

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Santiago, trece de marzo de dos mil dieciocho.

Se resuelve lo pendiente de fojas 240: **a lo principal y segundo otrosí**, estese a lo que se resuelve a continuación. **Al tercer otrosí**, téngase a la vista el documento indicado.

Vistos y considerando:

1. Que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 25 del D.L. N° 211, las medidas cautelares que pueden decretarse en esta sede son aquellas necesarias para impedir los efectos negativos de las conductas sometidas al conocimiento de este Tribunal y resguardar el bien común;
2. Que, por tanto, la resolución que se pronuncie sobre una medida cautelar debe siempre considerar los efectos concretos de la conducta denunciada. Tales efectos pueden ser de carácter potencial –si no se han realizado actos posteriores a la publicación de las bases de licitación– o actuales –si se han llevado a cabo actos posteriores a la implementación de dichas bases–. Este análisis es coherente con el carácter esencialmente provisional de este tipo de medidas;
3. Que lo anterior es sin perjuicio de que el análisis de fondo relativo a la compatibilidad de las bases de licitación con la normativa que cautela la libre competencia debe realizarse en abstracto, es decir, debe centrarse exclusivamente en el diseño de las bases de licitación, sin considerar los efectos de las mismas en el mercado;
4. Que las razones que se tuvieron en vista para mantener la medida precautoria decretada a fojas 57 decían relación con la forma de evaluar la experiencia de los nuevos oferentes;
5. Que, a este respecto, se tuvo a la vista el Oficio Reservado N°3 que contiene el Informe Técnico de Evaluación, emitido por la Comisión Evaluadora del Proceso de Licitación, cuya versión pública permite, por primera vez en este proceso, apreciar cuantitativamente que los requisitos de experiencia exigidos en las bases no habrían impedido, en los hechos, la participación de quien no tuviera el puntaje máximo en esta materia. Por ello, no existe razón para mantener la medida sobre la base de este riesgo;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SE RESUELVE:

Acoger el recurso de reposición. Se ordena el alzamiento de la medida cautelar decretada a fojas 57.

Acordada con el voto **EN CONTRA** de los Ministros Sra. Domper y Sr. Arancibia, quienes estuvieron por mantener la medida cautelar decretada en razón de los siguientes argumentos:

(i) El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es competente para controlar Bases de Licitación en procesos consultivos y cuando terceros, como en este caso, inician un procedimiento contencioso contra quien diseña las bases. Más aún si se trata de una licitación que otorga un servicio en carácter monopólico por un plazo de diez años.

(ii) Tal como lo ha señalado previamente este Tribunal (Sentencia 138/2014), el derecho de la competencia debe exigir que la aplicación de políticas públicas asegure la mantención de “mínimas condiciones de rivalidad”, lo cual se traduce, en el caso particular del diseño de bases de licitación, en “impedir que el actuar de la autoridad: (i) manifiestamente facilite la colusión de otros agentes económicos; (ii) establezca injustificadamente condiciones para que se produzca un potencial abuso de dominancia luego de la licitación; o, (iii) limite injustificadamente la competencia mediante las condiciones contenidas en dichas bases” (c. 17).

(iii) En este caso, los aspectos controvertidos por quienes solicitan la medida cautelar se refieren principalmente al tercer objetivo mencionado, es decir, que ciertos aspectos de las Bases limitarían injustificadamente la competencia. Esto último incluye no sólo el permitir que nuevos interesados puedan participar en el concurso, sino también que estos puedan hacerlo en condiciones relativamente equiparables a la de los incumbentes.

(iv) La medida cautelar decretada en estos autos se fundó en los dos presupuestos jurídicos que exige el artículo 25 del D.L. 211. Específicamente, la suspensión del proceso de licitación impugnado se fundó en (i) la presunción grave de un atentado a la libre competencia (ii) con el fin de impedir los efectos negativos de las conductas sometidas a conocimiento del Tribunal y para resguardar el interés común. A juicio de estos disidentes, tales justificaciones continúan plenamente vigentes, pues los antecedentes presentados por el MTT en su escrito de reposición no permiten desvirtuarlas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(v) En relación al primer requisito, esto es, la presunción grave de un atentado a la libre competencia, los antecedentes presentados por el MTT en su recurso de reposición de fojas 240, no permiten cambiar el parecer que este Tribunal manifestó en forma unánime en la resolución que decretó la medida cautelar de fojas 57 y en aquella que rechazó el alzamiento de dicha medida a fojas 234.

(vi) En primer lugar, parte de los antecedentes aportados constituyen simples precisiones sobre los eventuales efectos que tendrían las bases impugnadas únicamente respecto de las empresas que presentaron ofertas.

(vii) Sin embargo, la función de control de las bases de licitación en esta sede comprende no sólo los riesgos que puedan generar sus preceptos en relación a quienes presentaron ofertas, sino también respecto de todos los potenciales oferentes del o los mercados vinculados a la licitación. En concreto, al hacer un análisis de libre competencia y de proporcionalidad de la medida cautelar basado únicamente en las ofertas que fueron presentadas, el recurso de reposición omitió el eventual efecto exclusorio de las bases respecto de las empresas que, pudiendo presentar ofertas, se desistieron de ello en razón del diseño de la licitación. De hecho, consta en el expediente que las bases de licitación fueron adquiridas por más de sesenta agentes económicos, de los cuales, sólo postularon siete.

(viii) En segundo lugar, los antecedentes aportados sólo realizan una evaluación del impacto del ítem experiencia en la puntuación final del oferente. Sin embargo, un análisis apropiado del eventual efecto exclusorio de las bases exige considerar, principalmente, la capacidad de los potenciales oferentes de alcanzar el puntaje técnico mínimo para que su oferta económica sea considerada.

(ix) En relación al segundo presupuesto que justifica la medida cautelar decretada, cabe sostener que la suspensión de la licitación es el medio más idóneo y proporcionado de impedir los efectos negativos de las conductas aparentemente anticompetitivas y de resguardar el interés común, pues la mera reparación de los daños a las empresas excluidas por una licitación declarada eventualmente anticompetitiva en una sentencia definitiva, sugerida por el recurrente, sólo permitiría indemnizar los daños al interés privado causados por tal atentado, impidiendo una adecuada satisfacción del interés público comprometido.

(x) Finalmente, el alzamiento de la medida cautelar, ordenado en esta resolución, habilitará la adjudicación de un monopolio prácticamente irreversible en razón del carácter intangible de los derechos que suele conferir a un oferente que esté de buena fe, razón por la cual, un eventual atentado a la libre competencia declarado

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en la sentencia definitiva sería prácticamente incorregible por los próximos diez años.

Notifíquese por el estado diario.

Rol C N° 341-18. Cuaderno de medida prejudicial cautelar.

Pronunciada por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales y Jaime Arancibia Mattar.

Certifico que, con esta fecha, se notificó por el estado diario la resolución precedente.