

**ANT.:** Denuncia por posibles conductas anticompetitivas en las licitaciones públicas convocadas por el Servicio de Salud de Coquimbo para el tratamiento de la enfermedad de Fabry. Rol N°2291-14 FNE.

**MAT.:** Minuta de archivo.

Santiago, 03 OCT 2014

**A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO**  
**DE : JEFE DIVISIÓN ABUSOS UNILATERALES (S)**

Por medio de la presente, esta División informa al Sr. Fiscal acerca de la admisibilidad de la presentación del Antecedente, recomendando su archivo, sin instruir investigación, en virtud de las razones que se exponen a continuación:

#### **I. ANTECEDENTES**

1. Con fecha 10 de junio de 2014, el laboratorio [1]<sup>1</sup> se ha dirigido a esta Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) indicando la existencia de posibles conductas anticompetitivas en las licitaciones públicas convocadas por el Servicio de Salud de Coquimbo (“SSC”) para el tratamiento de la enfermedad de Fabry. En específico, señaló que ello habría ocurrido en las licitaciones publicadas en el Portal de Chilecompra [www.chilecompra.cl](http://www.chilecompra.cl) con los ID N° 1395-111-LP13 y N°1395-5-LP14.
2. Expresa la denuncia que el SSC anualmente llama a licitación para adquirir fármacos para el tratamiento de la enfermedad de Fabry, la cual es un trastorno hereditario poco común, cuyo tratamiento es de alto costo. Afirma

---

<sup>1</sup> La información confidencial contenida en la presente minuta ha sido trasladada al anexo I del mismo carácter y en su lugar se han agregado corchetes ([ ]) que contienen en su interior el número que permite identificarlos en el anexo respectivo.

además que en la actualidad sólo ofrecerían medicamentos para tratar dicha enfermedad dos laboratorios: [2]<sup>2</sup>.

3. Continúa indicando la denuncia que en la licitación pública ID N°1395-111-LP13, publicada en el Portal de Chilecompra con fecha 18 de octubre de 2013, se habría incurrido en incumplimientos a las bases de licitación referidos a las fechas del calendario publicado, a la firma irregular del Acta de Adjudicación y a una respuesta dada por el SSC respecto de las donaciones de medicamentos como requisito de selección del oferente. Señala que dicha licitación fue adjudicada a [3].
4. Por su parte, en el proceso de compra pública ID N° 1395-5-LP14, publicado en el referido Portal con fecha 14 de febrero de 2014, denominado "Convenio Tratamiento de la Enfermedad de Fabry", se habría contemplado en la sección N° 17 de las Bases II, referida a los criterios de evaluación de las ofertas, la asignación de 100 puntos a quién entregue dos tratamientos mensuales adicionales y 50 puntos si corresponde a un tratamiento mensual.
5. Especifica que el SSC también adjudicó la propuesta al único oferente, su competidora [4] la que ofreció entregar gratuitamente dos tratamientos mensuales adicionales, dentro del proceso licitatorio, circunstancia que, en su opinión, sería contraria a la ley, al haberse solicitado la inclusión de tratamientos adicionales sin costo o donaciones, acto que sería ilegal de conformidad a lo señalado en el Reglamento del Sistema Nacional de Productos Farmacéuticos de Uso Humano y en el Código Sanitario, disposiciones que se refieren a la entrega gratuita de medicamentos.
6. Señala que atendido a que su empresa no habría estado dispuesta a aceptar dicha ilegalidad, ello habría actuado como una barrera a la entrada, cerrándose de dicha forma el mercado. Indica además que ello tendría mayor gravedad al ser el principal comprador de este fármaco el

---

<sup>2</sup> La Algisidasa Alfa o Beta es el único tratamiento hasta ahora validado para evitar la progresión de la enfermedad. En Chile existen las dos formas de Algidasa: [5] y [6] Ord.1A/1200 de 24 de julio de 2014 del SSC.

Estado y las compras anuales, por lo que cualquier irregularidad contenida en sus llamados a licitación constituiría una infracción a la libre competencia, puesto que aquel competidor que no aceptare las condiciones de la propuesta quedaría automáticamente sin comprador a quién ofrecerle los productos.

7. Concluye señalando que el actuar del SSC en las licitaciones que se han individualizado ha tendido a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia en el contexto de la adquisición de fármacos para el tratamiento de la enfermedad de Fabry.
8. Con posterioridad, el denunciante [7] acompañó varias licitaciones del SSC y de otros Servicios del país señalando que en ninguna de éstas se utilizó el criterio de evaluación "Tratamientos adicionales sin costo", salvo en la referida licitación N°1395-5-LP14.<sup>3</sup>

## **II. ANÁLISIS DE LA DENUNCIA**

9. De los hechos denunciados se colige que existen dos materias que es necesario analizar por separado: la primera se refiere al incumplimiento de los plazos estipulados en el calendario e irregularidades de la licitación pública ID 1395-111-LP13 y la segunda a la asignación de puntaje en la pauta de evaluación por la oferta de tratamientos adicionales de la licitación pública ID N° 1395-5-LP14.

### **II.1 Licitación ID 1395-111-LP13**

10. Al respecto, a juicio de esta División, los hechos descritos, esto es, el supuesto incumplimiento al calendario de la propuesta publicada e irregularidad atribuida en la fecha de la firma del acta de evaluación, no dicen relación con disposiciones contenidas en las Bases de Licitación que podrían ser contrariar a la libre competencia, sino que con aspectos administrativos y/o irregularidades, que en este caso particular no

---

<sup>3</sup> Presentación de [7] de fecha 4 de agosto de 2014.

parecieren implicar efectos anticompetitivos, no correspondiendo, por tanto, su análisis a esta Fiscalía. En efecto, el órgano que tiene a su cargo conocer y juzgar los actos arbitrarios o ilegales que ocurran en los procesos de licitaciones públicas es el Tribunal de Contratación Pública, creado por la Ley N° 19.886, Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, la que en su artículo 24 señala que aquel *“será competente para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones ilegales o arbitrarios ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por esta ley”*<sup>4</sup>.

11. En consecuencia, sería dicho Tribunal el órgano jurisdiccional competente para remediar y corregir actos que pudieren configurar un comportamiento arbitrario o ilegal por parte de un servicio público en el contexto de una licitación, dando aplicación a una serie de principios que rigen la materia, tales como la estricta sujeción a las Bases, libre concurrencia a la licitación e igualdad entre los oferentes<sup>5</sup>, sin perjuicio de las facultades generales de fiscalización de las actividades de los servicios públicos que realiza la Contraloría General de la República. Por lo demás, el referido criterio ha sido confirmado recientemente por la Corte Suprema<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Por su parte, el inciso 2° señala además: *“La acción de impugnación procederá contra cualquier acto u omisión ilegal o arbitrario que tenga lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, ambos inclusive”*.

<sup>5</sup> La Contraloría General de la República ha expresado que: *“[L]a jurisprudencia de este Organismo ha señalado que la ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, junto con establecer un procedimiento general y reglado conforme al cual deben tramitarse las licitaciones de los contratos a los cuales dicho cuerpo normativo se refiere, ha creado, en su Capítulo V, el Tribunal de Contratación Pública, al que le compete, de acuerdo con lo señalado en el artículo 24 de la referida ley, conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por la citada ley 19.866. que tengan lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, ambas inclusive (aplica criterio contenido en los dictámenes N°s 18.740, de 2004; y 30.802 y 53.802 ambos de 2005)”*. Dictamen N° 51.624.

<sup>6</sup> Sentencia Corte Suprema, Rol N° 2813-14, rechaza el recurso de reclamación interpuesto en contra de la sentencia del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia N° 132/2013, en autos caratulados “Sonda S.A. contra el Servicio de Registro Civil e Identificación”. Considerando Décimo Sexto: *“Que así las cosas no cabe sino concluir que la materia sometida a la decisión del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia mediante la demanda de fs. 364 escapa por completo del ámbito de su competencia y se inscribe de lleno en aquel que es propio del Tribunal de Contratación Pública, órgano de la judicatura a quien corresponde exclusivamente decidir en torno a la existencia de actos u omisiones voluntarios o arbitrarios o ilegales verificados con ocasión de procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por la Ley N° 19.886 entre la aprobación de las Bases de la licitación y su adjudicación”*.

## II.2 Licitación 1395-5-LP14

12. Como ya se indicó, según el denunciante esta licitación sería ilegal al haber consignado en la pauta de evaluación el criterio de oferta de medicamentos adicionales, asignándole puntaje, aduciendo además que dicho criterio constituiría una barrera de entrada a su participación en el mercado de las licitaciones de la región de Coquimbo para la adquisición de fármacos para el tratamiento de la enfermedad de Fabry. Lo anterior en consideración a que la inclusión de dicho criterio implicaría una donación de medicamentos, lo que constituiría un acto ilegal prohibido expresamente por el Reglamento del Sistema Nacional de los Productos Farmacéuticos de Uso Humano, en sus artículos 198<sup>7</sup> y 202<sup>8</sup>, como asimismo en el Código Sanitario en su artículo 100<sup>9</sup>.
13. Sin embargo, de acuerdo a lo informado por el SSC a esta Fiscalía, el denunciante no habría mantenido siempre el mismo criterio en el pasado, ya que habría participado anteriormente en condiciones similares. Así, en la orden de compra N° 2126-2132-SE13, emitida por el Hospital de Coquimbo, dicho laboratorio a través de un Convenio de Suministro al Hospital de

---

<sup>7</sup> Artículo 198: "La condición de venta de una especialidad farmacéutica, deberá ser observada estrictamente en su expendio o entrega a cualquier título a los usuarios y no podrá distribuirse gratuitamente en ningún sitio, por ningún medio, ni bajo pretexto o condición alguna".

"Se exceptúan de lo dispuesto en el inciso anterior, aquellas unidades rotuladas y distribuidas directa y exclusivamente a los profesionales facultados legalmente a prescribir, como muestras médicas, en sus consultas o en reuniones científicas en que ellos participen, las que deberán ser dispensadas directamente por el profesional al paciente".

"No obstante lo anterior, se autorizará la donación de especialidades farmacéuticas y de aquellos productos a los que se alude en el artículo 21, letra a), a los establecimientos asistenciales públicos o privados (...)"

<sup>8</sup> Artículo 202 "Quedará prohibida la donación, entrega o distribución gratuita de medicamentos con fines de publicidad. Se presumirá esta finalidad en toda entrega, donación o distribución gratuita, masiva o individual, que no se encuentre amparada por el artículo 198".

<sup>9</sup> Artículo 100, inciso 4: "Quedan prohibidas la donación de productos farmacéuticos realizada con fines publicitarios y los incentivos económicos de cualquier índole, que induzcan o privilegien el uso de determinados productos a los profesionales habilitados para prescribir y dispensar medicamentos o (...)".

"Se entiende por incentivo cualquier pago, regalo, servicio o beneficio económico entregado o realizado a las personas señaladas en el inciso anterior por parte de los laboratorios farmacéuticos (...)".

Coquimbo habría vendido los tratamientos a un precio de \$3.122.053 por unidad, regalando dos tratamientos adicionales por cada uno que vendía<sup>10</sup>.

14. Además, consultado respecto a la incorporación del criterio relativo a tratamientos adicionales, el Servicio de Salud de Coquimbo señaló que el espíritu de la inclusión del criterio denominado "Tratamiento adicional" fue transparentar una práctica que existía y que ambos proveedores tenían como forma de operatoria habitual<sup>11</sup>.
15. Ahora bien, en cuanto a la legalidad misma de la utilización de la donación de medicamentos adicionales en la licitación a que se ha hecho referencia, no corresponde a esta Fiscalía pronunciarse al respecto, por cuanto el artículo 3 del Reglamento del Sistema Nacional de Control de los Productos Farmacéuticos de Uso Humano señala que ***"El Instituto de Salud Pública es la autoridad encargada en todo el territorio nacional del control sanitario de los productos farmacéuticos y de velar por el cumplimiento de las disposiciones que se contienen en el presente reglamento, en el Código Sanitario y en su reglamentación complementaria y en las demás normas legales sobre la materia"*** (el destacado es nuestro).
16. Sin embargo, sobre el particular conviene tener presente que las Bases Administrativas Tipo de la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud, ("Cenabast"), publicadas en su página web [www.cenabast.cl](http://www.cenabast.cl) en el Capítulo V, denominado "De la admisibilidad de las ofertas", numeral 4 "Otras causales de inadmisibilidad", señalan: 4.6 "Que un oferente haga ofrecimientos adicionales a los requeridos en un proceso de compra pública" y 4.10 "Cuando el oferente efectúe ofertas con formas de pago no contempladas explícitamente en las bases".
17. Ahora bien, desde una perspectiva de libre competencia, no parece que la referida exigencia pueda constituir una barrera a la entrada, puesto que

<sup>10</sup> Ord. 1A/1200, de fecha 24 de julio de 2014, del Director (T.P.) Servicio Salud de Coquimbo.

<sup>11</sup> Ord. 1A/1200, de 24 de julio de 2014 del SSC: "(...) Esto fue establecido en uno de los criterios de evaluación, denominado "Tratamiento Adicional", en las bases de licitación. El espíritu de la inclusión de este criterio fue transparentar una práctica que existía y que ambos proveedores tenían como forma operatoria habitual".

ambas empresas la conocían antes de realizar sus ofertas, pudiendo haber ajustado las mismas. Es decir, desde un punto de vista informacional, ambas estaban en igualdad de condiciones, no observándose razones económicas para no poder replicarse la oferta finalmente ganadora de la licitación. La conclusión anterior se ratifica con la circunstancia de que, como se señaló, el mismo laboratorio denunciante si había hecho ofertas adicionando tratamientos en el pasado.

18. No obstante, cabe mencionar que a juicio de esta Fiscalía el criterio que asigna puntaje a los tratamientos adicionales podría generar un uso ineficiente de los recursos del licitador, pudiendo no asignarse la licitación al laboratorio que oferte el menor precio efectivo por tratamiento, dejando constantes el resto de los criterios<sup>12 13</sup>.

### III. CONCLUSIÓN

19. De acuerdo a lo expuesto, se concluye que en este caso no existen elementos suficientes que justifiquen la apertura de una investigación, puesto que los hechos descritos en la denuncia se refieren a materias cuyo conocimiento no corresponde a esta Fiscalía, en un caso a aspectos administrativos y/o irregularidades en el proceso de la licitación pública ID 1395-111-LP13 y en el otro, a la eventual ilegalidad de la inclusión de tratamientos adicionales como criterio de evaluación, en la licitación pública ID 1395-5- LP14. Por lo demás, en lo que respecta a esta última licitación, no se advierte que la referida exigencia de adicionar tratamientos haya operado como una barrera a la entrada.

---

<sup>12</sup> Entendiendo como precio efectivo el monto total de la adquisición dividido en el número de unidades entregadas, incluyendo las regaladas.

<sup>13</sup> Dado que los criterios de evaluación se conocen *ex ante*, en equilibrio debería observarse que las empresas no ofrecen tratamientos adicionales, ya que la puntuación de estos las perjudica. Sin embargo, como lo muestra la licitación mencionada en la denuncia, puede ser que las empresas no incorporen de manera correcta este criterio, o lo hagan después de cierto número de licitaciones. Esto llevaría a una asignación ineficiente de los recursos en la transición al equilibrio.

20. Sin perjuicio de ello, se recomienda derivar los antecedentes al Instituto de Salud Pública, para que determine si dicho criterio de licitación constituye o no una infracción a la regulación sectorial.
  
21. Por lo tanto, con el mérito de lo anteriormente señalado se recomienda al Sr. Fiscal -salvo su mejor parecer- decretar el archivo de los antecedentes, sin perjuicio de las atribuciones de otras instancias jurisdiccionales y administrativas.

Saluda atentamente a usted,



**GASTÓN PALMUCCI**  
**JEFE DIVISIÓN ABUSOS UNILATERALES (S)**

MZP