

EN LO PRINCIPAL: Aporta antecedentes. **EN EL OTROSÍ:** Personería, patrocinio y poder.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Ricardo Riesco Eyzaguirre, Fiscal Nacional Económico, en representación de la **FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA** (“FNE” o “Fiscalía”), ambos domiciliados para estos efectos en calle Huérfanos N° 670, piso 8, Santiago, en autos caratulados “*Consulta de General Electric International INC. sobre resoluciones afectas N° 10 y N° 11 del Servicio de Salud de Talcahuano*”, **RoI NC N° 493-2021 TDLC**, al Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“H. Tribunal” o “TDLC”) respetuosamente digo:

Que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18, N° 2 y 31, N° 1 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973, y sus respectivas modificaciones (“DL 211”), apporto antecedentes a este H. Tribunal en los autos ya individualizados en los términos que se expondrán a continuación:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 16 de abril de 2021, General Electric International Inc., Agencia en Chile (“General Electric” o “GE”) presentó una consulta ante el H. Tribunal a fin que se pronuncie sobre si las Resoluciones Afectas N° 10 y N° 11, ambas de fecha 3 de noviembre de 2020, de la Subdirección de Recursos Físicos y Financieros del Servicio de Salud de Talcahuano (“SST”), que aprueban las Bases Administrativas Especiales para la adquisición de tomógrafos axiales computados (“TAC”)¹ por parte del Hospital Penco Lirquén y del Hospital de

¹ La consulta explica que la tomografía computarizada es una tecnología de diagnóstico por imágenes, que utiliza un equipo de rayos X especial para crear imágenes transversales del cuerpo.

Tomé, respectivamente (“Bases de Licitación” o “BALI”), se ajustan o no al DL 211.

2. La consulta de General Electric argumenta que las Bases de Licitación del STT incluyen especificaciones y requisitos que impiden la participación de oferentes, reduciendo la concurrencia e intensidad competitiva en el proceso licitatorio.
3. En particular, GE menciona diversas especificaciones técnicas -algunas obligatorias y otras opcionales- que se encuentran incorporadas en las BALI y que no tendrían sustento técnico ni razonabilidad práctica².
4. Conforme con lo expuesto, la consultante solicita que en el caso de que el H. Tribunal estime que las Bases de Licitación no se ajustan al DL 211, haga uso de sus facultades para establecer las condiciones que deben ser incorporadas o modificadas en ellas o, en su defecto, ordene invalidarlas, retrotrayendo ambos procesos a la etapa previa a la publicación de las Bases de Licitación.

II. LAS BASES DE LICITACIÓN

5. Las Bases de Licitación, como se indicó, tienen por objeto adquirir tomógrafos axiales computados para los hospitales de Penco Lirquén y Tomé. Salvo algunas diferencias puntuales, ambas bases son prácticamente iguales.
6. Las licitaciones se realizan en una sola etapa, para lo cual los oferentes deben presentar en un mismo acto la oferta técnica, la oferta económica y los antecedentes administrativos³.

Este tipo de equipos proyecta un haz angosto de rayos X a un paciente y se gira rápidamente alrededor del objetivo, emitiendo señales que son procesadas por el computador de la máquina para generar imágenes transversales o “cortes” del cuerpo examinado. Estos cortes reciben el nombre de imágenes tomográficas y contienen información más detallada que los rayos X convencionales. Una vez que el equipo recolecta varios cortes sucesivos, ellos se apilan digitalmente para formar una imagen tridimensional del paciente que permite la identificación y ubicación de las estructuras en su interior, así como posibles anomalías. Consulta de General Electric, p. 6.

² Ibid., p. 18.

³ BALI de hospital de Penco Lirquén y BALI de hospital de Tomé, numeral 3.

7. El tomógrafo a ofrecer debe cumplir con todas las características y exigencias de funcionalidad y diseño que se detallan en las especificaciones técnicas obligatorias. Asimismo, los oferentes, de ser adjudicados, deben efectuar una capacitación para el personal clínico y técnico del establecimiento⁴.
8. Las BALI detallan que el presupuesto disponible, para el hospital de Tomé, es de \$568.000.000, en tanto que para el hospital de Penco Lirquén es de \$584.500.000⁵.
9. Las Bases de Licitación señalan que se adjudicará al proponente que obtenga el mayor puntaje de acuerdo con los criterios de evaluación y sus respectivos ponderadores⁶, que se presentan en la Tabla N° 1 a continuación⁷.

⁴ BALI de hospital de Penco Lirquén y BALI de hospital de Tomé, numeral 4. Por su parte, la garantía técnica mínima solicitada es de 1095 días, periodo durante el cual la empresa adjudicada deberá realizar mantenciones preventivas cada 6 meses y todas las mantenciones correctivas que sean necesarias. BALI de hospital de Penco Lirquén y BALI de hospital de Tomé, numeral 12.

⁵ BALI de hospital de Penco Lirquén y BALI de hospital de Tomé, numeral 9.

⁶ La apertura, evaluación y calificación de las ofertas está a cargo de una comisión de evaluación, integrada, en ambas licitaciones, por los mismos profesionales, salvo uno de ellos. BALI de hospital de Penco Lirquén y BALI de hospital de Tomé, numeral 16.

⁷ BALI de hospital de Penco Lirquén y BALI de hospital de Tomé, numeral 17.

Tabla N° 1: Criterios de evaluación

Criterios de Evaluación	Porcentajes
Monto de la oferta con impuestos incluido ⁸	35%
Plazo de entrega ⁹	15%
Plazo de garantía técnica ¹⁰	15%
Experiencia (número de equipos en el mercado nacional) ¹¹	10%
Especificaciones técnicas opcionales ¹²	20%
Presentación de antecedentes formales o administrativos ¹³	5%

Fuente: BALI de hospital de Penco Lirquén y BALI de hospital de Tomé, numeral 17.

⁸ El monto ofrecido debe incluir el precio del equipo solicitado, con las especificaciones técnicas tanto obligatorias como opcionales que éste debe cumplir conforme con el Anexo N° 1 de las BALI, como asimismo una capacitación para el personal clínico y técnico del establecimiento (conforme con el Formulario N° 8 de las BALI) y la garantía técnica mínima de 1095 días, que incluye mantenciones preventivas cada 6 meses y todas las mantenciones correctivas que sean necesarias (conforme con el Formulario N° 3 de las BALI). La oferta que presente el menor monto con todos sus impuestos incluidos se califica con nota siete (7) y las demás ofertas tendrán su nota de acuerdo con el porcentaje de cercanía a la oferta menor. En relación a las especificaciones técnicas obligatorias, se observa que no todas dicen necesariamente relación con características del equipo, si no que algunas son bienes adicionales que podrían ser proveídas por otros oferentes diferentes (por ejemplo, para el hospital de Tomé, en que se solicita como requisito obligatorio una silla de ruedas, un carro de procedimientos, entre otros artículos similares), es decir, no son inherentes al bien principal licitado. Por ello, incluirlos dentro de esta licitación podría erigir barreras a la entrada para algunos potenciales oferentes y/o evitar que el ente licitante pueda acceder al mejor precio por el bien principal licitado. En la misma línea, cabe tener presente que dichas especificaciones técnicas obligatorias no son evaluadas, sino que son un requisito para participar de la licitación.

⁹ El plazo de entrega, instalación y capacitación será el que el oferente estipule en su oferta. Se pondera dando mejor puntuación a un menor tiempo para la entrega. Sobre este requisito, y entendiendo que los equipos deben importarse, esta Fiscalía estima que para recibir mejores ofertas es necesario considerar al menos el plazo que se demoraría dicho proceso, sin entregar una ventaja a los oferentes que por alguna razón cuenten con un equipo disponible en Chile.

¹⁰ Este criterio mide la duración de la garantía técnica ofertada, considerando que la garantía técnica mínima solicitada es de 1095 días. La oferta que presente el mayor plazo de garantía se evaluará con nota siete (7), y las demás ofertas tendrán su nota de acuerdo con el porcentaje de cercanía de la oferta mayor.

¹¹ La experiencia es medida en relación con la cantidad de equipos de tomografía axial computada instalados y puestos en marcha desde enero del 2015 hasta la fecha de las Bases de Licitación. Esta Fiscalía estima que este requisito tiende a favorecer a incumbentes del mercado nacional, limitando la entrada de otros actores, lo que no se justifica si se considera que el mercado relevante geográfico va más allá de nuestras fronteras.

¹² El cumplimiento de las especificaciones técnicas opcionales de los equipos tiene gran relevancia en el proceso licitatorio, en atención a que se evalúan entre nota 7 (lo tiene) y nota 1 (no lo tiene), sin posibilidad de evaluaciones intermedias. Así, cumplir con estas especificaciones opcionales es determinante en la adjudicación de la licitación. Esta Fiscalía estima que es relevante que ellas sean razonables y se encuentren debidamente justificadas.

¹³ Este criterio se mide en relación con la cantidad de antecedentes administrativos (señalados en el numeral 11, letra a) presentados al momento de realizar la apertura, en relación con la totalidad de los antecedentes requeridos.

10. Una vez adjudicada la licitación, dentro de un plazo de 30 días se debe firmar el contrato entre el contratante y el adjudicatario¹⁴.

III. ANÁLISIS DE LA CONSULTA

III.1. Caracterización del producto licitado y su entorno competitivo

11. Los TAC son equipos médicos para realizar diagnósticos por imágenes que crean una representación del interior del cuerpo humano, permitiendo así a los profesionales médicos buscar indicios de alteraciones de la salud de los pacientes¹⁵. Existen distintos tipos de tecnologías para obtener imágenes de esta índole, siendo una de ellas las tomografías computarizadas¹⁶.
12. Los TAC se pueden categorizar en diferentes segmentos de acuerdo con el número de cortes o imágenes que pueden obtener mientras éstos rotan alrededor del paciente (una “vuelta”), lo que está directamente relacionado con la cantidad de detectores que poseen. A medida que aumenta el número de detectores, aumenta la cantidad de imágenes, lo que mejora la calidad de la representación interna del cuerpo del paciente y, a su vez, reduce el tiempo necesario que el paciente debe estar dentro del tomógrafo para obtener un examen determinado.
13. La cantidad de detectores también se encuentra directamente relacionada con el precio del equipo¹⁷. Así, los TAC se pueden segmentar en (i) “low-end”, con 16 detectores, los cuales son útiles para exámenes generales y salas de

¹⁴ Para garantizar el fiel cumplimiento del contrato, el adjudicatario debe otorgar una garantía por un monto equivalente al 10% del valor total del contrato. BALI de hospital de Penco Lirquén y BALI de hospital de Tomé, numeral 22.

¹⁵ Consulta de General Electric, p. 6. Para una explicación sencilla de qué es un TAC y cómo funciona, véase: <https://www.fda.gov/radiation-emitting-products/medical-x-ray-imaging/what-computed-tomography#ct>

¹⁶ Algunos ejemplos de otras tecnologías son rayos X, estudios de medicina nuclear, imágenes por resonancia magnética y ecografías. Consulta de General Electric, p. 6. También véase: <https://www.fda.gov/radiation-emitting-products/radiation-emitting-products-and-procedures/medical-imaging>

¹⁷ Véase: <https://lbnmedical.com/the-ultimate-guide-to-ct-scanners/>; y, Consulta de General Electric, p. 7.

emergencia; (ii) “middle-end”, con 32 a 40 detectores, siendo más rápidos que los anteriores; y (iii) “high-end”, con 64 o más detectores, que con su alta velocidad y precisión en las imágenes son útiles para exámenes cardiacos¹⁸. Para ilustrar la importancia relativa de cada uno de los segmentos a nivel mundial, es útil tener en cuenta que la mayor cantidad de TAC instalados en el año 2019, corresponden al segmento “low-end”, con un 44%, seguido por los “middle-end”, con un 40%¹⁹.

14. Ahora bien, de acuerdo con la información pública que pudo recabar este Servicio, se observa que existe sustitución entre estos distintos segmentos. Por un lado, los tomógrafos con mayor número de detectores pueden realizar los mismos exámenes que los que tienen un número inferior, aunque en un menor tiempo y con una calidad superior de imagen. Por otro lado, no todos los exámenes requieren de una imagen de calidad superior para su correcto análisis, por lo que pueden ser realizados en aparatos con un menor número de detectores²⁰.
15. A modo de ilustrar el nivel de sustituibilidad entre los distintos segmentos de los tomógrafos, en la Tabla N° 2 se muestra una comparación entre éstos con distinta cantidad de detectores y su utilidad en varios tipos de exámenes:

Tabla N° 2: Comparación utilidad tomógrafos por tipo de examen

Tipo de Examen	TAC 4 – 8 detectores	TAC 16 – 32 detectores	TAC 64 detectores	TAC 128 detectores	TAC 256+ detectores
Imágenes Generales	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Vascular	Limitada	Sí	Sí	Sí	Sí
Cardio	No	Limitada	OK	Buena	Excelente

Fuente: LBN Medical²¹.

¹⁸ Véase: <https://lbnmedical.com/the-ultimate-guide-to-ct-scanners/>; y, <https://info.atlantisworldwide.com/blog/ct-scanner-slice>. También véase: Consulta de General Electric, p. 8.

¹⁹ Información pública de la página web Fortune Business Insights para el año 2019. Véase: <https://www.fortunebusinessinsights.com/computed-tomography-ct-scanner-market-104461>

²⁰ Véase: <https://lbnmedical.com/the-ultimate-guide-to-ct-scanners/>.

²¹ Traducción propia. Versión en inglés en: <https://lbnmedical.com/the-ultimate-guide-to-ct-scanners/>

16. Conforme con lo expuesto, se puede observar que los exámenes cardíacos serían aquellos en los que los tomógrafos con menor cantidad de sensores serían un sustituto menos óptimo en comparación con aquellos del segmento superior o “high-end”. No obstante, incluso para este tipo de diagnósticos, existen estudios que comparan la precisión en exámenes cardíacos realizados con tomógrafos de 16 detectores y de 64 detectores, llegando a la conclusión que los resultados son comparables y los equipos “low-end” son útiles para esos efectos²².
17. Además, desde el punto de vista de la oferta, las empresas productoras de estos equipos participan en todos los segmentos indicados, es decir, producen toda la gama de estos aparatos médicos, con diferentes cantidades de detectores²³. Esto facilitaría la sustituibilidad de la oferta entre los segmentos, ya que los fabricantes podrían modificar su producción en un periodo corto de tiempo en caso que hubiera aumentos de precios en algún segmento de tomógrafos en particular²⁴.
18. En general, la duración y vida útil de estos aparatos es bastante prolongada, entre 8 a 12 años, e incluso llegando a extenderse hasta 20 años²⁵. Ello explica que exista un importante mercado secundario de tomógrafos, los cuales se

²² Véase: Şahiner, L., Canpolat, U., Aytemir, K., Hazırolan, T., Yorgun, H., Kaya, E. B., & Oto, A. (2012). Diagnostic accuracy of 16-versus 64-slice multidetector computed tomography angiography in the evaluation of coronary artery bypass grafts: a comparative study. *Interactive cardiovascular and thoracic surgery*, 15(5), 847-853. En: <https://academic.oup.com/icvts/article/15/5/847/910584>. También véase: Khan, R., Rawal, S., & Eisenberg, M. J. (2009). Transitioning from 16-slice to 64-slice multidetector computed tomography for the assessment of coronary artery disease: are we really making progress? *Canadian Journal of Cardiology*, 25(9), 533-542. En: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2780905/>

²³ Para ver una comparación entre algunos modelos de tomógrafos en diferentes segmentos de las principales empresas, véase: <https://prizmedimaging.com/pages/comparing-ct-manufacturers-and-models-choosing-the-best-ct-for-your-needs>; <https://www.oncologysystems.com/resources/ct-scanner-simulator-guides/philips-ct-scanners-comparison-chart>; y <https://info.atlantisworldwide.com/blog/ct-scanner-slice>.

²⁴ Motta, M. (2018). *Política de competencia: teoría y práctica*. Fondo de Cultura Económica, p. 139.

²⁵ European Society of Radiology (ESR) (2014). Renewal of radiological equipment. *Insights into imaging*, 5(5), 543–546, Table 1. En: <https://doi.org/10.1007/s13244-014-0345-1>. También véase: Consulta de General Electric, p. 10.

venden en dos modalidades: como productos usados o restaurados. Estos últimos, a su vez, pueden haber sido restaurados por un tercero o por el mismo fabricante del equipo²⁶. De acuerdo con información pública consultada, este mercado secundario también se encuentra presente en el territorio nacional²⁷.

19. Otra característica de este mercado es que los productores mantendrían stocks limitados de tomógrafos nuevos, debido a su gran complejidad técnica y alto costo directo. Así, en general, se ordenaría su fabricación una vez concretada la venta. Esta forma de operar permitiría a las empresas productoras ofrecer en el país la totalidad de los equipos que comercializan a nivel mundial²⁸.
20. Desde el punto de vista de la oferta de estos equipos, se debe tener en cuenta que, si bien el análisis que se expondrá en el acápite III.2 *infra* solamente se realiza a nivel nacional, el mercado geográfico es más amplio, debido a que estas empresas son internacionales y ofrecen sus productos a escala global²⁹.
21. En este sentido, con respecto a la industria mundial, la valorización del mercado para el año 2020 sería de US\$5.300 millones y existen por lo menos 34 empresas oferentes³⁰⁻³¹. Los principales actores serían Siemens, General

²⁶ Para modelos usados vendidos por un tercero, véase: <https://lbnmedical.com/the-ultimate-guide-to-ct-scanners/>. Para modelos restaurados por el fabricante original del equipo (OEM), véase: <https://www.siemens-healthineers.com/cl/refurbished-systems-medical-imaging-and-therapy/computed-tomography-ecoline>; <https://www.philips.cl/healthcare/solutions/refurbished-systems/refurbished-systems-ct-scanners>; <https://www.gehealthcare.com/products/goldseal---refurbished-systems/goldseal-computed-tomography>; y, <https://us.medical.canon/products/computed-tomography/aquilion-assurance-program/>

²⁷ Por ejemplo, véase: <http://www.nexolibre.cl/page/productos/idcat/2/title/Tomograf%C3%ADa-Computada>

²⁸ Consulta de General Electric, p. 9.

²⁹ De acuerdo a lo indicado en este Informe en el acápite III. 3 *infra* y por la consultante. Véase: Consulta de General Electric, p. 9 y 12.

³⁰ Información pública de la página web Research and Markets para el año 2020. Véase: https://www.researchandmarkets.com/reports/338849/computed_tomography_ct_scanners_global_market#rela0-4852483

³¹ La valorización del mercado en estos estudios no se limita solamente a los tomógrafos computarizados “middle-end”.

Electric, Philips y Canon, con una participación conjunta aproximada de un 70%³².

22. Mientras tanto, a nivel latinoamericano, la valorización del mercado de tomógrafos computarizados para el año 2020 sería de US\$750 millones y las principales empresas serían General Electric, Hitachi, NeuroLogica, Neusoft, Philips, Shenzhen Anke, Siemens y Toshiba³³.
23. Con respecto a Chile, de los antecedentes analizados, se observa que las empresas que participan en el territorio nacional son Philips, Siemens, Canon (Tecnoimagen S.A.) y General Electric, todas ellas a través de agencias constituidas en el país³⁴. Asimismo, cabe resaltar que todos los equipos existentes en el territorio nacional son importados³⁵.
24. Ahora bien, desde el punto de vista de la demanda mundial, en general, los principales compradores de tomógrafos son hospitales, centros de cirugía ambulatorios y centros de diagnóstico por imágenes, entre otros³⁶.
25. Específicamente en Chile, la demanda proviene de entidades que conforman el Sistema Nacional de Servicios de Salud (sector público), tales como hospitales, institutos especializados, centros de diagnóstico y tratamiento, entre otros; y de clínicas y centros de diagnósticos privados (sector privado)³⁷.

³² Información pública de la página web Fortune Business Insights para el año 2019. Véase: <https://www.fortunebusinessinsights.com/computed-tomography-ct-scanner-market-104461>

³³ Información pública de la página web Market Data Forecast para el año 2020. Véase: <https://www.marketdataforecast.com/market-reports/latin-america-ct-scan-market>

³⁴ Información pública del Servicio Nacional de Aduanas; y, Consulta de General Electric, p. 9. Todas estas son empresas internacionales en que, por ejemplo, la oficina central de cada una de estas empresas está en Holanda (Philips), Alemania (Siemens), Japón (Canon) y EE.UU. (General Electric). Además, tienen clientes en cientos de países alrededor del mundo. Véase nota al pie N° 46.

³⁵ Consulta de General Electric, p. 12 y 13.

³⁶ Información pública de la página web Fortune Business Insights para el año 2019. Véase: <https://www.fortunebusinessinsights.com/computed-tomography-ct-scanner-market-104461>

³⁷ Véase: Lidan Xu (2012), Mercado de equipamiento médico de diagnóstico e imagenología del sector salud público en Chile, p. 68 a 72. En: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/108107/Lidan%2C%20Xu.pdf?sequence=3&isAlloved=y>. También véase: Consulta de General Electric, p. 10.

26. Respecto al mecanismo de adquisición, los demandantes en el sector privado solicitarían presupuestos y comprarían a través de trato directo, mientras que, en el sector público, estos equipos médicos serían adquiridos a través de licitaciones públicas³⁸.
27. Según información del año 2017, en el país habría más de 400 tomógrafos operativos³⁹.

III.2. Tomógrafos axiales “middle-end” en Chile

28. Como ya se mencionó, no es claro que los segmentos de los tomógrafos constituyan mercados relevantes separados. Si bien la consultante considera que el segmento a ser tomado en consideración en esta consulta solamente correspondería a los tomógrafos “middle-end” -ya que estos serían los afectados por las licitaciones que se analizan⁴⁰-, esta Fiscalía estima que esta segmentación no corresponde necesariamente a un mercado relevante por sí mismo.
29. No obstante lo anterior, y con el objeto de realizar un análisis conservador sobre las licitaciones consultadas en el mercado de los tomógrafos axiales en estos autos, solamente se consideraron los equipos importados que corresponden al segmento de tomógrafos “middle-end”, esto es, aparatos que tengan un valor CIF unitario entre US\$300.000 y US\$700.000⁴¹. Para estos

³⁸ Consulta de General Electric, p. 10.

³⁹ Para el año 2017 en Chile había 24,2 tomógrafos computarizados por millón de habitantes. Véase: OECD (2021), Computed tomography (CT) scanners (indicator). En: <https://data.oecd.org/healtheqt/computed-tomography-ct-scanners.htm#>

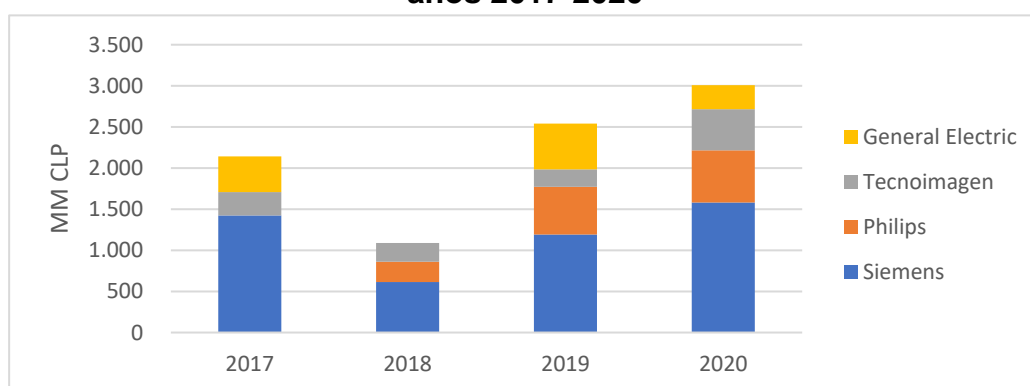
⁴⁰ Ello, pues este segmento sería el que corresponde si se considera el presupuesto disponible en las licitaciones y el valor de los equipos en este segmento. Consulta de General Electric, p. 9.

⁴¹ La cota inferior de USD\$300.000 corresponde al precio promedio de los tomógrafos en la base de datos de Aduanas, sin considerar las máquinas que tienen un valor inferior a USD\$100.000. Luego, se tiene la cota superior de USD\$700.000 considerando el presupuesto disponible y las ofertas recibidas en las licitaciones de Tomé y Penco Lirquén. Cabe destacar que cambios leves en este intervalo de precios no altera los resultados del presente análisis.

efectos, se revisó la información pública disponible en las bases de datos del Servicio Nacional de Aduanas (“Aduanas”)⁴².

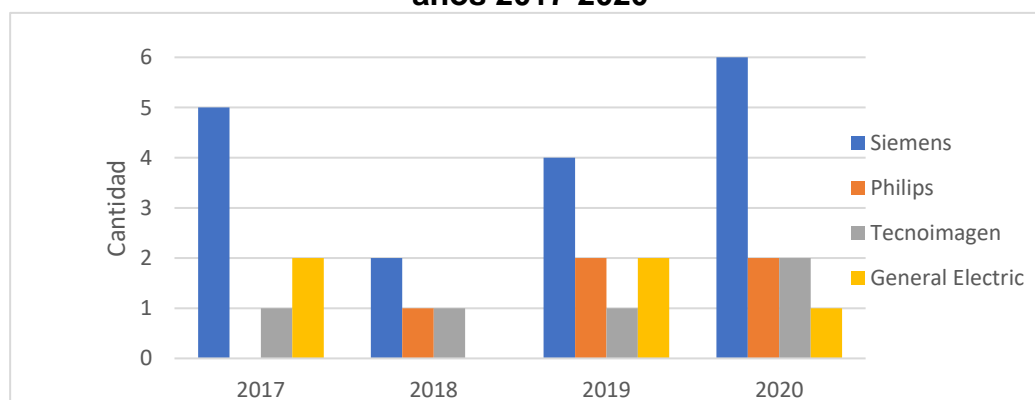
30. En los Gráficos N° 1 y N° 2 se ilustra la evolución de la importación de tomógrafos “middle-end” desde el año 2017 hasta el año 2020.

Gráfico N° 1: Valor de tomógrafos “middle-end” importados a Chile, años 2017-2020



Fuente: Elaboración propia, en base a información pública de Aduanas.

Gráfico N° 2: Cantidad tomógrafos “middle-end” importados a Chile, años 2017-2020



Fuente: Elaboración propia, en base a información pública de Aduanas.

31. Pues bien, de acuerdo a la información de Aduanas, es posible observar que cuatro empresas, Siemens, Philips, Tecnoimagen S.A. (Canon) y General

⁴² En específico, se analizan desde el año 2017 al año 2020 los productos con código arancelario 9022.1210, que corresponden a “aparatos de tomografía regidos por una máquina automática de tratamiento o procesamiento de datos: para uso humano”.

Electric, han importado tomógrafos “middle-end” en el período de 4 años analizado. Cabe destacar que la demanda de este tipo de bienes es poco frecuente y, por lo tanto, existe una importante variación en las importaciones entre años. Incluso, en algunos de ellos hay solamente tres empresas que habrían realizado importaciones⁴³.

32. Habiendo descrito brevemente el segmento de los tomógrafos “middle-end” en el territorio nacional, se procede a evaluar la materia consultada desde la perspectiva de la libre competencia.

III.3. Análisis de las Bases de Licitación consultadas desde la perspectiva de la libre competencia

33. En relación con la consulta de General Electric, se deben tomar en consideración los criterios emanados de la jurisprudencia del H. Tribunal y de las decisiones de esta Fiscalía (Resolución N° 58/2019, Sentencia N° 168/2019 y 114/2011, todas del H. Tribunal; e Informe de Archivo Rol N° 2457-17 y Minuta de Archivo Rol N° 2476-17, de esta Fiscalía), que establecen los requisitos copulativos que deben cumplirse para que las exigencias establecidas en bases de licitación puedan ser consideradas contrarias a la libre competencia.
34. Particularmente, para tales efectos, deben concurrir los siguientes tres requisitos copulativos: **(i)** que el órgano licitante cuente con poder de compra en el mercado relevante del producto licitado; **(ii)** que las exigencias puedan o tiendan a alterar el proceso competitivo de la licitación; y **(iii)** que las exigencias no deben tener una justificación objetiva ni razonable.
35. Pues bien, en relación al primer requisito, cabe recordar que el poder de compra no es otra cosa que el goce de poder de mercado desde la perspectiva del comprador. Así, por ejemplo, el H. Tribunal ha señalado que éste implica

⁴³ En efecto, se observa que Philips -en el año 2017- y General Electric -en el año 2018- no habrían realizado importaciones.

que el adquirente puede “(...) *negociar precios, condiciones o volúmenes de compra distintas a las que existirían en una situación de competencia*”⁴⁴. Como se explica a continuación, esta Fiscalía considera que este requisito no se configura en el caso particular, en atención a que es altamente improbable que el Servicio de Salud de Talcahuano tenga la capacidad de afectar y/o entorpecer el proceso competitivo en el mercado de los tomógrafos⁴⁵.

36. En efecto, para evaluar la importancia relativa de las licitaciones de Talcahuano en el segmento de tomógrafos “middle-end” -como aproximación al poder de mercado con que cuenta el licitante-, es necesario tener en consideración tanto la dimensión geográfica como la temporal de la competencia en este mercado. Adicionalmente, hay que tener presente que las empresas que ofrecen los tomógrafos “middle-end”, también participan en el mercado ofreciendo los otros productos, “high-end” y “low-end”.
37. Pues bien, en primer lugar, respecto a la dimensión geográfica, la falta de poder de compra del órgano licitante en estos autos se debe principalmente a que el ámbito de competencia de las empresas que fabrican tomógrafos es mayor que el territorio nacional, tal como expone la propia consultante. De hecho, las empresas que actualmente importan a Chile compiten en una gran cantidad de países, representando Latinoamérica una porción menor de sus ingresos si se compara con otras regiones del mundo⁴⁶.

⁴⁴ Resolución N° 50/2017, del H. Tribunal, considerando 61.

⁴⁵ Conforme con ello, esta Fiscalía estima que los hechos sometidos al conocimiento del H. Tribunal en estos autos no debieran ser resueltos en sede de libre competencia, siendo más idóneos para tales efectos los instrumentos con que cuenta el Tribunal de Contratación Pública (“TCP”).

⁴⁶ De acuerdo a información pública, la región con mayor participación en el mercado global de tomógrafos es Norteamérica, seguido de Asia y luego Europa. Véase: <https://www.marketdataforecast.com/market-reports/global-ct-scan-market>

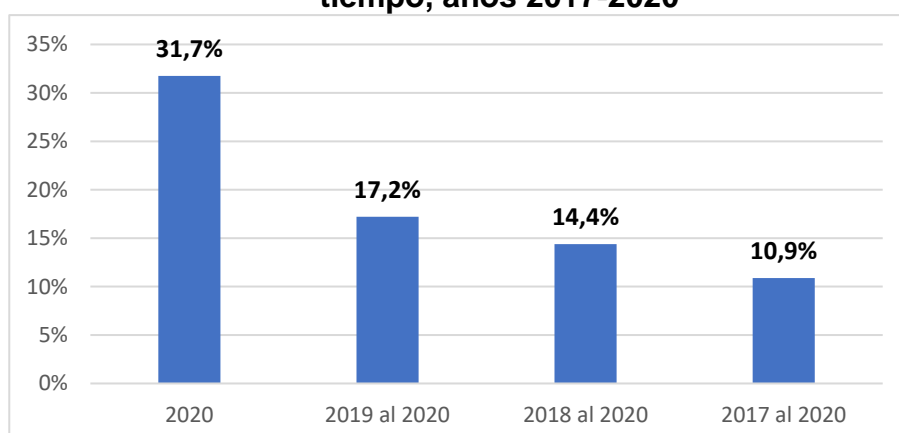
Además, considerando la valorización de mercado indicada en el acápite III.1 *supra*, Latinoamérica representaría un 14,2% de la valorización mundial.

Respecto a los países en que participan los 4 importadores de tomógrafos, GE tiene clientes en más de 160 países (<https://www.gehealthcare.com/about/about-ge-healthcare-systems>); Canon participa en más de 150 países (<https://global.medical.canon/about/global/>); Philips participa en más de 100 países (<https://www.philips.cl/healthcare/about/philips>); y Siemens participa en más de 70 países (<https://www.corporate.siemens-healthineers.com/company>).

38. En efecto, la importancia relativa de las licitaciones objeto de la presente consulta disminuye sustancialmente si se compara con las ventas de tomógrafos en Latinoamérica o el total de ventas mundiales, tal como se expuso en el numeral 21 y 22 anteriores. Sin embargo, incluso si se analiza exclusivamente la demanda de tomógrafos del segmento medio dentro de Chile, el órgano licitante tampoco cuenta con una proporción significativa de la demanda nacional del producto licitado, tal como consta en los gráficos expuestos en el numeral 30 precedente y como se expondrá también *infra*.
39. En segundo lugar, agregando la perspectiva temporal a este análisis, para examinar la participación en las compras de este segmento en particular realizadas en Chile es necesario considerar un horizonte de tiempo de mayor extensión a solamente un año. Ello se debe a que las características del producto y tamaño del mercado chileno conllevan a una baja demanda local y, por ende, a que las adquisiciones de estos bienes no sean frecuentes, provocando que la importación de los tomógrafos a nivel nacional presente una alta variación entre distintos años, ya sea en cantidad de unidades vendidas como en valor en dinero⁴⁷.
40. En ese sentido, en el Gráfico N° 3 se muestra la importancia relativa que tienen las dos licitaciones objeto de la consulta respecto del valor total de las importaciones de tomógrafos “middle-end” calculado para horizontes temporales de 1, 2, 3 y 4 años. Los resultados muestran que las dos licitaciones representan un 31,7% de las importaciones del año 2020, mientras que si se consideran las importaciones que se realizaron para el período comprendido entre los años 2017 y 2020, las licitaciones representan el 10,9% del valor de las mismas.

⁴⁷ Con respecto al caso particular de las licitaciones gestionadas por el Servicio de Salud de Talcahuano, solamente han realizado dos licitaciones de tomógrafos en el periodo comprendido entre los años 2017 al 2020, de acuerdo a las bases de datos de Mercado Público.

Gráfico N° 3: Importancia relativa licitaciones en distintos horizontes de tiempo, años 2017-2020



Fuente: Elaboración propia, en base a información pública de Aduanas.

41. Pues bien, de acuerdo con el gráfico anterior, al aumentar el horizonte de tiempo la importancia relativa de ambas licitaciones en conjunto cae significativamente, llegando hasta un 10,9% en el caso de evaluar un periodo de 4 años. Según esta tendencia, si se evaluara un periodo mayor al reflejado en este gráfico -en consideración a las características del producto, la baja demanda local y la baja frecuencia de las licitaciones-, sería de esperarse que la importancia relativa del Servicio de Salud de Talcahuano disminuyera aún más.

42. Finalmente, y en tercer lugar, cabe recordar que no se están considerando todos los tomógrafos registrados en la base de datos de Aduanas, sino que solo los que tienen un valor en dólares de un rango medio, esto es, que corresponden a un segmento “middle-end”. Si bien existen diferencias en el nivel de precios entre los segmentos de tomógrafos “low-end”, “middle-end” y “high-end”, tal como se mencionó en el Acápite III.1 *supra*, sí existe un grado de sustituibilidad entre los diferentes segmentos, tanto desde perspectiva del usuario final como de los productores.

43. En esta línea, y a modo ilustrativo, si se calcula la importancia relativa de los tomógrafos adjudicados en las licitaciones de los hospitales de Tomé y Penco Lirquén, respecto a las importaciones en el territorio nacional que tengan un valor CIF unitario entre US\$100.000 y US\$900.000 -lo que incluye también a

los tomógrafos de los segmentos “low-end” y “high-end”⁴⁸-, se observa que, únicamente considerando el año 2020, estas licitaciones alcanzan solamente el 16,7% de las importaciones.

44. En este contexto, es altamente improbable que el Servicio de Salud de Talcahuano tenga la capacidad de afectar las condiciones de competencia en el mercado internacional de tomógrafos y/o tenga una posición de dominio en relación a las empresas que podrían participar en las licitaciones consultadas.
45. Como consecuencia, se hace innecesario analizar los demás requisitos referidos anteriormente para efectos de determinar si las exigencias establecidas en las Bases de Licitación examinadas pudieran ser consideradas contrarias a la libre competencia.
46. Sobre este punto, cabe recordar una vez más que el interés público a proteger en esta sede, tanto por esta FNE como por el H. Tribunal, es la libre competencia en el mercado. Así también lo ha señalado este H. Tribunal al indicar que “[e]n Chile, al igual que en el derecho comparado, es claro que la preocupación de derecho de la competencia no es proteger competidores, sino el proceso competitivo”⁴⁹. En otras palabras, “la afectación de la libre competencia por el licitante (o comprador) exige alegar y demostrar que éste tiene poder de compra, esto es, la capacidad de afectar no sólo a unos oferentes en particular sino que la oferta en general, como ocurre cuando hay poder de compra”⁵⁰.
47. Así, aunque en las bases de esta licitación en particular se pudieran observar requisitos injustificados y/o discriminatorios, ello no es suficiente para afectar la dinámica competitiva de un mercado como el descrito en los párrafos precedentes. En efecto, como fue resuelto por este H. Tribunal, el

⁴⁸ De acuerdo a la información pública de Aduanas, el valor CIF en pesos chilenos de las importaciones en este rango de precios fue de \$5.706.439.010 para el año 2020.

⁴⁹ En Sentencia N° 138/2014, del H. Tribunal, considerando 6.

⁵⁰ En Sentencia N° 138/2014, del H. Tribunal, considerando 19.

incumplimiento de la obligación especial que le asiste al Estado de promover la máxima competencia en los actos de contratación de los organismos públicos “(...) *no debería asimilarse necesariamente a una infracción al artículo 3° del Decreto Ley N° 211 cuando, como ocurre en la especie, el Estado no tiene poder de mercado del que pueda abusar*”⁵¹.

48. Finalmente, cabe hacer presente que la normativa en la que se enmarcan los procesos de compras públicas -Ley N° 19.886 y su regulación complementaria- indica que estos procesos deben cumplir, entre otros, con los principios de estricta sujeción a las bases, igualdad de los oferentes y libre concurrencia de éstos, contemplando vías de impugnación específicas⁵².

IV. CONCLUSIONES

49. El análisis realizado por esta Fiscalía indica que es altamente improbable que el Servicio de Salud de Talcahuano tenga la capacidad de afectar las condiciones de competencia en el mercado internacional de tomógrafos y/o tenga poder de compra en relación a las empresas que podrían participar como oferentes en las licitaciones consultadas.
50. Ello se debe a que, debido a las características del producto y del ámbito geográfico de la competencia, es difícil justificar que estas dos licitaciones pudiesen tener un impacto en el desempeño competitivo del mercado, ya sea explotando el eventual poder de mercado del comprador o excluyendo a un competidor de la industria.
51. En virtud de lo expuesto, esta Fiscalía estima que los hechos del presente caso, en la medida que no significan una afectación a la libre competencia en el mercado relevante examinado, debieran ser conocidos y resueltos por

⁵¹ En Sentencia N° 114/2011, del H. Tribunal, considerando 35.

⁵² En particular, el Tribunal de Contratación Pública podría conocer de los hechos consultados y, eventualmente, calificar de arbitrario y/o ilegal ciertos requisitos establecidos en las BALI.

medio los mecanismos correctivos pertinentes conforme con la normativa vigente contenida en la Ley N° 19.886 y su regulación complementaria.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto y de lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 18 N° 2, 31 y 32 del DL N° 211,

A ESTE H. TRIBUNAL SOLICITO: Tener por evacuado el informe de la Fiscalía Nacional Económica y, en su mérito, por aportados antecedentes a la Solicitud de autos.

OTROSÍ: Sírvase el H. Tribunal tener presente que mi personería para representar a la Fiscalía Nacional Económica se sigue de lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley N° 18.834 que “aprueba Estatuto Administrativo” y de lo dispuesto en el Decreto N° 158, de 11 de diciembre de 2018, que da cuenta de mi nombramiento en el cargo de Fiscal Nacional Económico.

Asimismo, solicito se tenga presente que, en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, asumiré personalmente el patrocinio en la presente gestión judicial, con el domicilio ya individualizado. Sin perjuicio de lo anterior, por este acto confiero poder a los abogados habilitados para el ejercicio de la profesión doña Julie Massmann Wyneken y don Bernardo Arancet Yáñez, de mi mismo domicilio, quienes podrán actuar de forma conjunta, separada e indistintamente, y que firman en señal de aceptación.