principio de libre concurrencia o ser calificadas de arbitrarias o ilegales, corresponde al H. Tribunal de Contratación Pública.
16. No obstante lo señalado, y en vista de la función de promoción que nuestra legislación encomienda a esta Fiscalía, se revisarán a continuación los criterios

⁷ Las licitaciones del Hospital Luis Tisné fueron adjudicadas el día 16 de mayo de 2017, la del Hospital Henríquez Aravena el día 15 de febrero de 2017, y la del Hospital Regional de Rancagua el día 28 de marzo de 2017.

⁸ En el caso del Hospital Henríquez Aravena, para la adquisición de preparados magistrales de nutrición parenteral abrió la licitación ID 1380-104-LQ18, y en el caso del Hospital Regional de Rancagua se abrió la licitación ID 2080-43-LQ118.

que podrían haber afectado la libre concurrencia de los oferentes; para ser considerados por los hospitales en futuros procesos licitatorios.

V. REVISIÓN DE CRITERIOS DE LAS BASES DE LICITACIÓN

17. A continuación, se procederá a analizar, por separado, los criterios de las bases de licitación denunciados y aquellos que podrían limitar la libre concurrencia, para cada uno de los hospitales involucrados.

i. Hospital Luis Tisné

18. El denunciante argumenta que no existió una justificación suficiente para declarar desierto el proceso de licitación ID N° 1959-114-LR16, indicando que *“el Hospital Licitante, mediante resolución exenta N° 3366, declaró sin justificación alguna desierto la licitación (...), toda vez que funda tal acto en necesidades e intereses públicos, los cuales, al ser conceptos jurídicos indeterminados, deben ser dotados de contenido por la Administración mediante resolución fundada, cuestión que no ocurre en el caso sub-lite”*.

19. Sin perjuicio de que el análisis de legalidad de los actos administrativos está fuera de las competencias de esta Fiscalía⁹, cabe hacer notar que la decisión de declarar desierto la licitación ID N° 1959-114-LR16 para luego separarla en tres procesos licitatorios distintos (uno de preparados parenterales para neonatos, otro para adultos, y otro para preparados oncológicos) permitiría que empresas que tengan ventajas competitivas en la provisión de uno de los insumos licitados, pero no en los otros, puedan presentar mejores ofertas respecto de éstos, generando ahorros al organismo licitante. Por tanto, no parece que dicha decisión pudiera afectar negativamente la libre concurrencia.

20. Los cambios relevantes en las nuevas bases de licitación corresponden a una disminución de la ponderación de la oferta económica de un 60% a un 40% frente a un aumento de la oferta técnica de un 35% a un 55%, y a la incorporación de

⁹ Contraloría Regional Metropolitana, mediante oficio N° 013742 de 25 de Septiembre de 2017, consideró que la declaración desierto del proceso de licitación se hizo conforme a la ley.

dos nuevos ítems de evaluación dentro del criterio técnico (i) visita en terreno con una ponderación total de 20%; y (ii) experiencia, con un 10%¹⁰.

Tabla N° 1: Comparación criterios de evaluación Hospital Luis Tisné

Criterios de evaluación originales		Criterios de evaluación modificados	
Criterio General	Detalle	Criterio General	Detalle
Económico (60%)	Mejor precio	Económico (40%)	Mejor precio
Técnico (35%)	Evaluación técnica (30%)	Técnico (55%)	Evaluación técnica (20%)
			Evaluación en terreno (20%)
	Plazo de entrega (5%)		Experiencia (10%)
	Plazo de entrega (5%)		
Administrativo (5%)	Requisitos formales	Administrativo (5%)	Requisitos formales

21. De las modificaciones a las nuevas bases de licitación se revisarán: i) la disminución de la relevancia del criterio económico; y ii) que los nuevos criterios introducidos puedan beneficiar a algún oferente en particular¹¹.

22. La disminución de la ponderación de la oferta económica fue una consecuencia del aumento del porcentaje total que representa la oferta técnica en la evaluación. Como se verá *infra*, este aumento del criterio técnico respondió a

¹⁰ Otros cambios, menos sustanciales incluyen: i) Acortar la duración de los contratos de 36 a 18 o 24 meses. Esto, al menos a priori, es positivo desde el punto de vista de la libre competencia, ya que facilita la entrada de nuevos competidores, y adicionalmente, dado que 18 meses es un periodo considerable de tiempo, difícilmente facilita la aparición de prácticas colusorias. ii) Se cambian los plazos de las distintas etapas del proceso para disminuir su duración. iii) Se exige documentación para acreditar las características técnicas de los equipos.

¹¹ El análisis en estas dos dimensiones es común para los tres nuevos procesos de licitación, incluyendo el de preparados oncológicos. No obstante, respecto de este tipo de medicamentos no se realiza un análisis separado, ya que estos aparecen únicamente en las bases de licitación del Hospital Luis Tisné, que como se explica a continuación no contienen, en principio, criterios reprochables desde el punto de vista de esta Fiscalía.

razones propias del insumo licitado, como lo es su sensibilidad médica, y el aseguramiento de la calidad del producto, lo que parece en principio razonable y proporcionado al objetivo de la licitación.

23. En cuanto a los nuevos criterios introducidos, la evaluación en terreno como parte de la oferta técnica, consistía en una verificación *in situ* de la disponibilidad de los servicios, del aseguramiento de la calidad en el proceso de producción y los controles microbiológicos y monitorización de presión de aire. Conforme a lo consultado con el hospital, y los antecedentes mismos de las bases licitación, su inclusión estaría justificada por la sensibilidad médica de los insumos licitados y por la necesidad de verificar en terreno los estándares conforme a los cuales los preparados magistrales y oncológicos se elaboran y almacenan.
24. Por otra parte, respecto a la inclusión de experiencia como ítem dentro de la evaluación técnica, para acreditarla se necesitaban seis certificados, con instituciones públicas o privadas, que dieran cuenta de un servicio de calidad satisfactoria en la provisión del mismo producto, lo que en principio no parece excesivo, sin perjuicio de que lo ideal es que se acepte experiencia en relación a toda actividad homologable¹².
25. Vistos en conjunto, la inclusión del criterio de experiencia y la evaluación en terreno, es relevante considerar que ambos persiguen el mismo objetivo: garantizar que el estándar de los procesos de producción de un medicamento o insumo médico sean adecuados. Para casos de alta sensibilidad médica, como el caso de esta denuncia, pareciera razonable que el centro hospitalario las considere dentro de sus bases de licitación.
26. Por último, en las bases de licitación se incluyó una “Pauta de Admisibilidad de Equipos en Comodato”, la cual, específicamente en el ítem 18, relativo a las características de la conexión eléctrica, exige que se tenga un “[t]ransformador

¹² En este sentido, TDLC sentencia 77/2008, considerando quincuagésimo cuarto; y Material de Promoción sobre Compras Públicas de la FNE que señalada: “*la determinación de las variables del proceso de contratación y en el diseño específico de las bases de licitación se evite toda circunstancia o requerimiento que favorezca arbitrariamente a alguna empresa respecto de otras*”. (FNE, 2011), disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/11/Material-de-Promocion-1-Compras-publicas-Abr2011.pdf>

de corriente inserto dentro de la bomba de nutrición parenteral, no en enchufe.”

Respecto de este requisito, el denunciante argumenta que la única bomba de infusión disponible en el mercado nacional que posee el transformador de corriente inserto dentro de la bomba de infusión y no en el enchufe, era la proveída por su competidora en la licitación.

27. En este caso, es posible encontrar la justificación del Hospital para este requisito en su respuesta al órgano Contralor: *“Esta característica se funda en que, en las Unidades Clínicas, en particular el Servicio Clínico de Neonatología y Unidad de Cuidados Intensivos, los pacientes cuentan con un alto número de equipos de apoyo que requieren necesariamente conexión a red eléctrica, y por lo tanto es de vital importancia optimizar la disponibilidad de estos elementos de conexión.”* Adicionalmente, se entregan ejemplos de bombas de infusión que sí cumplen con este requisito, distintas a las ofrecidas por la competidora de la denunciante, por tanto, no puede considerarse que esta última haya estado impedida de ofertar por las especificaciones técnicas exigidas por el Hospital.

28. Cabe mencionar que, en relación a los requisitos técnicos el TDLC ha indicado que *“[a]l estar establecidos los costos de forma igualitaria, no existe una barrera a la entrada que, sumada a otros factores, pueda afectar la competencia;”*¹³ es decir, *a contrario sensu*, los requisitos técnicos deben ser razonables y resultar *“plausibles como justificación objetiva y razonable de su opción de política pública”*¹⁴, sin establecer discriminaciones de entrada que impongan un costo a uno o más oferentes en específico en beneficio de otro.

ii. Hospital Henríquez Aravena

29. En las bases de licitación de este Hospital los criterios evaluados son la oferta económica con un 40% de ponderación, la oferta técnica con un 20%, 35% para la experiencia, y 5% para la oferta administrativa. De estos cuatro criterios, y conforme a los antecedentes tenidos a la vista, el que podría eventualmente

¹³ Sentencia H. TDLC N° 138/2014, considerando vigésimo séptimo.

¹⁴ *Ibíd.*, considerando vigésimo octavo.

limitar la capacidad de ciertas empresas de participar en la misma, es el de experiencia de los oferentes.

30. En efecto, para el caso de la experiencia, se requería que los oferentes tuviesen *“convenios de las soluciones en evaluación en Instituciones Públicas¹⁵, N° de ID, fecha, nombre y fono de contacto, en los últimos 2 años”*, entregando un puntaje de “35” a 8 o más convenios, “25” a entre 4 y 7 convenios y “15” a entre 1 y 3 convenios. Sobre este criterio, hay dos elementos que conviene analizar en mayor detalle: i) que solamente se acepte experiencia en el sector público, en circunstancias que otros establecimientos sí aceptan experiencia en establecimientos privados respecto de los mismos servicios, y, ii) la importancia de este criterio dentro de los elementos evaluados.
31. La exigencia de experiencia tal como se encontraba formulada podía dificultar la entrada de nuevos competidores, ya que la acotaba a instituciones públicas¹⁶. Si bien la integración de este criterio puede ser necesario para garantizar la calidad del servicio de suministro de preparados magistrales, por una parte, existen otros mecanismos –como por ejemplo, las exigencias técnicas, visitas a terreno o la inclusión de una fase de prueba (en la medida que esto sea factible)- que permiten a nuevos participantes competir, al tiempo que dan seguridad al licitante de la calidad del servicio contratado; y por otra, para evitar la exclusión de posibles oferentes, es recomendable formular la exigencia de experiencia de la forma más amplia posible cuando ello no afecte asegurar la calidad en la provisión del bien o servicio licitado.
32. La ampliación de la experiencia acreditable ya ha sido reconocida por el TDLC en sentencia N°77/2008, señalando que *“atendido que la recolección, transporte y disposición de residuos no es un rubro particularmente sofisticado desde el*

¹⁵ Subrayado añadido para enfatizar el punto.

¹⁶ Adicionalmente, en caso de existir diferencias en el puntaje de experiencia, la elevada ponderación de la misma, implica que entrantes tengan que ofrecer un valor significativamente más bajo para poder compensar. A modo de ejemplo, si uno toma las ofertas recibidas para esta licitación en particular; y considera un escenario en donde Therapia y un segundo oferente obtienen el puntaje máximo en la evaluación técnica, así como en los requerimientos formales, es posible cuantificar fácilmente el efecto que conlleva perder puntos en el criterio de experiencia. En este ejemplo, un oferente que logre acreditar 7 convenios con instituciones públicas, deberá ofertar menos de \$105MM, es decir un 25% menos, para adjudicarse la licitación. Y, en el caso de un oferente con poca experiencia en el sector público nacional, que logre acreditar solamente 3 convenios, deberá oferta menos de \$70MM, es decir una oferta un 50% más baja.

punto de vista tecnológico, este Tribunal considera que la exigencia que debiera hacerse en un proceso de licitación como el que motiva esta causa, debiera referirse más bien a “experiencia relevante” y no necesariamente en el rubro de los servicios que se licitan propiamente tales”¹⁷.

33. Cabe hacer presente, que durante las indagaciones efectuadas por esta Fiscalía el hospital Henríquez Aravena inició un nuevo proceso de licitación para la adquisición del mismo producto, esta vez para el año 2018, en el cual se repitió la exigencia de experiencia sólo en el sector público. No obstante, este proceso fue declarado desierto el día 28 de mayo de 2018 y esta Fiscalía se ha contactado con funcionarios del establecimiento de salud para informarles sobre las consideraciones vertidas en el presente documento con el objeto de que sean consideradas en futuros procesos licitatorios.

34. Debido a lo anterior, y no habiéndose continuado con la licitación, esta Fiscalía estima que no es necesario efectuar indagaciones adicionales.

iii. Hospital Libertador B.O.

35. En la licitación del Hospital Libertador B.O., la pauta de evaluación ponderaba en un 30% la oferta económica, un 50% la oferta técnica, un 10% a la evaluación de comportamiento contractual, y un 10% a la evaluación de servicio de post venta. De estos criterios, el que genera mayores aprehensiones es el de experiencia (contenido dentro de la oferta técnica) que consideraba en: i) que la fórmula haya sido utilizada en el Hospital B.O., lo que debía ser acreditado mediante la correspondiente factura y/o guía de despacho y ii) que la fórmula haya sido utilizada en otros hospitales públicos, lo que debe ser acreditado de la misma forma que en el punto anterior¹⁸.

36. Con respecto al primer ítem, y en particular considerando que este mercado tiene un número muy acotado de participantes, este criterio beneficiaba injustificadamente al proveedor incumbente y a otros que hayan proveído

¹⁷ Sentencia N°77/2008 H. TDLC, considerando quincuagésimo cuarto.

¹⁸ Cabe indicar que en relación a las evaluaciones de servicios de post venta y de comportamiento contractual, ambos oferentes obtienen el puntaje máximo.

anteriormente al Hospital Regional B.O., otorgando una ventaja ponderada de 0,175 puntos. A modo de ejemplo, si tomamos como referencia las ofertas económicas recibidas por el ente licitante para esta licitación particular, este criterio entrega una ventaja en precio de 11,67% al incumbente, por el solo hecho de tener un contrato de suministro con el Hospital B.O.

37. Al respecto, el TDLC ha indicado que *“las Bases de Licitación no deben contemplar cláusulas que establezcan barreras a la entrada, como por ejemplo (...): otorgar puntajes o premios a operadores por el mero hecho de ser incumbentes u operadores históricos”*¹⁹. Dado el reducido número de oferentes en este mercado, otorgar puntaje por haber sido proveedor del Hospital en el pasado constituye, precisamente, un puntaje o premio al incumbente u operador histórico.
38. En cuanto al segundo ítem, y como se discutió precedentemente para el Hospital Henríquez Aravena, el problema radica en que se circunscriba la experiencia a instituciones públicas, estableciendo un impedimento injustificado a la entrada de posibles oferentes, ya que las características de las prestaciones licitadas no varían si se proporcionan en instituciones de salud públicas o privadas.
39. Adicionalmente, en la denuncia se alega que uno de los problemas con esta licitación se habría producido al momento de evaluar los documentos adjuntados para acreditar la experiencia de los oferentes²⁰. En concreto, la comisión evaluadora otorgó puntaje por experiencia (tanto con el mismo Hospital B.O. como con el Sector Público), por cada uno de los formatos licitados²¹.
40. Cabe mencionar que exigir experiencia por formato no tendría, de acuerdo a la información recabada, un sustento médico o de calidad de servicio. En efecto, las características de los distintos formatos divergen básicamente en el tamaño del envase, y en diferencias que, conforme a lo informado por diversos declarantes, no serían relevantes en cuanto al proceso de elaboración de los

¹⁹ Resolución N°46/2015 H. TDLC párrafo 127.

²⁰ Al respecto, la Unidad Jurídica de la Contraloría Regional del Libertador General Bernardo O'Higgins, mediante oficio de fecha 21 de julio de 2017 (REF. N° 65.461/17), indicó que la evaluación de las ofertas se habría ajustado a derecho, por lo que la legalidad de ésta no será analizada por esta Fiscalía, pero sí su impacto la concurrencia de los oferentes

²¹ Estos formatos eran: (i) 0-250 ML; (ii) 251-500 ML; (iii) 501-1000 ML; (iv) 1001-2000; y (v) 2001-3001 ML.

preparados. De esta manera, una empresa que tenga la capacidad técnica de elaborar un formato en condiciones satisfactorias, también debería tener la capacidad técnica de hacerlo para los otros formatos.

41. Sin perjuicio de lo indicado precedentemente, en el nuevo proceso de compras públicas iniciado por el Hospital Regional para el suministro del mismo producto para el año 2018, ID 2080-31-LE18, la ponderación de la oferta económica es de un 60%, y se eliminó la exigencia de experiencia –tanto con el hospital mismo como con todos aquellos del sector público-, reemplazándolo por criterios técnicos sobre sistema de triple etiquetado de las bolsas, procedimiento de transporte adecuado y disponibilidad de elaboración de los 365 días del año, de manera que esta Fiscalía estima que no hay necesidad de efectuar diligencias investigativas adicionales, ya que aquellos elementos que podían haber generado un afectación a la libre competencia ya no están presentes en la nueva licitación.

VI. CONCLUSIONES

42. A partir de los antecedentes recibidos de la Contraloría Regional Metropolitana, del análisis a las bases del Hospital Tisé, y de las bases de los nuevos procesos licitatorios llevados por los Hospitales Henríquez Aravena y Regional de Rancagua, esta División ha podido constatar que en el primer caso los requisitos denunciados se encuentran fundados en las exigencias técnicas y sensibilidad médica de los productos licitados, sin que ello constituya una afectación a la libre competencia.
43. Por otra parte, los criterios que pudieron haber generado un daño al principio en comento, en los procesos de compras de los Hospitales Henríquez Aravena y Regional de Rancagua, han sido modificados y/o no son parte en la actualidad de ningún proceso licitatorio vigente. De esta manera, no es necesario efectuar indagaciones adicionales.

44. En diversos instrumentos de promoción de la competencia de esta Fiscalía²², se ha indicado que el diseño del proceso de licitación debe propender a evitar la arbitrariedad y la creación de barreras de entrada artificiales a la competencia, absteniéndose de incluir requerimientos innecesarios que favorezcan a alguna empresa en desmedro de otras, o retarde o impida la participación en el proceso a alguna empresa interesada en hacerlo.
45. Por la misma razón, esta Fiscalía en cumplimiento de su deber de promoción de la libre competencia, recomienda informar a los Hospitales Santiago Oriente Dr. Luis Tisné Brousse, Dr. Hernán Henríquez Aravena y Regional Bernardo O'Higgins, los criterios analizados en la presente investigación.
46. No obstante lo dicho, es necesario precisar que aquellas exigencias que generan un riesgo de afectación al principio de libre competencia, deben ser conocidas por el H. Tribunal de Contratación Pública, al cual corresponde calificar de arbitrario y/o ilegal condiciones o requisitos contenidos en las bases de licitación²³.

En definitiva, y en atención a los antecedentes expuestos, salvo mejor parecer del señor Fiscal Nacional Económico, esta división sugiere archivar los antecedentes.

Saluda atentamente a usted,



GASTÓN PALMUCCI
JEFE DIVISIÓN ANTONOMOPOLIOS



NAO

²² Estos son (i) la guía “Compras Públicas y Libre Competencia” (FNE, 2011), disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/11/Material-de-Promocion-1-Compras-publicas-Abr2011.pdf> y (ii) el estudio “Licitaciones de compras de medicamentos en Establecimientos Públicos de Salud” (FNE, 2014), disponible en: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/11/Estudio_Licitaciones_compras_medicamentos.pdf

²³ Sentencia de fecha 19 de mayo de 2009, Rol N° 19-2009. H. Tribunal de Contratación Pública.