

- EN LO PRINCIPAL** : Aporta antecedentes.
- PRIMER OTROSÍ** : Acompaña documento bajo confidencialidad.
- SEGUNDO OTROSÍ** : Acompaña versión pública de documento, con citación.
- TERCER OTROSÍ** : Acompaña documento, con citación.
- CUARTO OTROSÍ** : Se tenga presente.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

RICARDO RIESCO EYZAGUIRRE, FISCAL NACIONAL ECONÓMICO, abogado, por la **FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA**, en autos caratulados "Consulta de la Dirección de Compras y Contratación Pública sobre las bases administrativas tipo para la adquisición centralizada del papel multipropósito y sus anexos contenidos en la resolución número 6 de Dirección Chile Compra", **RoI NC 453-2019**, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente digo:

Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 N° 4 y 31 N° 1 del Decreto Ley N° 211, de 1973 ("**DL 211**"), vengo en aportar los siguientes antecedentes a este H. Tribunal en los términos que se expondrán a continuación:

1. Con fecha 7 de marzo de 2019, la Dirección de Compras y Contratación Pública ("**ChileCompra**" o "**DCCP**") ingresó al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("**TDLC**") una consulta con el objeto de que éste se pronuncie acerca de si las "Bases Administrativas Tipo para la Adquisición Centralizada de Papel Multipropósito con sus Anexos"¹ ("**BALI**") se ajustan al DL 211.
2. Con fecha 12 de marzo de 2019, este H. Tribunal dictó la resolución de inicio del procedimiento contemplado en el artículo 31 del DL 211 respecto de la consulta

¹ Las Bases y sus respectivos anexos se encuentran contenidos en la Resolución N°6 de fecha 5 de marzo de 2019, de la DCCP. Cabe señalar que, conforme a la Resolución N°1600 del año 2008 de la Contraloría General de la República ("**CGR**"), la citada Resolución N°6 en la que se contienen las Bases, debe someterse al trámite de toma de razón, sin embargo, como indica la propia DCCP, su examen de legalidad aún no ha sido efectuado en espera de lo que resuelva el TDLC en este procedimiento no contencioso.

formulada por la DCCP. Asimismo, ofició a diversos organismos públicos y privados, entre ellos esta Fiscalía, a fin de que aportaren antecedentes².

3. Con el objeto de ejercer las facultades establecidas en el artículo 39 del DL 211 y para recabar los antecedentes necesarios para el presente informe, esta Fiscalía resolvió iniciar investigación el día 22 de marzo de 2019, bajo el Rol FNE N° 2540-19. De acuerdo a ello, esta presentación se estructura de la siguiente forma:

I. ANTECEDENTES.....	2
II. CUESTIÓN PRELIMINAR: COMPRAS COLABORATIVAS Y CONVENIOS MARCO ...	4
II.1 Regulación de Compras Públicas.....	4
II.2 Principios de la contratación administrativa.....	4
II.3 Procedimientos de contratación administrativa.....	7
II.4 Modalidades de compras	9
III. MERCADO DE PAPEL MULTIPROPÓSITO	12
III.1 Mercado Mayorista.....	14
III.2 Mercado minorista en relación con las compras del Estado.....	16
IV. ANÁLISIS DE COMPETENCIA	19
IV.1 Habilitación legal del artículo 30 letra e) de la LCP	20
IV.2 Riesgos de abuso de poder de compra.....	22
IV.3 Riesgos potenciales en las BALI.....	24
V. CONCLUSIONES.....	32

I. ANTECEDENTES

4. La DCCP ha indicado que actualmente se encuentra ejecutando el “Proyecto de Fortalecimiento Institucional de Dirección ChileCompra”, el cual comprende seis áreas prioritarias³, una de las cuales corresponde a desarrollar un modelo de

² Copia fiel de esta resolución fue ingresada a la FNE con fecha 19 de marzo de 2019, a través del Ord. N° 21, del H. Tribunal, de 14 de marzo de 2019. El extracto de la resolución de fecha 12 de marzo de 2019 fue publicado en el Diario Oficial el 21 de marzo de 2019, por lo que el plazo de 30 días hábiles para aportar antecedentes vencía preliminarmente el 27 de abril de 2019. Con fecha 29 de abril de 2019, el H. Tribunal extendió de oficio el plazo para aportar antecedentes a todos los interesados hasta el 16 de mayo de 2019.

³ Estas corresponden a: (i) compras colaborativas; (ii) compras de bajo monto; (iii) pago electrónico; (iv) transformación digital; (v) evolución tecnológica; y (vi) observatorio de eficiencia.

compras colaborativas, el cual estaría siendo implementado -en este caso- a través de compras centralizadas.

5. En concreto, ChileCompra pretende ejecutar adquisiciones centralizadas de papel multipropósito, el que en la actualidad es adquirido por los diversos órganos de la Administración en el portal de Mercado Público, bajo las condiciones establecidas en el Convenio Marco ID 2239-4-LP14 de artículos Escritorio y Papelería⁴, licitaciones públicas o trato directo.
6. A juicio de la consultante, la implementación de este modelo tiene como objetivos la eficiencia y la obtención de ahorros para el Fisco, ya que se aprovecharían economías de escala y se lograrían reducir costos de transacción, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley N° 19.886 (“**Ley de Compras**” o “**LCP**”) que establece el deber de la Administración de propender a la eficiencia, eficacia y ahorro en sus contrataciones.
7. Particularmente, en palabras de la DCCP, al ser el papel multipropósito un bien estandarizado, al agregar volúmenes el órgano comprador puede beneficiarse de economías de escala, y de la posibilidad de que los proveedores operen con una curva de costo marginal decreciente y con una mejor distribución de sus costos fijos⁵, a la vez que puede obtener precios más bajos derivados de un mayor poder de negociación y de la optimización de los procesos de adquisición⁶.
8. Con este objetivo es que ChileCompra elaboró unas Bases Administrativas Tipo que someten a consulta ante este H. Tribunal, con el objeto de dotar de la necesaria certeza jurídica desde un punto de vista de las normas de defensa de la libre competencia a los procesos de licitación para la adquisición centralizada de papel multipropósito.

⁴ De acuerdo al Portal de Mercado Público “Tienda Convenio Marco”, a la fecha, existen 130 SKU correspondientes a papel multipropósito.

⁵ HERRERA ACHUSTEGUI, Ignacio (2015). *Centralizing public procurement and competitiveness in Directive 2014/24*, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2633445

⁶ ALBANO, Gian. SPARRO, Marco (2010). *Flexible Strategies for Centralized Public Procurement*, en *Review of Economics and Institutions*, 1(2), Article 4, disponible en <http://www.rei.unipg.it/rei/article/view/17>.

II. CUESTIÓN PRELIMINAR: COMPRAS COLABORATIVAS Y CONVENIOS MARCO

II.1 Regulación de Compras Públicas

9. En nuestro ordenamiento jurídico, la Administración del Estado se procura bienes y servicios a través de contratos administrativos de suministro y de prestación de servicios, los cuales se encuentran sujetos a la Ley N° 19.886 Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, y a su Reglamento, el Decreto Supremo N° 250 de 2004 del Ministerio de Hacienda⁷ (“Reglamento”).
10. Dichos contratos se definen, siguiendo lo dispuesto en los artículos 1° y 2° de la LCP, como aquellos celebrados a título oneroso por los órganos de la Administración del Estado⁸ para el suministro de bienes muebles y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, pudiendo tener por objeto la compra o el arriendo, incluso con opción de compra⁹.

II.2 Principios de la contratación administrativa

11. La contratación pública -como actividad de la Administración- está sujeta a determinados principios que han sido delineados por la jurisprudencia administrativa, judicial y la doctrina, siendo reconocidos por la propia institucionalidad pública¹⁰. Éstos corresponden a los principios de libre

⁷ Cabe indicar que este cuerpo normativo se encuentra modificado por el Decreto Supremo N° 1410 de 2015, y por el Decreto Supremo N° 1763 de 2015, ambos del Ministerio de Hacienda.

⁸ De acuerdo al artículo 1° de la Ley N° 19.886, en relación al artículo 1° de la Ley N° 18.575, la LCP aplica a los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la CGR, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades, las empresas públicas creadas por ley, además del Consejo Nacional de Televisión.

⁹ El artículo 2° de la LCP establece casos comprendidos dentro del contrato suministro, mientras que el artículo 3° dispone aquellos contratos expresamente excluidos de la aplicación de dicha ley.

¹⁰ Es el caso del Consejo de Auditoría General de Gobierno que, a través del Boletín Electrónico N°34 de diciembre de 2016, expone los puntos clave de la normativa vigente sobre Compras Públicas, indicando en el Punto I los “Principios Generales de la Contratación Pública”. Dicho boletín puede encontrarse en <http://www.auditoriainternadegobierno.gob.cl/wp-content/uploads/2016/12/Boletin-Electronico-N%C2%B0-34-Compras-Publicas.pdf> [Extraído el 17 de abril 2019]. Asimismo, la DCCP en su “Decálogo de Probidad en las Compras Públicas para Funcionarios del Estado” ha recogido dichos principios. Más información en: <https://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2017/05/Probidad.pdf> [Extraído el 17 de abril de 2019].

conurrencia, igualdad de los oferentes, sujeción estricta a las bases, no formalización, transparencia y publicidad, economía y eficiencia¹¹.

12. El principio de libre concurrencia deriva de lo establecido en el artículo 7° inciso 3° de la LCP, de acuerdo al cual *“En las licitaciones públicas cualquier persona podrá presentar ofertas”*, pero no se agota en una posibilidad formal de participar, sino que implica que los requisitos y criterios de evaluación fijados por la entidad licitante deben ajustarse a la finalidad del contrato, sin establecer exigencias exorbitantes a éstas¹².
13. Desde la óptica del DL 211, la protección de la libre concurrencia de los oferentes es deseable en miras a obtener un proceso con alta intensidad competitiva, que permita a la Administración lograr mejores precios de compra, lo cual implica que la entidad licitante no disponga requisitos arbitrarios¹³ que constituyan barreras a la entrada.
14. Por su parte, el principio de igualdad de los oferentes consiste en que se debe garantizar un trato igualitario y no discriminatorio a los participantes de una licitación, quedando sujetos a lo que dispongan las bases¹⁴, el cual deriva de lo expresamente señalado por el artículo 6° de la LCP y por el artículo 20 del Reglamento.
15. En materia de libre competencia, este principio es una forma de proteger el proceso competitivo¹⁵, ya que las arbitrariedades pueden dejar fuera a

¹¹ Considerado que la actividad de contratación pública es muy amplia, la cual incluye no sólo contratos de suministro y de prestación de servicios, sino también de concesiones de obra pública y ejecución de obra pública, la doctrina ha indicado otros principios tales como la mutabilidad del contrato, preeminencia de la Administración y equilibrio económico. MORAGA, CLAUDIO. *Contratación Administrativa* (Segunda Edición). Thomson Reuters, 2019. Sin embargo, por su contenido estos principios son más bien aplicables a construcción y concesiones de obra pública que a suministro y prestación de servicios.

¹² En este sentido se ha pronunciado la CGR en los Dictámenes N° 7505 de 2019 sobre exigencia de marcas específicas, N° 3260 de 2019 sobre requisitos de admisibilidad, y N° 26675 de 2018 sobre modificaciones arbitrarias en la tramitación de la licitación.

¹³ Ha sido lo ha señalado este Servicio, indicando *“[q]ue en la determinación de las variables del proceso de contratación y en el diseño específico de las bases de licitación se evite toda circunstancia o requisito que constituya una barrera u obstáculo que limite, retarde o impida la participación en el proceso de alguna empresa interesada en hacerlo”*. FNE, *Compras públicas y libre competencia*, 2011. Por su parte, el TDLC ha establecido que puede analizar las bases de licitación *“para determinar si las mismas aseguran la libre concurrencia de oferentes bajo condiciones objetivas y uniformes, de manera tal de emular una situación de mercado competitiva”*, Resolución N° 13 TDLC de 27 de junio de 2006, considerando tercero.

¹⁴ Dictamen N° 19.257 de 2018, Contraloría General de la República.

¹⁵ El TDLC, al pronunciarse sobre la consulta de la Asociación Industrial de Laboratorios Farmacéuticos Chilenos A.G. sobre las Bases de Licitación Tipo de CENABAST, indicó que las licitaciones son competitivas cuando reúnen las características de ser no discriminatorias, objetivas y transparentes. Resolución N° 50 del TDLC de fecha 6 de marzo de 2017, punto 56.

competidores eficientes e, incluso, una entidad licitante con comportamientos discriminatorios puede desincentivar *ex ante* la participación de empresas¹⁶ en un proceso de compras públicas futuro.

16. El principio de economía y eficiencia deriva de lo dispuesto en el inciso final del artículo 6° de la LCP, conforme al cual la Administración debe propender a la eficacia, eficiencia y ahorro en las compras públicas, lo que para la doctrina implica el reconocimiento de un deber de cautela del patrimonio público¹⁷. Esto es sin perjuicio de lo que dispone el inciso primero del artículo citado, en virtud de cual se debe alcanzar la combinación más ventajosa entre los beneficios del producto y sus costos asociados, es decir, un equilibrio entre aspectos técnicos y el precio.
17. En consonancia con este principio, esta Fiscalía ha sostenido en su *Guía de Compras Públicas y Libre Competencia* que mediante los procesos de compras el licitante busca maximizar su beneficio y recomienda, entre otros, que al establecer los criterios de adjudicación se privilegie siempre la variable precio, evitando los “concursos de belleza”, es decir, licitaciones que se definen antes por los requisitos técnicos que por el mejor precio ofrecido al comprador¹⁸.
18. Lo anteriormente señalado es sin perjuicio de otras políticas públicas ajenas al ámbito de la competencia, como sucede con el caso de criterios de sustentabilidad ambiental, buenas prácticas laborales e inclusión social introducidos por las leyes N° 20.238, 20.787, 20.940 y 21.056 y el D.S. N° 1.410 de 2015 del Ministerio de Hacienda¹⁹, los que pueden ser empleados por la

¹⁶ De acuerdo al TDLC “la inclusión de cláusulas que otorguen discrecionalidad al accionar de la autoridad, tanto en el procedimiento de licitación como durante la explotación de la concesión misma, tiene efectos anticompetitivos, toda vez que al aumentar la incertidumbre del negocio se reducen los incentivos a participar en la licitación y, por lo tanto, disminuye la competencia *ex ante*”. Resolución N°13 del TDLC de fecha 27 de junio de 2006, considerando décimo quinto.

¹⁷ BARRA, NANCY. CELIS, GABRIEL. *Contratación Administrativa bajo la Ley de Compras* (Quinta Edición). Thomson Reuters, 2018, p. 99.

¹⁸ FNE. *Compras públicas y libre competencia*. 2011.

¹⁹ De acuerdo al artículo 23, N°3 del Reglamento, las bases pueden contener “*Criterios y ponderaciones que se asignen a los Oferentes, derivados de materias de alto impacto social. Para estos efectos, se entenderá por materias de alto impacto social, entre otras, aquellas relacionadas con el cumplimiento de normas que privilegien el medioambiente, con la contratación de personas en situación de discapacidad o de vulnerabilidad social y con otras materias relacionadas con el desarrollo inclusivo; así como con el impulso a las empresas de menor tamaño y con la descentralización y el desarrollo local. Estos puntajes o ponderaciones no podrán, en caso alguno, ser los únicos que se consideren para determinar la adjudicación de la oferta más conveniente*”.

entidad licitante para evaluar las ofertas, pero que deben ser aplicados en consonancia al ahorro y eficiencia en las contrataciones.

19. En cuanto a los principios de estricta sujeción a las bases, transparencia y publicidad, la regulación de compras públicas los recoge expresamente en la Ley N° 19.886, siendo relevantes desde la perspectiva de la libre competencia, ya que permiten que el proceso de licitación sea no discriminatorio, objetivo y transparente y, por ende, económicamente competitivo²⁰.

II.3 Procedimientos de contratación administrativa

20. Para celebrar contratos administrativos de suministro y de prestación de servicios, los órganos públicos deberán seleccionar un comprador mediante alguno de los procedimientos que determina la LCP y el Reglamento. Éstos son: (i) convenio marco; (ii) licitación pública; (iii) licitación privada; y (iv) trato directo. El procedimiento a emplear por la entidad compradora no está sujeto a su discrecionalidad, sino que dependerá de un orden de prelación y causales establecidos en el cuerpo legal precitado²¹.

21. El Convenio Marco se define como el procedimiento de contratación realizado por la DCCP, para procurar el suministro directo de bienes y servicios a las entidades públicas en la forma, plazo y demás condiciones establecidas en dicho convenio.

22. La celebración de Convenios Marco la deberá hacer la DCCP, ya sea de oficio o a solicitud de una o más entidades públicas, y se adjudicará mediante licitación pública por regla general a dos o más oferentes²², cuyas ofertas pasarán a

²⁰ Op. Cit. 14.

²¹ Este orden de prelación se construye en base a lo establecido entre los artículos 8 y 10, y el artículo 14 del Reglamento, conforme a los cuales corresponde en primer lugar que la entidad pública adquiera los bienes y servicios dentro del Convenio Marco licitado y adjudicado por la Dirección de ChileCompra, el que es publicado a través de catálogos de convenios marco en el sistema de información (www.mercadopublico.cl). La adquisición mediante Convenio Marco no procede en dos circunstancias: (i) en caso de que la entidad compradora adquirente obtenga condiciones más ventajosas conforme al artículo 15 del Reglamento; o (ii) en caso que el bien o servicio que se necesita adquirir no tenga un convenio marco. En cualquiera de estos dos casos, procede la compra a través de licitación pública, salvo que concurra alguna de las circunstancias establecidas en el artículo 10 del Reglamento, en cuya situación podrá adquirirse a través de licitación privada o trato directo.

²² Si bien no hay norma que establezca que el Convenio Marco se adjudicará siempre a dos o más oferentes, la naturaleza misma de éste lleva a dicha conclusión, ya que el objetivo es generar un catálogo electrónico de un mismo tipo de bien o servicio, proveído por distintos oferentes.

formar un catálogo electrónico. De dicho catálogo los servicios públicos deberán adquirir los bienes y servicios, a menos que puedan obtener el mismo producto en condiciones más ventajosas²³, o no exista un Convenio Marco respecto de ese bien o servicio específico.

23. En caso de que uno o más servicios públicos efectúen una compra por más de 1.000 UTM²⁴ de un bien o servicio que se encuentre en el catálogo electrónico del Convenio Marco, deberán llevar a cabo un proceso de "Gran Compra". Éste se inicia con la publicación de una "intención de compra"²⁵, que consiste en una comunicación dirigida a los proveedores del Convenio Marco, a fin de que éstos presenten una nueva oferta en un plazo razonable, debiendo seleccionarse aquella que resulte mejor evaluada.

24. La licitación pública es definida en el artículo 2, N°21 del Reglamento como el "procedimiento administrativo de carácter concursal, mediante el cual la Administración realiza un llamado público, convocando a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente".

25. Este procedimiento se encuentra regulado entre los artículos 19 a 43 del Reglamento. En términos generales, posee una primera etapa opcional de consultas al mercado²⁶. Sin embargo, en lo que se refiere a etapas obligatorias, por regla general²⁷ primero se abre la convocatoria pública a participar, luego un

²³ La obtención de bienes y servicios bajo Convenio Marco en condiciones más ventajosas se encuentra regulada en el artículo 15 del Reglamento, el cual dispone, en cuanto a dichas condiciones, que "*deberá referirse a situaciones objetivas, demostrables y sustanciales para la Entidad, tales como, plazo de entrega, condiciones de garantías, calidad de los bienes y servicios, o bien, mejor relación costo beneficio del bien o servicio a adquirir*". Adicionalmente se establece que la entidad deberá informar esta situación a la DCCP y que las condiciones más ventajosas podrán verificarse, entre otros, a través de procesos de consulta en el sistema de información, publicidad y listas de precios, etc.

²⁴ Es importante tener en consideración que el artículo 7 inciso final de la LCP dispone que "*La Administración no podrá fragmentar sus contrataciones con el propósito de variar el procedimiento de contratación*", lo que resulta aplicable a los Convenios Marco y a los procesos de Grandes Compras.

²⁵ De acuerdo al artículo 14 bis del Reglamento, en la intención de compra se comunica a todos los proveedores del bien o servicio dentro del Convenio Marco, la cantidad de bienes o servicios requeridos para que éstos efectúen sus ofertas, las cuales serán evaluadas conforme a los mismos criterios y ponderaciones definidos en las bases de licitación del Convenio Marco respectivo, en lo que sean aplicables.

²⁶ De acuerdo a lo establecido en el artículo 13 del Reglamento, estas consultas consisten en "*procesos formales de consultas o reuniones con proveedores, mediante llamados públicos y abiertos, convocados a través del Sistema de Información, con el objeto de obtener información acerca de los bienes o servicios requeridos, tiempos de preparación de las ofertas, o cualquier otra que requieran para la confección de las bases*".

²⁷ Excepcionalmente, en las licitaciones en que las ofertas sean de gran complejidad, o sean superiores a 5.000 UTM, antes de elaborar las bases de licitación, los servicios públicos deberán analizar información acerca de las características de los bienes o servicios requeridos, sus precios, costos asociados, y en general cualquier

período de consultas y aclaraciones a través de la plataforma electrónica, sigue la recepción y apertura de ofertas y la evaluación de las mismas, para finalmente adjudicar el contrato o declarar desierta la licitación.

26. La licitación privada también es un procedimiento de carácter concursal, pero en el cual el órgano licitante invita a determinadas empresas a ofertar conforme a unas bases previamente fijadas y de las cuales elegirá la mejor evaluada. Por su parte, el trato o contratación directa consiste en que el órgano adquirente elige qué comprar y a quién comprar sin concurso previo de ningún tipo -sólo cotizaciones-. Ambos casos proceden únicamente en aquellas causales establecidas en el artículo 10 del Reglamento y requieren de la dictación de una resolución fundada previa por parte de la autoridad.

II.4 Modalidades de compras

27. De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, podemos identificar tres tipos de actores en las compras públicas para la adquisición de bienes y servicios: la DCCP, los órganos y servicios públicos que se encuentran regidos por la Ley N° 19.886²⁸, así como las empresas oferentes, estén o no inscritas en el Registro de Proveedores²⁹.

28. La DCCP puede asumir dos roles³⁰. Por una parte, puede actuar como órgano asesor en materias de planificación y gestión de los procesos de compra de los servicios públicos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 30, letra a de la LCP, o puede actuar como un ente gestor de procesos de compra, ya sea licitando la suscripción de convenios marco (artículo 30, letra d de la LCP) o como mandatario de uno o más servicios públicos (artículo 30, letra e de la LCP).

otra característica que se requiera para confeccionar las bases, pudiendo efectuar consultas al mercado u otro mecanismo (artículo 13 ter del Reglamento).

²⁸ Op. Cit. 7.

²⁹ De acuerdo a lo establecido en el artículo 80 del Reglamento, existirá un Registro de Proveedores, en el cual se inscribirán todas las personas, naturales y jurídicas, chilenas y extranjeras, que no tengan causal de inhabilidad para contratar con los organismos del Estado. No obstante, la inscripción en el Registro de Proveedores no constituye un requisito de admisibilidad de las ofertas en un proceso licitatorio, sino que, siguiendo lo dispuesto en el artículo 66 inciso 4 del Reglamento, "[l]as Entidades podrán exigir a los Adjudicatarios su inscripción en el Registro de Proveedores para poder suscribir los contratos definitivos".

³⁰ En estricto sentido la DCCP tiene más funciones que las señaladas, las que se encuentran reguladas en el artículo 30 LCP. Sin embargo, desde la perspectiva de la actividad de compra misma, puede asumir el rol de asesor o de gestor de procesos de compra.

29. En todo procedimiento de compras existen seis variables que conforman la decisión: (i) qué comprar; (ii) cómo comprar; (iii) cuándo comprar; (iv) cuánto comprar; (v) a quién comprar; y (vi) cuándo pagar. Considerando que los órganos de la Administración pueden comprar directamente, o la DCCP puede actuar como gestora de dichas compras, estas variables serán definidas por una u otra, a partir de lo cual podemos identificar cinco modalidades de compra:

- a. Compras desagregadas.
- b. Compras conjuntas.
- c. Compras dentro de Convenio Marco.
- d. Compras conjuntas en Grandes Compras.
- e. Compras centralizadas.

30. En las compras desagregadas, el órgano adquirente mantiene plena autonomía para la determinación de las seis variables de compra, debiendo -en todo caso- dar pleno cumplimiento a las disposiciones de la LCP y su Reglamento, por lo que el procedimiento de compra dependerá de lo que la normativa establezca.

31. Una segunda modalidad es la compra conjunta, esto es, dos o más servicios públicos concertados para realizar un único procedimiento de compra con la finalidad de proveerse un determinado bien o servicio³¹. En esta modalidad los servicios públicos mantienen el poder decisonal sobre las seis variables de compra, sin embargo -individualmente considerados- éste se ve atenuado, debido a la necesidad de que las partes compradoras alcancen un acuerdo en cada uno de estos puntos³².

32. Jurídicamente, estas compras se encuentran fundadas en lo dispuesto en los artículos 3° y 5° de la Ley N° 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado (“**LBGAE**”), que consagran los principios de eficiencia, colaboración y coordinación entre organismos públicos³³. Mientras que, desde un punto de

³¹ La DCCP la ha definido como “compras unificadas que realiza un grupo de compradores, previamente concertados, con el objetivo de obtener mejores precios y/o condiciones comerciales al usar un mayor poder de compra”. Dirección de Compras y Contratación Pública, Directiva N° 29 “Recomendaciones para realizar compras conjuntas de bienes y servicios”. Resolución Exenta N° 611-B de 19 de noviembre de 2018.

³² La adopción de este acuerdo, siguiendo la Directiva N° 29, puede ser de manera directa a través de la elaboración conjunta de las bases de licitación o pueden suscribirse acuerdos de colaboración entre los Servicios que fijen un marco común a próximas adquisiciones conjuntas.

³³ Op. Cit 28.

vista económico, dichas compras tienen como objetivo aprovechar economías de escala y un mayor poder de compra de los órganos adquirentes³⁴.

33. La compra dentro de un Convenio Marco es una modalidad en la cual la entidad compradora ya no tiene completa autonomía para determinar qué y a quién comprar, pues se trata de productos y proveedores que están previamente definidos en el catálogo de Convenio Marco³⁵. Así también, el órgano comprador no podrá decidir cómo comprar, sino que esa decisión ya ha sido tomada por la DCCP.
34. La compra conjunta en Grandes Compras constituye una modalidad aún menos autónoma desde el punto de vista de las entidades adquirentes, ya que para emitir la intención de compra requerirán haber acordado previamente los puntos con los demás servicios compradores y, además, tendrán las limitaciones propias del Convenio Marco que se han visto en el párrafo anterior.
35. Finalmente, la modalidad de compras centralizadas se caracteriza porque una entidad, denominada Organismo Central de Compras o *Central Purchasing Body* (“CPB”), concentra la decisión sobre los seis aspectos de compra, con el objetivo de obtener ahorros derivados de los menores costos administrativos y de gestión de las entidades agrupadas en una Compra Centralizada. En nuestro ordenamiento jurídico, el CPB, para compras distintas a bienes relacionados con el sector salud, corresponde a ChileCompra, en ejercicio de la facultad establecida en el artículo 30 letra e LCP y artículo 7° inciso 3 del reglamento³⁶.
36. Esta modalidad se ocupa en Chile para la adquisición de medicamentos a través de la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud

³⁴ Ibid.

³⁵ De acuerdo a la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, los Convenios Marco o *Framework Agreements* se definen como “*an agreement between one or more contracting authorities and one or more economic operators, the purpose of which is to establish the general terms governing purchase orders to be awarded during a given period*”. OECD, *Public Procurement in Chile. Policy options for efficient and inclusive Framework Agreements*, OECD Publishing, 2017.

³⁶ De acuerdo a la LCP, “*Son funciones del Servicio las siguientes:*

e) *Representar o actuar como mandatario de uno o más organismos públicos a que se refiere esta ley en la licitación de bienes o servicios en la forma que establezca el reglamento*”. Mientras que el reglamento dispone que “*Las entidades podrán ser representadas por la Dirección de Compras en la licitación de bienes o servicios. Para ello, y en cada caso, se suscribirá un convenio en el cual se regulará la forma y alcance del mandato requerido*”.

("CENABAST")³⁷ y ha sido empleada tres veces por la DCCP³⁸ desde la dictación de la Ley N° 19.886. A nivel comparado, existen algunas variantes específicas de compras centralizadas, como sucede con los *Framework Contracts* o Contratos Marco, en los cuales se adjudica la provisión de bienes estandarizados a un solo proveedor en condiciones fijas y en los cuales los servicios públicos emiten órdenes de compra directa³⁹.

37. Esta última modalidad es la que ChileCompra ha decidido emplear para la adquisición de papel multipropósito -sin perjuicio de su intención de usarla para otros bienes y servicios en el futuro-, cuyas Bases de Licitación Tipo ha sometido a consulta de este H. Tribunal, de modo que en el siguiente acápite se hará una breve exposición del mercado de papel multipropósito y, a continuación, el análisis de competencia de las Bases indicadas.

III. MERCADO DE PAPEL MULTIPROPÓSITO

38. En Chile, desde la segunda mitad de la década pasada⁴⁰ el papel utilizado para impresión o fotocopias comercializado en el formato de resmas de distintos tamaños (carta, oficio, A4, etc.) es importado en su totalidad⁴¹, no existiendo

³⁷ El artículo 70 letra a) del Decreto con Fuerza de Ley N° 1/2005 del Ministerio de Salud, dispone que a CENABAST le corresponde "Proveer de medicamentos, artículos farmacéuticos y de laboratorio, material quirúrgico, instrumental y demás elementos e insumos que se requieran para el ejercicio de las acciones de salud a que se refiere el artículo 68.

Para estos fines, la Central podrá adquirir, almacenar, distribuir, transportar, arrendar y vender esos elementos a los organismos, entidades, establecimientos y personas que formen parte del Sistema, con el solo objeto de cumplir los planes y programas del Ministerio y a los demás organismos públicos, entre cuyos fines institucionales esté la realización de acciones de salud en favor de sus beneficiarios; de conformidad al reglamento".

³⁸ Se trata de las licitaciones ID: (i) 1060323-2-LR19 para la Adquisición de Telefonía Móvil y Banda Ancha Móvil; (ii) 2293-12-LR17 para abastecer los consumos de los servicios públicos de la región del Biobío no sometidos a regulación de precios; y (iii) 1060323-1-LR19 para la adquisición de suministro de energía y potencia eléctrica, la cual se encuentra en esta de abierta para presentar ofertas, hasta el 30 de mayo de 2019.

³⁹ De acuerdo al CONSIP, sociedad por acciones del cual el único accionista es el gobierno italiano, cuyo giro es la adquisición de bienes y servicios para los órganos de la Administración del Estado, los *Framework Contracts* son "Contracts stipulated by Consip, on behalf of the Ministry of Economy and Finance, which allow Public Authorities to purchase directly from the suppliers that have been awarded the framework contract - according to set contract conditions and prices - until the maximum quantity or amount defined by the framework contract is reached".

⁴⁰ No se pudo determinar una fecha precisa para el cierre de la última fábrica de este tipo de papel en Chile. Sin embargo, de acuerdo por lo expuesto por casi la totalidad de los agentes que prestaron declaración a esta Fiscalía, el cese de la producción local coincide con los cambios efectuados entre 2007 y 2008 en la planta de producción de celulosa de la Compañía Manufacturera de Papeles y Cartones (CMPC) localizada en Laja. De acuerdo a las memorias de la CMPC de 2006, en su página 14 se reportan como productores de papel para impresiones pero en la memorias de 2007 ya no. Ver https://issuu.com/empresascmpc/docs/cmpc_s_2006_annual_report y https://issuu.com/empresascmpc/docs/cmpc_s_2007_annual_report [última visita: 03 de Mayo de 2019].

⁴¹ Los códigos de importación, de acuerdo la clasificación del sistema armonizado de 2012, para estos productos son 480256 y 480257 que corresponden a papel y cartón sin revestir, del tipo utilizado para escribir, imprimir u otros fines gráficos en rollos o hojas rectangulares (incluso cuadradas), de cualquier tamaño, que no sean papel

producción local de este tipo de producto. En cuanto a los principales países proveedores, como se observa en el siguiente cuadro, entre 2017 y 2018 más del 75% del papel multipropósito consumido en el país tiene su origen en Brasil, mientras que el resto de los países tiene participaciones mucho menores, aunque de todas formas se destacan Portugal y Argentina.

Cuadro N° 1: Importaciones de papel por país de origen

N°	País Origen	2017	2018
1	Brasil	78,3%	77,4%
2	Portugal	5,8%	9,6%
3	Argentina	1,8%	4,4%
4	E.U.A.	1,2%	2,3%
5	Colombia	4,2%	2,2%
6	Alemania	1,7%	2,1%
7	China	2,2%	1,0%
8	Otros ⁴²	4,8%	1,1%

Fuente: Elaboración propia en base de los datos de Aduana

39. En relación al tamaño del mercado, la importación entre 2017 y 2018 creció en volumen un 9,7%, pasando de 89.483 toneladas netas a 98.158⁴³. Respecto al valor de esas importaciones estas crecieron en un 18,5%, pasando de 81,49 millones de dólares a 96,58. De este total, de acuerdo con información de la DCCP, las compras del Estado representaron un 24,9% en 2017 y un 22,3% en 2018⁴⁴. Estos datos muestran que las compras agregadas del Estado corresponden a menos de un cuarto del total del mercado.

periódico o papel tissue ni papel y cartón hechos a mano. Además, tienen que pesar entre 40 y 150 gr/m². Ver https://www.aduana.cl/aduana/site/docs/20161230/20161230090118/pdf_seccion_x_cap_tulos_47_al_49.pdf [última visita: 03 de Mayo de 2019].

⁴² Correspondientes a un total de 30 países.

⁴³ La fuente para el cálculo de estos valores es la base de datos de Aduanas. Los valores en unidades monetarias de importación considerados fueron los *free on board* (FOB). Para el cálculo de los volúmenes de importación y los precios unitarios se tuvieron que eliminar datos que fueron considerados atípicos (por ejemplo, el promedio de volumen importados son 89 toneladas netas cuyo valor es de 94 mil USD y existe una observación que registra una observación de 15.876 toneladas netas con un valor de 144 mil USD). Para realizar este proceso se truncó la base de datos en función a los valores unitarios (calculados como la división entre el valor FOB y los Kilos Netos importados), en este caso se eliminaron todos los datos que fueron menores a 0.5 USD/KN y mayores a 2 USD/KN. La base truncada logra capturar el 98,96% del total del valor comercializado y toma en cuenta 2084 de las 2309 operaciones de importación efectuadas en el período de análisis. La base de datos que se adjunta al presente informe contiene el detalle del total de importaciones realizadas entre 2017 y 2018.

⁴⁴ Oficio N° 643, de 15 de abril de 2019 de ChileCompra, en respuesta a Oficio Ord. N° 744, de 01 de abril de 2019, de la FNE.

III.1 Mercado Mayorista

40. Respecto a la organización de la industria en Chile, es posible distinguir un mercado de aprovisionamiento mayorista de papel multipropósito en el que participan los importadores, y un mercado minorista más atomizado en el que participan empresas proveedoras de artículos de oficina, librerías y supermercados, entre otras. En cuanto al primer mercado, entre los años 2017 y 2018 en promedio 44 empresas realizaron al menos una importación de papel multipropósito. Sin embargo, cinco empresas concentraron algo más del 92% del total valor importado, presentando un índice Herfindahl–Hirschman (IHH) superior a 2.500⁴⁵ para cada año, lo que es considerado por la literatura económica y por esta Fiscalía como el umbral de un mercado altamente concentrado⁴⁶.

Cuadro N° 2: Principales Importadores (2017-2018)

Importador
Dimerc S.A.
Distribuidora Papeles Industriales S.A.
Empresa Distribuidora De Papeles Y Cartones S.A.
Papelera Dimar S.A.
Proveedores Integrales Prisa S.A.

Fuente: Elaboración propia en base de los datos de Aduana

41. Adicionalmente, se observó que estas empresas, además de importar papel multipropósito, importan una variedad más amplia de productos, ya sea otros tipos de papel para la industria gráfica u otros insumos para oficinas⁴⁷. Además, las empresas importadoras, como explicaremos más adelante, también participan del mercado minorista de papel, distribuyendo sus productos tanto a consumidores finales privados como al Estado a través del Convenio Marco.

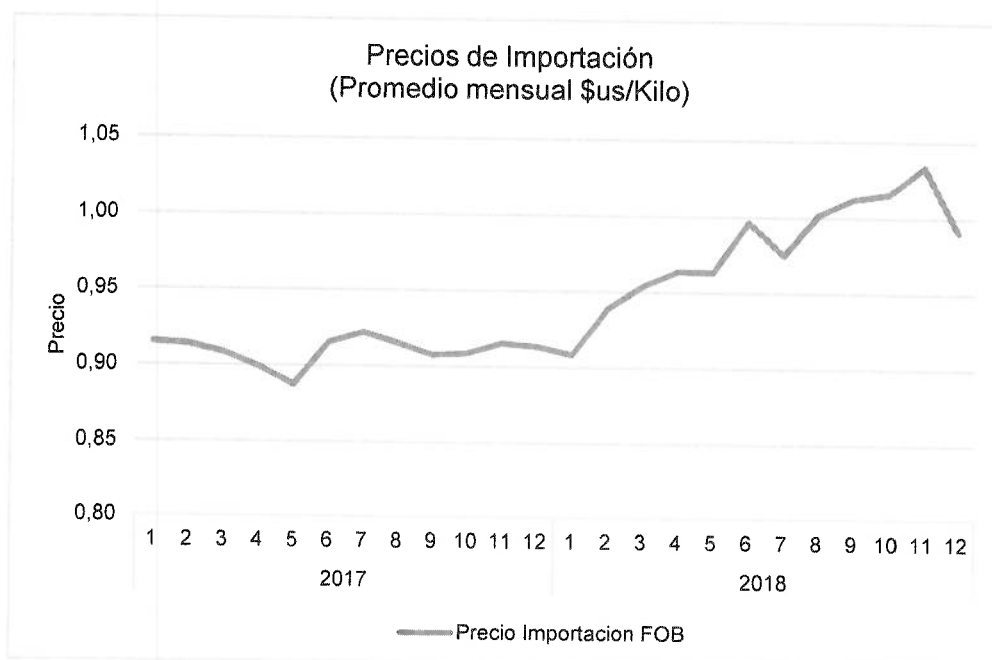
⁴⁵ El valor para el 2017 es de 2586 y para el 2018 es de 2536

⁴⁶ Es así como lo establece esta Fiscalía en la "Guía Para El Análisis De Operaciones De Concentración" pg. 13 y el departamento de justicia de EUA. Ver <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf> y <https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-08192010#5c> [última visita: 03 de Mayo de 2019].

⁴⁷ Las empresas importadoras han declarado a esta Fiscalía que el rubro de papel multipropósito no llegaba a representar más del 25% del total de sus ingresos percibidos, en tomas de declaración llevadas a cabo los días 12, 15 y 16 de abril de 2019.

42. En relación a los precios de importación, como se observa en la siguiente figura, estos tuvieron una tendencia creciente desde inicios del 2018, alcanzando su máximo en noviembre de ese año con 1,03 dólares por kilo neto importado.

Figura N°1: Precios de importación promedio mensual USD/Kilo



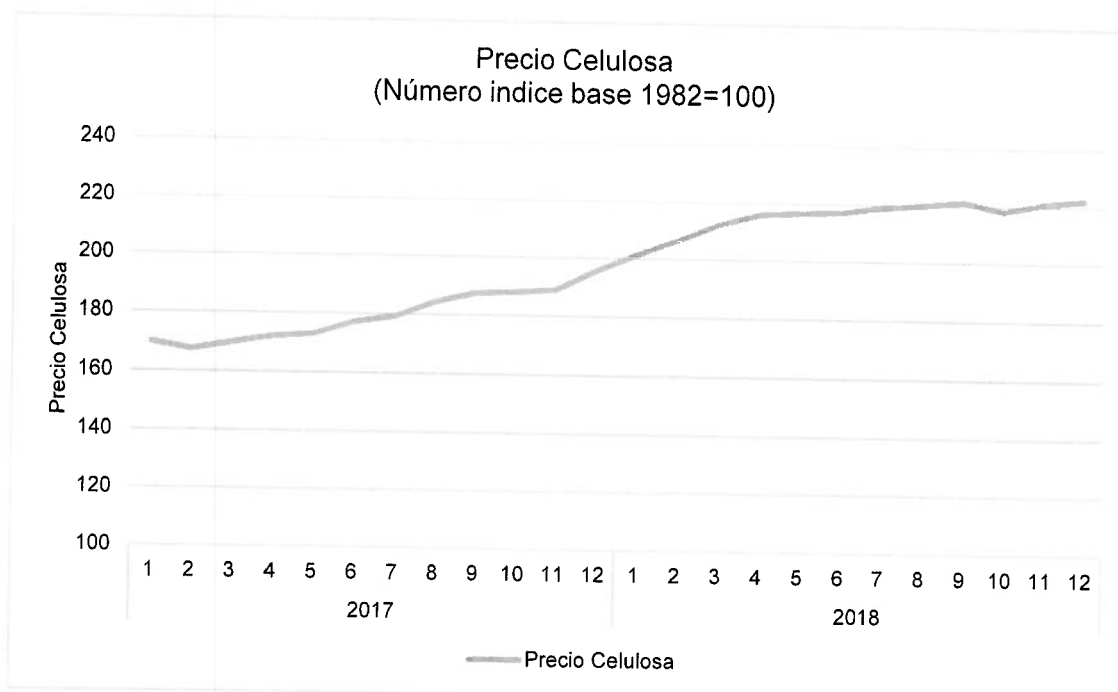
Fuente: Datos de Aduana

43. Entre las razones para esta alza se encuentran las fluctuaciones del precio de la celulosa, principal insumo para la producción de este producto, que también observó un incremento en su precio, como se observa en la siguiente figura. Es así que el coeficiente de correlación entre ambas series de precios es superior a 0,85⁴⁸. Una fuente adicional a estas fluctuaciones, en las ventas en el mercado interno, está en el riesgo respecto al cambios del tipo de cambio, lo que también fue destacado por las distintas empresas que prestaron declaración a esta Fiscalía⁴⁹.

⁴⁸ Los datos de los precios internacionales corresponde al "Producer Price Index by Commodity for Pulp, Paper, and Allied Products: Wood Pulp (WPU0911)". Ver <https://fred.stlouisfed.org/series/WPU0911> [última visita: 03 de Mayo de 2019] y los datos de precios unitarios de importación corresponden a la información de Aduana.

⁴⁹ Declaraciones confidenciales de 12 de abril de 2019, 15 de abril de 2019 y 16 de abril de 2019.

Figura N°2: Precio de la celulosa



Fuente: Reserva federal de Minneapolis⁵⁰

44. En lo que respecta a las barreras a la entrada, no se observaron grandes dificultades en cuanto a la importación, debido a que la oferta de proveedores internacionales es variada y, de acuerdo a lo dicho por las empresas participantes del mercado⁵¹, siempre existen alternativas para la importación del producto. Sin embargo, los declarantes también hicieron notar que la principal dificultad para participar en la importación está relacionada con la capacidad financiera para asumir los riesgos de la volatilidad cambiaria y tener el capital de trabajo necesario para poder mantener un stock de producto suficiente⁵².

III.2 Mercado minorista en relación con las compras del Estado

45. En lo que respecta al sector público, el principal canal de provisión de este producto es el Convenio Marco de Escritorio y Papelería, el que fue adjudicado en enero de 2015 con una vigencia de 6 años. Este canal concentró el 94,1%

⁵⁰ Información reportada para el "Producer Price Index by Commodity for Pulp, Paper, and Allied Products: Wood Pulp (WPU0911)" por parte de la reserva federal de Minneapolis. Ver <https://fred.stlouisfed.org/series/WPU0911> [última visita: 03 de mayo de 2019].

⁵¹ Declaraciones confidenciales de 25 de abril de 2019.

⁵² Ibid.

del total de las compras de papel multipropósito del sector público para 2017 y un 94,8% para 2018.

46. En el proceso de licitación de este Convenio Marco se presentaron 219 oferentes, siendo seleccionadas 166 empresas⁵³ con 190 productos de papel multipropósito distintos, diferenciados por marcas, tamaño de papel y presentaciones. Sin embargo, más del 99% de las compras entre 2017 y 2018 correspondieron a papel alcalino de 75 gr/m², tamaño oficio, carta o A4, ya sea por resmas de 500 páginas o cajas de 10 resmas⁵⁴.
47. En cuanto a las transacciones dentro del Convenio Marco, entre 2017 y 2018 se ejecutaron alrededor de 31.800 órdenes de compra anuales⁵⁵, de las cuales cerca de un tercio (aproximadamente 9.900) correspondieron a órdenes de compra que solo demandaban papel, mientras que en el resto de las órdenes de compra se requirieron otros artículos de oficina además de papel (ver cuadro N°3).

Cuadro N°3: Órdenes de Compra que incluyen la compra de Papel Multipropósito

Año	N° de órdenes de Compra		Participación del Papel en la compra
	Total	Solo Papel	Porcentaje
2017	31.882	9.834	61%
2018	31.739	9.915	64%
Total	63.621	19.749	63%

Fuente: Elaboración propia en base de los datos de ChileCompra

48. Respecto a la distribución de la demanda de papel multipropósito realizada por el sector público, como se observa en el cuadro siguiente, ésta se concentra en

⁵³ Cabe hacer notar que dentro de estos 166 proveedores se encuentran las cinco principales empresas importadoras. De acuerdo a las tomas de declaración de distintos actores del mercado, las empresas minoristas prestan un mejor servicio, no realizan la entrega con servicios de terceros y por lo general son "más pacientes" en caso de atrasos por parte del sector público

⁵⁴ Según información proporcionada por ChileCompra, del total de órdenes de compra en convenio marco.

⁵⁵ Estas órdenes corresponden a las aceptadas por los proveedores y/o recibidas por los órganos licitantes, se excluyen órdenes pendientes, canceladas y/o enviadas.

las Municipalidades, el Gobierno Central y las Universidades con un poco más del 60% del total.

Cuadro N° 2: Demanda de Papel Multipropósito

N°	Sectores	2017	2018
1	Municipalidades	37,42%	38,53%
2	Gob. Central, y Universidades	23,79%	23,70%
3	Salud	15,03%	14,71%
4	FFAA	13,31%	12,23%
5	Legislativo y judicial	5,99%	5,86%
6	Obras Públicas	2,34%	2,67%
7	Otros	2,12%	2,30%

Fuente: Elaboración propia en base a datos entregados por Chile Compra

49. Como se indicó en los párrafos precedentes, casi la totalidad de las compras de papel multipropósito correspondieron a papel alcalino de 75 gr/m², tamaño oficio, carta o A4, ya sea por resma de 500 páginas o cajas de 10 resmas, productos sobre los que se analizará en detalle la evolución de precios. Como se observa en el siguiente cuadro, los precios efectivos tuvieron un incremento de en promedio 6,6% entre 2017 y 2018, lo que es consistente con los cambios en el precio internacional del insumo y los precios de importación.

Cuadro 3: Precios efectivos ponderados sin impuestos observados en órdenes de compras (En CLP)

Unidad	Tipo Papel	Precio Pagado	
		2017	2018
Resma	A4	\$ 2.079,51	\$ 2.239,77
	Carta	\$ 1.848,10	\$ 1.967,72
	Oficio	\$ 2.138,81	\$ 2.292,75

Fuente: Elaboración propia en base de los datos de ChileCompra

50. Adicionalmente a las órdenes de compra emitidas en la Tienda Convenio Marco y a Grandes Compras individuales de algunos servicios públicos, que constituyen la regla general como modalidad de adquisición, los órganos de la Administración han comprado este producto a través del mecanismo de Grandes Compras Conjuntas, agregando demanda de dos o más servicios. Estas compras representan un porcentaje menor respecto al total de compras que

realiza el sector público, pero se observó que este mecanismo logra obtener, en la mayoría de los casos, precios aún más bajos que los obtenidos en Convenio Marco, según se muestra en el Cuadro a continuación.

Cuadro N° 5: Grandes Compras Papel Multipropósito

Código Gran Compra	Año	Tipo de papel	Por 10 Resmas		Ganancia sobre precio convenio marco
			Precio efectivo Convenio Marco	Precio obtenido en Gran Compra	
34589	2017	A4	\$ 20.795	\$ 16.290	-27,7%
		Carta	\$ 18.481	\$ 15.730	-17,5%
		Oficio	\$ 21.388	\$ 18.600	-15,0%
36517	2017	Carta	\$ 18.481	\$ 18.300	-1,0%
		Oficio	\$ 21.388	\$ 21.900	2,3%
39379	2018	Carta	\$ 19.677	\$ 18.220	-8,0%
		Oficio	\$ 22.928	\$ 21.571	-6,3%

Fuente: Elaboración propia en base de los datos de Chile Compra

51. Se observa, sin embargo, una variabilidad en las potenciales ganancias por eficiencia llegando incluso en un caso a precios más altos obtenidos en la Gran Compra que los observados en Convenio Marco.

IV. ANÁLISIS DE COMPETENCIA

52. El análisis de competencia efectuado por esta Fiscalía se ha centrado en tres aspectos. En primer lugar, se analiza si la facultad que tiene ChileCompra para actuar en representación de dos o más servicios para la compra de un determinado bien o servicio es compatible con lo dispuesto por el DL 211. En segundo lugar, se considera si existe posición de dominio de los órganos de la Administración del Estado agrupados a través de ChileCompra en el mercado de papel multipropósito y, en la afirmativa, si es posible que éstos puedan abusar de su poder de compra en el marco de Compras Centralizadas. Finalmente, se ha estimado necesario destacar determinados puntos y aspectos contenidos en las Bases de Licitación Tipo que pueden restringir injustificadamente la concurrencia en las licitaciones en que se utilicen, disminuyendo la intensidad

competitiva en las licitaciones y acotando las eficiencias que la consultante pretende obtener a partir de esta modalidad de compra.

53. Ahora bien, para la adecuada comprensión de lo señalado en los párrafos siguientes, es necesario efectuar dos prevenciones. En primer lugar, se hace presente que los riesgos de competencia encontrados son particulares respecto del mercado de este producto en específico, esto es, papel multipropósito, y en ningún caso se puede hacer una extrapolación de carácter general a la modalidad de Compra Centralizada para la adquisición de cualquier otro bien o servicio.

54. Por otra parte y en segundo lugar, el análisis se ha efectuado respecto del contenido concreto y específico de las BALI acompañadas en el primer otrosí de la consulta de ChileCompra, de modo que lo acá señalado tampoco es extensible a otras bases de licitación que efectúe ChileCompra y/o cualquier otro órgano de la Administración del Estado, así como tampoco abarca las eventuales modificaciones que el organismo de compras públicas pueda efectuar a las BALI en un procedimiento de compra específico⁵⁶. Aún más, las BALI presentadas omiten elementos esenciales para realizar una evaluación completa de sus posibles efectos en la competencia y cuya definición futura - caso a caso- no es indiferente, como se señalará.

IV.1 Habilitación legal del artículo 30 letra e) de la LCP

55. Desde la perspectiva de lo dispuesto en el DL 211, nuestra jurisprudencia y doctrina han distinguido si la autoridad actúa en cumplimiento de un mandato legal o lo hace ejerciendo una facultad discrecional⁵⁷. Cuando la autoridad impide, restringe o entorpece la libre competencia, o tiende a hacerlo, en cumplimiento de una obligación legal, prima ésta sobre lo dispuesto en el DL 211. En cambio, cuando la autoridad impide, restringe o entorpece la libre

⁵⁶ Se ha estimado necesario efectuar esta prevención debido a que el punto 4 de las BALI establece la facultad de la DCCP de modificarlas, ya sea por iniciativa propia, o en atención a una consulta efectuada por alguno de los oferentes.

⁵⁷ Ver Sentencia de la Excm. Corte Suprema en autos caratulados "Requerimiento de la FNE contra la Junta de Aeronáutica Civil", Rol 1855-2009; la Sentencia 77/2008 del H. TDLC, en especial sus considerandos Quinto y Sexto; y NEHME, NICOLE. *Aplicación de las Normas de defensa de la Libre Competencia a los organismos de la Administración del Estado*. En *La Libre Competencia en el Bicentenario*. Thomson Reuters, 2011, pp. 317-373.

competencia, o tiende a hacerlo, ejerciendo una potestad legal que entrega discreción, el DL 211 recibe plena aplicación respecto de cómo se ejerce dicha potestad.

56. En ese sentido, la Excma. Corte Suprema ha considerado, al conocer del recurso de reclamación contra la Sentencia N° 89/2009 del H. Tribunal, que cuando una disposición legal establece un deber de actuación para la autoridad, ésta debe aplicarse con preferencia a las normas de libre competencia. En dicho caso, el H. Tribunal estimó que la Junta de Aeronáutica Civil (“JAC”) había restringido la entrada de nuevos competidores al licitar frecuencias teniendo como único criterio de adjudicación las ofertas económicas. La Excma. Corte Suprema revocó la sentencia, sosteniendo *“Que de acuerdo a lo expresado, encontrándose vigente dicha normativa, no le resulta posible al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ordenar la modificación de las bases en la forma que lo hizo [...] contrariando con ello lo que se encuentra expresamente regulado por la legislación de aviación comercial que nos rige”*⁵⁸.

57. Recogiendo dicho criterio, la FNE ha señalado que: *“los objetivos de política pública y las regulaciones específicas que los concretizan, pueden no estar alineados con los principios de la libre competencia, e incluso llegar a contravenirlos. En la medida que estas disposiciones estén fundadas en un mandato legal expreso y específico que se sobreponga a la normativa de libre competencia, y que la actuación de los OAE [Órganos de Administración del Estado] se ciña estrictamente a lo dispuesto en la ley, la FNE entiende que tal actuación no sería objeto de reproche como ilícito anticompetitivo”*⁵⁹.

58. Como adelantamos, al realizar una compra centralizada, ChileCompra está amparado en una disposición legal que expresamente la autoriza a *“Representar o actuar como mandatario de uno o más organismos públicos a que se refiere esta ley, en la licitación de bienes o servicios [...]”*, tal como señala el artículo 30 letra e) de la LCP.

⁵⁸ Considerando Octavo.

⁵⁹ Fiscalía Nacional Económica, *Sector Público y Libre Competencia*, material de promoción N°4, 2012, disponible en <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/Guia-final-sector-publico.pdf>.

59. Lo anterior quiere decir que, aun cuando se interpretara que diversos organismos públicos son agentes económicos distintos entre sí, los mandatos que éstos entreguen a ChileCompra para realizar una compra centralizada cuentan para ello con una habilitación legal expresa que debe aplicarse con preferencia a las normas generales de libre competencia.
60. En nada obsta la conclusión anterior el que se trate en este caso de una norma permisiva, en contraposición a una norma que establece una obligación legal, como ocurría en el caso de la JAC. Lo anterior se desprende de que una prohibición, como la que establece el artículo 3° del DL 211, es tan contradictoria con una obligación incompatible (como la que pesaba sobre la JAC) como con un permiso positivo incompatible (como podría estimarse que ocurre con el artículo 30 e) de la LCP)⁶⁰.
61. Tampoco altera esta conclusión que el artículo 3° del DL 211, en su actual redacción, sea posterior al artículo 30 letra e) de la LCP, pues este conflicto de criterios de solución de antinomias -o antinomia de segundo grado- se resuelve prefiriendo la aplicación de la ley especial anterior a la ley general posterior⁶¹.
62. Con todo, que el ejercicio de la potestad contemplada en el artículo 30 letra e) de la LCP no pueda ser contrario al DL 211 no quiere decir que la forma en que dicha potestad es ejercida pueda eventualmente ser contraria a la libre competencia, materia que se analiza en la sección siguiente.

IV.2 Riesgos de abuso de poder de compra

63. Para analizar la existencia de riesgos unilaterales, es necesario determinar el mercado relevante, tanto del producto como geográfico⁶², en el que se desarrollarán las futuras Compras Centralizadas por parte de la DCCP.
64. Para la definición del mercado del producto es necesario tener en consideración que este H. Tribunal ha señalado que, en aquellas licitaciones en las que los

⁶⁰ BOBBIO, NORBERTO, *Teoría General del Derecho*, Editorial Debate, 1991, p 197.

⁶¹ Ibid.

⁶² De acuerdo a la Guía Para el Análisis de Operaciones de Concentración de esta Fiscalía "se entiende por mercado relevante el de un producto o grupo de productos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado".

órganos del Estado actúen como demandante de bienes y servicios, el mercado relevante involucrado corresponderá a aquel en el que incide el bien licitado⁶³. Por ello, en este caso particular, el mercado corresponde al de comercialización de papel multipropósito en sus diversos tamaños.

65. Desde el punto de vista geográfico, el mercado relevante más amplio a considerar corresponde a todo el territorio nacional, ya que conforme a lo dispuesto en el punto 1 de las Bases Administrativas, el Anexo N° 1, y a lo señalado en la solicitud de consulta de la DCCP, podrán obrar como mandantes cualquiera de las entidades indicadas en el Artículo 1° de la LCP, que comprende a Servicios Públicos situados por todo el país. Sin embargo, en caso que se establezcan zonas de despacho más reducidas o se consolide la compra de servicios ubicados sólo en ciertas comunas, regiones o conjunto de regiones del país, esta dimensión será más restringida.
66. Tal como se describió en la sección precedente, las compras del Estado en este mercado representaron menos del 25% del total de importaciones para los años 2017 y 2018, de modo que, al verificar su limitada participación en el mercado a nivel nacional, es posible descartar una posición de domino por parte del Estado.
67. En relación al mercado geográfico, de las diligencias realizadas por este Servicio no fue posible obtener datos de ventas a público en general a nivel desagregado de acuerdo a la distribución geográfica. Sin embargo, dadas las características de este producto en particular y su consumo generalizado, resulta poco probable que se puedan identificar lugares donde el Estado tenga una participación desmedida en la demanda.
68. Adicionalmente, considerando que el papel multipropósito es un producto totalmente importado a Chile, incluso un monopsonio local no tendría la capacidad de ejercer poder de compra, pues su volumen de adquisición será bajo y se encuentra limitado por los demás demandantes del mismo producto.

⁶³ Sentencia N° 168 del TDLC, de fecha 7 de marzo de 2019, considerando décimo, y Sentencia N° 114 del TDLC, de fecha 17 de noviembre de 2011.

69. En consecuencia, no existe un riesgo relevante de ejercicio abusivo de poder de compra por parte de los servicios públicos mandantes con este modelo de Compra Centralizada para el mercado de papel multipropósito a nivel nacional.

IV.3 Riesgos potenciales en las BALI.

70. Sin perjuicio de que no se han detectado riesgos unilaterales ni coordinados a la libre competencia, el análisis de las BALI efectuado por esta Fiscalía ha permitido detectar que distintos aspectos esenciales del producto y sus condiciones de compra, que determinan la intensidad competitiva en el proceso licitatorio, no están especificados de forma completa⁶⁴, los que pueden limitar la concurrencia de oferentes, y acotar las eficiencias que la DCCP pretende obtener a partir de esta modalidad de compra.

71. En efecto, la consultante ha señalado que el objetivo de política pública perseguido con las Compras Centralizadas es el de eficiencia, esto es, el ahorro en las compras de papel multipropósito aprovechando economías de escala, un mayor poder de negociación, la optimización de sus procesos de adquisición, y la posibilidad de que sus proveedores operen con una curva de costo marginal decreciente y con una mejor distribución de sus costos fijos. No obstante, cabe hacer presente dos acotaciones respecto a esta afirmación: en primer lugar, alguna de las omisiones que se han visto en las BALI -y que se revisarán *infra*- pueden acotar las eficiencias, al restringir la participación de más oferentes o al introducir incertidumbre en el negocio; y en segundo lugar, dado que estos bienes se importan en su totalidad, las posibles ganancias derivadas de economías de escala estarán asociadas principalmente al transporte internacional y a la distribución nacional.

72. En particular, aquellos problemas u omisiones de las BALI que, a juicio de esta Fiscalía, pueden afectar la concurrencia y consecuentemente acotar las eficiencias que se pretenden obtener, se encuentran en: (i) la indeterminación de la ponderación de los criterios de evaluación de las ofertas; (ii) la falta de

⁶⁴ Dentro de las propias BALI se establecen una serie de aspectos que serán definidos caso a caso por la DCCP, entre los que se encuentran: la moneda o unidad ajustable que se empleará, la definición de los aspectos técnicos de los bienes requeridos, los niveles de servicio exigibles a quien se adjudique la licitación, los aspectos logísticos como tiempos y lugar de entrega, el plazo del contrato, la ponderación de los criterios de selección, el número de empresas que se adjudicarán una determinada licitación, y la definición de los lotes a adjudicar.

precisión en relación a los aspectos técnicos y comerciales; (iii) la determinación de aspectos logísticos en la adjudicación; (iv) la facultad de la DCCP de modificar el contrato y prorrogarlo; (v) la ausencia de mecanismos de indexación de precios; (vi) la asimetría de las obligaciones entre las partes; y (vii) la falta de criterios para la agrupación de servicios públicos mandantes.

IV.3.1. Ponderación de los criterios de evaluación

73. De acuerdo a lo dispuesto en el punto 9.7 relativo a “*Criterios de Evaluación y Procedimiento de Evaluación de las ofertas*” de las BALI, la propuesta de cada oferente se evaluará a través de tres criterios:

- (i) Económico, que corresponde al precio del lote, de acuerdo a la siguiente fórmula: $\text{Puntaje Precio del lote} = (\text{precio mínimo del lote} / \text{precio proponente para el lote}) * 100$.
- (ii) Sustentabilidad, que comprende (i) certificaciones⁶⁵; (ii) inclusión laboral⁶⁶; y (iii) empresa que fomenta las prácticas empresariales ambientalmente sustentables⁶⁷. Se otorgarán 100 puntos a quien tenga dos o más de estos criterios, 50 puntos a quien tenga uno, y 0 a quien no cumpla ninguno de estos parámetros de sustentabilidad.
- (iii) Administrativo, que corresponde al cumplimiento de requisitos formales.

74. La ponderación de cada criterio será determinada por la DCCP en cada llamado a licitación, contando con la facultad de no considerar alguno de estos criterios, asignándoles una ponderación de 0%. Adicionalmente, en caso de empate se resolverá por el criterio económico, en subsidio el de sustentabilidad, luego el de cumplimiento de requisitos formales y, finalmente, si persiste el empate, se seleccionará la propuesta que haya sido ingresada primero⁶⁸.

⁶⁵ OHSAS 18001; ISO 14001; Blue Angel; y APL de celulosa.

⁶⁶ Se verificará con el contrato de trabajo indefinido de trabajador(es) en situación de discapacidad, con antigüedad igual o Mayra 3 meses e inscripción en el Registro Nacional de Discapacidad o certificación del COMPIN.

⁶⁷ Mediante el Registro de Inscripción en el Programa HuellaChile del Ministerio de Medio Ambiente.

⁶⁸ BALI, punto 9.8. Resolución N° 6, de fecha 5 de marzo de 2019.

75. La facultad que tiene ChileCompra para determinar a su discreción la ponderación de los criterios durante cada proceso de licitación, pudiendo llegar incluso a otorgar 0% de valor a cualquiera de ellos, permitiría que en un determinado llamado se dé un valor desproporcionado a los criterios de sustentabilidad y/o administrativo, en desmedro de la oferta económica, pudiendo en un extremo, prescindir totalmente de éste.
76. Un escenario como el indicado puede poner en riesgo el proceso competitivo, al dar excesiva importancia a criterios que pueden traducirse en barreras artificiales a la participación de empresas⁶⁹ o que favorezcan arbitrariamente a algunos oferentes en desmedro de otros. En este sentido, es deseable que se establezca una ponderación fija -o al menos un rango- a cada criterio, con preeminencia del factor precio⁷⁰⁻⁷¹.

IV.3.2. Indeterminación de los aspectos técnicos y comerciales

77. La consultante ha señalado en su presentación a este H. Tribunal que uno de los motivos por los cuales se pretende emplear el mecanismo de compras centralizadas para la adquisición de papel multipropósito responde al carácter estándar de este tipo de bien. Dicho esto, en el punto 11 de las BALI dispone que los requerimientos técnicos se detallarán en las Bases Técnicas, las que además constituirán “requisitos técnicos mínimos obligatorios”⁷².
78. La relevancia de los aspectos técnicos no se agota en su carácter de requisito de admisibilidad, sino que impacta en materias como las exigencias que deben

⁶⁹ En específico, podría darse el caso en que al dar una excesiva importancia al criterio de sustentabilidad, empresas que no están inscritas en el Programa HuellaChile, o no poseen las certificaciones exigidas por las BALI, se verían forzadas a presentar ofertas con un precio que no le permitan recuperar sus costos, desincentivando su participación, y al contrario, aquellas que sí tengan dichas certificaciones, en conocimiento del número de empresas que no lograrían puntaje en el criterio de sustentabilidad, tendrían un margen para aumentar el precio en su oferta económica, impidiendo que la DCCP y sus órganos mandantes puedan obtener un mejor precio, que es justamente el objetivo, tal como se planteó en la consulta.

⁷⁰ Óp. Cit. 12, p. 14. En este mismo sentido, OCDE (2012) *Recomendación del Consejo de la OCDE para combatir la colusión en la contratación pública*, p. 10.

⁷¹ Esta preeminencia del factor precio ya ha sido tratada por el TDLC, que en la Instrucción N°4 de las Instrucciones de carácter general N°1/2006 de fecha 8 de junio de 2006 dispuso que: “Las bases de licitación deberán fijar un estándar mínimo de calidad exigible a todas las propuestas y establecer como criterio principal de adjudicación el precio ofrecido, sujeto a este estándar mínimo de calidad. En caso que para la asignación final de la licitación se utilicen parámetros distintos al precio, ellos deberán justificarse fundadamente.

⁷² Esto implica que, de no cumplirse, la oferta será considerada inadmisibile.

cumplir los productos durante la ejecución del contrato⁷³, cuyo incumplimiento se puede sancionar haciendo efectivo el cobro de la garantía de fiel cumplimiento del contrato⁷⁴ y en la especificación de los “Niveles de Servicio (SLA)”⁷⁵, cuya infracción puede acarrear multas, de acuerdo al punto 10.9.1, e incluso el término anticipado del contrato conforme al numeral 7 del punto 10.10.

79. Al quedar indeterminadas las Bases Técnicas, no es posible evaluar en esta instancia el contenido de los requerimientos técnicos mínimos, ni la presencia o no de requisitos arbitrarios o excesivos por parte de la entidad licitante que puedan alzar barreras a la entrada a determinados competidores, o un posible favorecimiento a una empresa en específico.
80. En este sentido, cabe recomendar que, en la elaboración de las Bases Técnicas, ChileCompra considere lo indicado previamente por el TDLC respecto a que este tipo de requisitos deben ser *“plausibles como justificación objetiva y razonable de su opción de política pública”*⁷⁶. Asimismo, esta Fiscalía ha indicado previamente que las especificaciones técnicas deben establecer las características mínimas que deben tener los bienes, de modo de que éste sea el único filtro⁷⁷, para luego permitir la competencia por el precio entre la mayor cantidad posible de proveedores⁷⁸.
81. Asimismo, los requisitos técnicos no sólo deben tener un carácter “mínimo”, sino que también deben ser lo más objetivos y generales posibles, a fin de evitar que la entidad licitante cuente con amplia discrecionalidad para declarar la inadmisibilidad de una propuesta por no cumplir con esas exigencias, toda vez

⁷³ Cabe indicar que dichas exigencias no se limitan a las características técnicas propias del producto “papel multipropósito”, sino que también alcanzan aspectos logísticos como las condiciones de despacho de los productos, el tiempo de reposición, entre otros.

⁷⁴ BALI, Punto 10.9.2

⁷⁵ De acuerdo al punto 10.7 los Niveles de Servicio se detallarán en las Bases Técnicas respectivas. Sin embargo, no se define su contenido, con excepción de indicar que establecerán las condiciones particulares de entrega.

⁷⁶ Sentencia TDLC N° 138/2014, de fecha 30 de julio de 2014, considerando vigésimo octavo.

⁷⁷ Cabe señalar que los procesos de compras centralizadas tienen éxito cuando se trata de bienes homogéneos o estándar, de manera que las características del propio bien licitado debiesen generar procesos de compras con requisitos técnicos mínimos.

⁷⁸ Óp. Cit 17, p. 17.

que esto desincentiva la participación en la licitación y, por tanto, disminuye la competencia *ex ante*⁷⁹.

82. Por otra parte, la consultante tampoco indica la forma en que determinará el plazo del contrato, el número de lotes a ser adjudicados, el volumen de productos por lote, ni el número de empresas que serán seleccionadas dentro de un mismo procedimiento concursal, de modo que no es posible analizar los riesgos que podría conllevar la determinación de estas variables, cuya definición tiene relevancia para la libre concurrencia⁸⁰.

IV.3.3 Determinación de aspectos logísticos en la adjudicación

83. Las BALI disponen en el último párrafo del punto 9.9 que en la Resolución de Adjudicación se indicará la cantidad y tipo de productos que corresponden a cada uno de los órganos públicos mandantes, sin especificar -en ninguna otra parte de las bases- estos puntos. Esto lleva a concluir que dichos aspectos no serán definidos sino hasta la instancia de adjudicación⁸¹.

84. Las variables logísticas fueron consideradas por muchas de las empresas declarantes⁸² como cruciales a la hora de definir los precios en la licitación ya que, al ser un producto de alto peso, poco valor unitario y delicado en cuando a las condiciones de manipulación, el éxito en el aprovechamiento de las economías de escala y la maximización de la presión competitiva dependerá del espacio geográfico por el que se efectuó la compra centralizada.

85. La falta de determinación previa de un aspecto tan importante como el de la logística involucrada para la entrega de los productos introduce una

⁷⁹ Resolución N° 13 TDLC, de fecha 27 de junio de 2006, considerado décimo quinto, y Sentencia N° 34 TDLC, de fecha 7 de diciembre de 2005, considerando vigésimo séptimo.

⁸⁰ Por ejemplo, si un contrato de suministro se extiende por cinco años, el riesgo cambiario y la volatilidad en el precio de la celulosa será integrado por las empresas participantes al precio, aumentándolo y acotando los posibles ahorros que el Estado pudo haber obtenido al agregar demanda. Asimismo, si se licita sólo un lote a nivel nacional, se reducirá el número de participantes a aquellos que tengan redes de distribución suficientes para llegar a las distintas regiones del país, con lo cual puede haber menor competencia en la licitación, y por tanto mayores precios.

⁸¹ Si bien en reunión llevada a cabo el día 28 de marzo de 2019 entre funcionarios de ChileCompra y de esta Fiscalía se indicó que estos aspectos se incluirían en las bases técnicas, de todas maneras consideramos necesario enfatizar la necesidad de determinación previa de estos aspectos y no en la Resolución de Adjudicación.

⁸² Declaraciones confidenciales de 25 de abril de 2019.

incertidumbre en los oferentes que puede generar dos efectos: (i) desincentivar la participación en el proceso de compras públicas, afectando la libre concurrencia de los oferentes, y consecuentemente la intensidad competitiva *ex ante* de este proceso; y (ii) impidiendo que las empresas puedan realizar ofertas a costo mínimo, toda vez que la incertidumbre del negocio la incorporarán al precio⁸³, afectando la finalidad de esta modalidad de compra, que es justamente obtener precios más bajos por la adquisición de estos productos.

86. A nivel comparado, la determinación de las exigencias técnicas, y entre ellas las logísticas, han sido directamente vinculadas a la competitividad de los procesos de compras públicas. En el caso de la Unión Europea, se dispone que “[L]as especificaciones técnicas proporcionarán a los operadores económicos acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia”⁸⁴, lo que es aplicable a lo indicado tanto en el presente acápite como al anterior.

IV.3.4 Facultades de modificación del contrato y prórroga

87. En el punto 10.4 de las BALI y en su Anexo N° 7, que contiene el Contrato Tipo, se establece que las partes podrán de común acuerdo modificar el contrato por motivos fundados mediante acto administrativo, la cual no podrá superar el 30% del valor total del respectivo contrato ni alterar la naturaleza del objeto de este⁸⁵. Esta disposición se encuentra en consonancia con lo establecido en el artículo 77 inciso final del Reglamento, el cual dispone el mismo límite de 30% del monto originalmente pactado.

88. Si bien existe habilitación reglamentaria para la entidad compradora, es necesario prevenir que el ejercicio de esta facultad debe resultar excepcional,

⁸³ Esta indeterminación puede llevar en un extremo, a que se agrupe a servicios públicos que se encuentran dentro del mismo radio urbano, y en otro, a que se trate de organismos que están ubicados en distintas regiones del país. En la incertidumbre de estos escenarios, las empresas incorporarán el riesgo al precio al que ofertarán.

⁸⁴ Artículo 24 de la Directiva 2014/24/UE dictada por el Parlamento Europeo.

⁸⁵ BALI ,Anexo N°7, punto 6.

toda vez que puede afectar la libre competencia y la igualdad de los oferentes, tal como reconoce la propia norma reglamentaria en comento⁸⁶.

89. Por estos motivos, se debe prevenir a la DCCP no ejercer para un mismo contrato de suministro de papel multipropósito la facultad de modificación y ampliación del contrato hasta un 30% de su monto original, conjuntamente con aquella que permite a la entidad compradora contratar mediante trato directo la prórroga de un contrato de suministro o servicios, de acuerdo al artículo 10 N°7 letra a) del reglamento.

90. El ejercicio conjunto de la facultad modificatoria, y la posterior contratación de una prórroga mediante trato directo pueden incrementar las barreras a la entrada en el mercado público para la adquisición de esta clase de bienes, lo que ya ha sido indicado por el TDLC como una posible infracción al DL 211, señalando que los bienes no deben ser asignados de forma indefinida⁸⁷ (en este caso, un contrato para el suministro de bienes).

IV.3.5 Falta de mecanismos de indexación de precios

91. Tal como se observó en la sección de análisis de mercado, esta industria está sujeta a al menos tres fuentes de volatilidad: la primera relacionada con el comportamiento internacional del principal insumo, la celulosa, que en los últimos años ha venido incrementándose de forma sostenida⁸⁸, por otro lado se encuentra la volatilidad en el mercado local del tipo de cambio y, por último, dado que la mayor parte de las importaciones provienen de Brasil, este mercado al menos en el corto plazo estará además afectado por las fluctuaciones del Real.

92. Esta incertidumbre no está debidamente tratada en las BALI consultadas, ya que -por ejemplo- no contemplan ningún mecanismo de indexación de precios ni tampoco alguna definición en relación a los plazos de los contratos. En este

⁸⁶ Éste dispone que: “Sin perjuicio de las demás causales establecidas en este artículo, cuando se trate de las causales contenidas en los numerales 1 y 6, la posibilidad de modificar el contrato deberá encontrarse prevista en las bases de la licitación. En tal caso, **no podrá alterarse la aplicación de los principios de estricta sujeción a las bases y de igualdad de los oferentes**, así como tampoco podrá aumentarse el monto del contrato más allá de un 30% del monto originalmente pactado” (el destacado es nuestro).

⁸⁷ Sentencia N° 81 del TDLC, de fecha 16 de enero de 2009, considerando centésimo trigésimo primero.

⁸⁸ Ver por ejemplo la serie de precios reportada para el *Producer Price Index by Commodity for Pulp, Paper, and Allied Products: Wood Pulp (WPU0911)*, Ver: <https://fred.stlouisfed.org/series/WPU0911> [última visita: 03 de mayo de 2019].

mercado, la mayoría de las negociaciones se realizan por períodos cortos, siendo común mantener contratos de provisión por 3 o hasta 6 meses⁸⁹. Estos aspectos son cruciales a la hora de evaluar el potencial número de oferentes en los procesos de licitación y, por consiguiente, la presión competitiva de la misma.

IV.3.6 Asimetría en las obligaciones

93. Otro aspecto que puede afectar la libre concurrencia en la licitación, además del precio ofertado, tiene que ver con la existencia de cierto grado de asimetría en las obligaciones de los órganos públicos, que incorporan un sistema estricto de penalidades en caso de incumplimiento y que al mismo tiempo carecen de un mecanismo que garantice regularidad de los pagos.

94. En el caso de la agregación de demanda, los montos involucrados son mayores, lo que implica que las empresas oferentes requerirán contar con una mayor solvencia financiera, en especial un mayor capital de trabajo para poder afrontar retrasos en los pagos y/o eventuales multas por incumplimiento. Sin perjuicio de lo señalado, cabe destacar que esto tiene un aspecto positivo, pues incentiva una mayor preocupación por el adecuado cumplimiento del contrato. En última instancia, es el ente licitante el que tiene que ponderar de forma adecuada estos riesgos y beneficios para así establecer los requisitos que considere adecuados.

IV.3.7 Agrupación de los servicios públicos

95. Ni en la consulta, ni en las BALI analizadas se señalan los criterios de selección de los servicios públicos que serán agrupados por la DCCP para efectuar una Compra Centralizada, lo que puede tener un impacto en el número de empresas que participen en la licitación.

96. Desde una perspectiva geográfica, es necesario que los servicios públicos agrupados para una determinada compra tengan cierta proximidad⁹⁰ en sus

⁸⁹ Tal como lo expusieron las empresas declarantes en declaraciones confidenciales de 12 de abril de 2019, 15 de abril de 2019 y 16 de abril de 2019 y ChileCompra, a través de la respuesta a Oficio N° 643, de 15 de abril de 2019 de ChileCompra, en respuesta a Oficio Ord. N° 744, de 01 de abril de 2019, de la FNE.

⁹⁰ Esta situación ha sido reconocida por la propia consultante en la Directiva N° 29, al indicar en el acápite 4.1 letra a) que uno de los factores a considerar para homogenizar la demanda en una compra conjunta es la dispersión geográfica de los compradores, ya que puede impactar, entre otros, en las decisiones logísticas correspondientes.

puntos de entrega, a fin de aprovechar las redes de distribución de los oferentes, pues de lo contrario los costos logísticos que involucra entregar los bienes a aquel o aquellos compradores que se encuentren muy alejados, podrían ser incorporados al precio de la oferta, disminuyendo la eficiencia en la compra.

97. Por otra parte, si los perfiles de riesgo de los órganos agrupados para una determinada compra son heterogéneos, los oferentes podrían optar por ofertar al precio que le hubiesen ofrecido a aquel servicio que representa un mayor riesgo, en perjuicio de las demás entidades públicas, o simplemente podrían optar por no participar, disminuyendo la intensidad competitiva.

V. CONCLUSIONES

98. Los órganos de la Administración del Estado cuentan con una habilitación legal expresa conforme a la cual pueden efectuar compras de un determinado bien o servicio, de forma conjunta a través ChileCompra, por lo que dicha habilitación prevalece respecto a las restricciones contenidas en el DL 211, sin perjuicio de que el ejercicio de dicha potestad pueda eventualmente ser contraria a la libre competencia.

99. Dicho lo anterior, esta Fiscalía estima que la Resolución N° 6 consultada, que contiene las BALI y sus Anexos no acarrea riesgos de abuso de poder de compra, sin perjuicio de que existen una serie de aspectos que pueden resultar problemáticos o que no han sido definidos por ChileCompra y que son relevantes para resguardar la libre concurrencia de los oferentes.

100. Cabe indicar que, en este mercado, las compras del Estado representan un 25% del total a nivel nacional. Por tanto, es posible afirmar que carece de una manifiesta posición de dominio en el mismo, descartándose la existencia de riesgos unilaterales. Sin perjuicio de ello, resulta relevante evaluar las disposiciones contenidas en las BALI, a fin de detectar aquellas que puedan colocar en riesgo la competencia al interior de estos procedimientos concursales o afectar la libre concurrencia, disminuyendo la intensidad competitiva y, consecuentemente, las eficiencias que la consultante espera obtener mediante esta modalidad de compras.

101. El mercado relevante de papel multipropósito se caracteriza por estar altamente concentrado en el segmento mayorista y enfrenta incertidumbres exógenas que no son posibles de controlar por los actores locales, aspecto que debe ser considerado al momento de evaluar las potenciales ganancias de eficiencia de una Compra Centralizada.
102. Aquellas disposiciones de las BALI que pueden afectar el proceso competitivo guardan relación con las ponderaciones usadas para la evaluación de las ofertas, las que podrían dar excesiva importancia a criterios distintos al precio, levantando barreras artificiales a la participación de algunas empresas, o favoreciendo arbitrariamente a algunos oferentes.
103. Por otra parte, la indeterminación de los aspectos técnicos, comerciales y logísticos permiten que la autoridad pueda afectar el proceso competitivo de la licitación en caso de que, al definirlos, no respondan a criterios objetivos, generales y transparentes. Finalmente, si bien el Reglamento y las propias Bases establecen que la DCCP tiene facultades para ampliar un contrato adjudicado, y posteriormente prorrogarlo mediante contratación directa, el ejercicio de estas potestades de forma conjunta puede favorecer a un incumbente, en desmedro de sus competidores y de la entrada de nuevas empresas a este mercado.
104. En relación a las potenciales eficiencias que esta forma de contratación pretende obtener podrían originarse, por un lado, en los menores costos administrativos y de gestión de las entidades agrupadas en una Compra Centralizada y, por otro, aquellas relacionadas con el transporte internacional y logística de distribución nacional.
105. Sin embargo, este último tipo de eficiencias están directamente condicionadas a variables específicas del proceso licitatorio, como la duración de los contratos, la posibilidad de múltiples adjudicatarios, la definición de lotes, la agregación de entidades públicas por perfil de riesgo y proximidad geográfica, el sistema de penalidades y certeza en los pagos. Estos aspectos a su vez afectarían la disposición a participar de potenciales oferentes con su respectiva

afectación a la intensidad competitiva, así como tendría algún impacto en los precios que los participantes estén dispuestos a ofertar.

POR TANTO,

A ESTE H. TRIBUNAL SOLICITO tener por evacuado el informe de la Fiscalía Nacional Económica y, en su mérito, por aportados antecedentes en el procedimiento de consulta de autos.

PRIMER OTROSÍ: Solicito a este H. Tribunal tener por acompañado, bajo confidencialidad, el siguiente archivo electrónico:

Individualización del documento	CD-ROM que contiene base de datos de importaciones de papel multipropósito.
Naturaleza de la información cuya confidencialidad se pide.	Esta base contiene datos y fórmulas desarrolladas por su titular para la elaboración de los mismos, las que tienen un carácter sensible ya que se trata de procedimientos internos y datos recabados que constituyen su giro, cuya difusión puede afectar su desempeño competitivo. En este sentido, la solicitud de confidencialidad se funda en el artículo 22 inciso 9° del DL 211, y en la disposición cuarta del A.A. N° 16 de este H. Tribunal, letra a.
Identificación del titular de la información	Inversiones Marco Polo Ltda., servicio Comex BBS.

SEGUNDO OTROSÍ: Asimismo, a efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el Auto Acordado N° 16 del H. TDLC, solicitamos se tenga por acompañado, con citación, CD-ROM con versión pública de la base de datos de importaciones de papel multipropósito.

TERCER OTROSÍ: Solicitamos a este H. Tribunal tener por acompañado, con citación, un CD-ROM que contiene la base de datos de compras de papel multipropósito realizadas a través de Convenio Marco ID 2239-4-LP14.

CUARTO OTROSÍ: En cumplimiento de lo dispuesto en el Auto Acordado N° 16/2017 de ese H. Tribunal, sírvase S.S. tener presente que esta Fiscalía remitirá a la Sra. Secretaria, con esta fecha, versión electrónica de esta presentación.