



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONÓMICO

RESGUARDO DE LA COMPETENCIA EN EL SISTEMA DE CONTRATACIONES
CHILENO ESTABLECIDO EN LA LEY N° 19.886 DE BASES SOBRE
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE SUMINISTRO Y PRESTACIÓN DE
SERVICIOS Y SU REGLAMENTO

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES**

STEPHANIE NATALIE ÁVALOS SÁEZ

PROFESOR GUÍA:
SIMÓN ACCORSI OPAZO

SANTIAGO DE CHILE
2015

DEDICATORIA

Quisiera dedicar este trabajo de investigación a mi familia, que me apoyó incondicionalmente en todo este arduo proceso de titulación; y en especial agradecer el apoyo constante de mi mamá que siempre está a mi lado dándome fortaleza para superar todos los obstáculos.

También quisiera dedicar esta investigación a Andrés, quien me alentó en todo momento a culminar esta valiosa obra.

Tabla de contenido

INDICE DE TABLAS	vi
ABREVIATURAS	vii
RESUMEN	viii
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: LICITACIONES Y EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA	7
1.1 Qué es una Licitación o Subasta	12
1.2 Sistemas de Contratación Pública que contiene la Ley de Compras	14
1.2.1 El Convenio Marco	15
1.2.2 Licitación o Propuesta Pública	19
1.2.3 Licitación o Propuesta Privada	19
1.2.4 Trato o Contratación Directa:	21
1.3 Licitación pública y sus etapas	22
1.3.1 Concepto	22
1.3.2 Tipos de Licitación Pública	23
1.3.3 Etapas de la Licitación Pública:	24
1.4 Tipos de Licitación o Subasta.	44
1.4.1 Subastas inversas:	47
1.5 Generando Competencia a través de Licitaciones:	49
CAPÍTULO II: CRITERIOS PARA RESGUARDAR LA COMPETENCIA EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA	53
2.1 Antecedentes Económicos de la Contratación Pública	53
2.2 Efectos de la Contratación Pública en la Competencia	58
2.2.1 Dimensiones de interdependencia entre Contrataciones Públicas y Competencia	58
2.2.2 Efectos de corto plazo	60

2.2.3	Efectos de Largo Plazo	69
2.3	Criterios para el diseño de un régimen de contratación pública que resguarde y promueva la competencia.....	74
2.3.1	Diseño del Marco Regulador	76
2.3.2	Eficacia de los criterios pro competitivos legislativos en la práctica	97
CAPÍTULO III: DILEMAS EXISTENTES EN EL SISTEMA DE CONTRATACIONES PÚBLICAS EN CHILE		
.....		100
3.1	Antecedentes Generales.....	100
3.2	Dilemas existentes en el sistema de contratación pública chileno.....	102
3.2.1	Problemas prácticos de diseño de Licitaciones que generan limitación a la Competencia	102
3.2.2	Necesidad de fomento de una Contratación Pública Estratégica.	121
3.2.3	Problemas en el Sistema de Pagos a Proveedores:	126
4.1	Antecedentes Generales.....	131
4.2	Profesionalización de los Funcionarios Públicos en Adquisiciones	132
4.3	Dos pasos esenciales para fomentar un Sistema de Contratación Pública Estratégica	143
4.3.1	Mejora de oportunidades de participación en contrataciones públicas para Pequeñas y Medianas Empresas (PYMES)	143
4.3.2	Ampliar las posibilidades de implementar una contratación pública sustentable y social.....	147
4.4	Criterios para mejorar el Sistema de Pagos en la Contratación Pública Chilena	153
CONCLUSIONES		160
BIBLIOGRAFÍA		164

INDICE DE TABLAS

	Página
TABLA 1: Contratación de la Administración Pública como porcentaje de total de gasto público de América Latina y el Caribe año 2011.	55
TABLA 2: Monto Transado y Ahorro Fiscal en Mercado Público (US \$ MM)	57
TABLA 3: Causas Recurrentes de Reclamos año 2013	130
TABLA 4: Participación en Mercado Público de las empresas de acuerdo a su tamaño (Montos)	145

ABREVIATURAS

Ley N°19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios

Ley N°19.886 o “Ley de Compras”

Reglamento de la Ley N°19.886, contenido en el Decreto Supremo N°250 del Ministerio de Hacienda, de 2004.

“ El Reglamento”

Dirección de Compras y Contrataciones Públicas.

DCCP

Ministerio de Obras Públicas

MOP

Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado

LOCBGAE

Ley N°18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades

LOCM

RESUMEN

En esta investigación se determinó el nivel de resguardo de la competencia y su suficiencia en el sistema público chileno basado en la Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicios y su Reglamento.

Para ello, hicimos una descripción del sistema de contrataciones público chileno y los diversos tipos de mecanismos de adquisiciones que éste contempla. Analizamos la relación de interdependencia entre competencia y contratación pública; y los efectos de corto y largo plazo que un diseño ineficiente podría causar en el mercado y la competencia.

Sugerimos tres directrices o criterios competitivos que toda legislación debería incluir en sus disposiciones para resguardar un entorno competitivo en las adquisiciones del Estado.

Identificamos tres problemas principales en el sistema de contrataciones público; tales como, problemas prácticos en la aplicación de la Ley de Compras que establecen barreras de entrada a los competidores; necesidad de fomento de un Sistema de Contratación Pública estratégica y problema en el Sistema de Pagos.

Expusimos tres propuestas de soluciones a los problemas ya expuestos; en base a la experiencia del Derecho Comparado.

Finalmente, podemos adelantar que el sistema de compras público chileno es capaz de resguardar la competencia; no obstante dicho resguardo no es suficiente debido a la mayoría de problemas prácticos en la aplicación de la Ley de Compras y su Reglamento.

INTRODUCCIÓN

Con la publicación de la Ley N°19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, se proponía la unificación del sistema de compras público chileno con disposiciones coherentes y ordenadas que promovieran la transparencia y la probidad en todas las acciones realizadas por los organismos públicos con el fin de adquirir suministros de bienes muebles y servicios. Se esperaba una Ley de Compras Modelo que pudiera otorgar directrices o lineamientos específicos a los funcionarios públicos sobre el diseño adecuado de los procesos de adquisición; enseñando la correcta utilización de los diversos mecanismos de compra en consideración a los bienes y servicios a contratar.

Dicha necesidad de perfeccionamiento del sistema de compras públicas se hizo cada vez más imperiosa, especialmente si tomamos en consideración los volúmenes de transacciones realizadas y el nivel de gasto fiscal. Al respecto, el promedio del Gasto público en Chile en base al año 2011 corresponde a un 23,2% del PIB. Asimismo, el promedio del gasto en contrataciones públicas en razón del total del gasto público es de un 19,2%.

Si bien, en estos últimos 11 años desde su entrada en vigencia, la Ley de Compras y su Reglamento han sido un referente importante en el sistema de

contrataciones chileno al promover el ahorro fiscal, la transparencia y el uso de medios electrónicos para facilitar las adquisiciones; nada dice sobre el resguardo íntegro de la competencia, siendo que una promoción efectiva de ella podría enmendar los frecuentes problemas existentes en la aplicación práctica de la misma Ley. Evidentemente, las mayores transgresiones a la competencia ocurren por la incorrecta aplicación, por parte de las entidades estatales, de las disposiciones contenidas en la Ley de Compras y Su Reglamento; puesto que muchas de ellas dan pie a la discrecionalidad de los empleados públicos en el diseño de bases administrativas y técnicas, documentos que finalmente regirán todo el proceso de licitaciones.

El tema sobre el resguardo de la competencia en las adquisiciones del Estado, especialmente aquellas contrataciones públicas basadas en la Ley N°19.886, es de sumo interés debido a su esencialidad, la que en variadas ocasiones suele no ser vista por los organismos públicos. Efectivamente, hay un hecho objetivo que es desconocido o al menos ignorado por una gran cantidad de entidades gubernamentales que realizan adquisiciones reguladas por la Ley de Compras; el cual es, que una Licitación per se creará mercado en el cual, se reunirán los potenciales proveedores de un bien o servicio y la entidad pública correspondiente con el fin de determinar qué oferente entregará sus bienes y/o prestará sus servicios y el precio de ellos.

Por lo que, la entidad pública, al diseñar un proceso de licitación tendrá en sus manos una herramienta fundamental que podrá tener efectos de corto o de largo plazo en el mercado, ya sea otorgando incentivos o imponiendo barreras a la participación de los oferentes; afectando de forma directa o indirecta el desarrollo de la dinámica competitiva entre los proveedores de un determinado bien o servicio.

Otra razón para investigar sobre el resguardo de la competencia en las adquisiciones es la importancia de la competencia en sí. Debemos tener en cuenta que la competencia es el aliciente que tienen las empresas para mejorar sus niveles de producción, para disminuir los costos asociados; actuar prudentemente en mercado en el que se desenvuelven e incluso la motivación para realizar inversiones, innovaciones y tomar riesgos. La incertidumbre del comportamiento competitivo de otros oferentes incentiva la eficiencia en las empresas; aún más, si tomamos en cuenta que en los procesos de adquisiciones estatales el comprador es el Estado el cual, en muchas ocasiones es un comprador estratégico y tiene mayor poder de negociación.

La falta de doctrina nacional relacionada al tema, también es un motivo que me ha impulsado a investigar, pudiendo encontrar mayoritariamente investigaciones a nivel de Derecho Comparado.

Por lo anteriormente expuesto, es importante realizar las siguientes preguntas ¿El sistema de contrataciones chileno basado en la Ley N° 19.886 y su Reglamento resguarda la competencia? ¿Dicho resguardo de la competencia en el proceso de contrataciones es suficiente?

Para responder dichas preguntas, intentaremos hacer un recuento general sobre cómo funciona el sistema de contrataciones chileno basado en la Ley de Compras y su Reglamento, dando a conocer los tipos de licitación y subastas empleados por el Estado; y los mecanismos de contratación establecidos en la mencionada Ley.

De igual forma, intentaremos profundizar la relación de interdependencia de los mecanismos de adquisiciones estatales y la competencia; indicando cuáles son los efectos de corto y largo plazo que la contratación pública podría tener en el mercado; y en especial de la competencia. Igualmente, daremos una lista de criterios competitivos que todo marco regulador debería incluir en sus disposiciones y revisaremos si el sistema de contratación de Chile los regula.

Identificaremos cuáles son los principales problemas prácticos en el sistema de contratación pública; y si estos afectan a la libre concurrencia de los oferentes. Para tal efecto, utilizaremos la jurisprudencia administrativa de la Contraloría de la República y en menor medida la jurisprudencia judicial del Tribunal de Contrataciones Públicas.

Esbozaremos propuestas de soluciones a los problemas prácticos, considerando la experiencia del Derecho Comparado, especialmente Estados Unidos y el Reino Unido en atención de sus calidades de miembros de la OCDE.

La metodología de investigación fue principalmente descriptiva, explicativa y exploratoria, usando como base la Ley N°19.886 y su Reglamento; las Directivas de la Dirección de Compras y Contratación Pública; la Ley N°19.880, de bases de Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado; Jurisprudencia Administrativa de la Contraloría General de la República de Chile y Jurisprudencia Judicial del Tribunal de Contratación Pública. Asimismo, he utilizado las Legislaciones en Adquisiciones Estatales de Estados Unidos, Argentina y Reino Unido; así como innumerable doctrina de derecho comparado.

En cuanto a las limitaciones de este trabajo de investigación, solamente nos dedicaremos a analizar el sistema de contratación pública chileno basado en la Ley N°19.886 y su Reglamento, excluyendo todo tipo de adquisiciones especiales como por ejemplo, las licitaciones realizadas para contratos relacionados con la ejecución y concesión de obras públicas, entre otras.

Como otra limitación, cabe mencionar que los mecanismos de manipulación de licitaciones, la colusión y la corrupción, no serán mencionadas en esta investigación con la extensión que merecen en consideración a la complejidad

en que deberían ser abarcadas, las que bien podrían ser parte de un nuevo trabajo de investigación.

CAPÍTULO I: LICITACIONES Y EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. Descripción General del Sistema de Compras Públicas

La Administración del Estado, para alcanzar sus objetivos y fines asociados a la satisfacción de las necesidades públicas, requiere más que nunca poner en primer lugar la premisa fundamental de su existencia, el bien común, consagrado en el artículo 1º inciso 4 de la Constitución Política de la República. Para ello, cada vez más se requiere de un Estado eficiente, capaz de racionalizar la obtención de bienes y servicios que sirvan a la satisfacción de necesidades colectivas, y las propias de la Administración, siempre priorizando la búsqueda de bienes y servicios de calidad y a un precio razonable.

Actualmente, la Administración, busca con mayor frecuencia la participación del sector privado para que, a través de acuerdos o convenciones, concurra motivado por las expectativas de beneficios económicos y satisfacción de necesidades públicas.

Es innegable la participación que tienen los contratos administrativos en el cumplimiento de las funciones públicas, de hecho, se ha mencionado que existe una verdadera transferencia de funciones estatales al sector privado. Por cierto, Chile no ha escapado de este proceso de reconsideración del régimen contractual del Estado. Por un lado, las concesiones de servicios públicos y de

obras públicas han significado crear o incluso remozar antiguas legislaciones que por décadas estuvieron en desuso¹.

De modo que, la contratación pública ha tomado un rol importante en las actuaciones de la Administración. Sin embargo, esto ha creado preocupaciones, especialmente en la otorgamiento de un marco regulatorio que incentive la transparencia y el acceso a la información pública puesto que, los contratos administrativos son excepcionales ya que, la Administración, al tener restricciones para contratar debe ajustarse al principio de legalidad y el principio de la juricidad.

En las últimas tres décadas empieza a existir un movimiento de concienciación de la importancia de la contratación pública y es por ello que comenzaron a gestarse diversas y profundas reformas al sistema vigente. Anteriormente, la regulación de las adquisiciones del sector público no era considerada dentro de las políticas públicas y estratégicas; ni siquiera eran consideradas como temas de Estado. Sin embargo, a partir del año 2000, se creó la Comisión Nacional de Ética Pública la cual tuvo como objeto, entre una diversidad de temas, evaluar la reglamentación existente en materia de contratos y licitaciones del Estado, con el objeto de hacer perfeccionamientos en el sistema. Su estudio fue concluyente, la regulación de las adquisiciones y

¹MORAGA,C.2007.Los Contratos de la Administración.En:Contratación Administrativa. Santiago,Editorial Jurídica de Chile.p.15.

compras del sector público era dispersa y confusa. Así lo menciona el Mensaje del Ejecutivo en el proyecto de Ley de compras públicas.

Después de efectuar un pormenorizado estudio de dicha materia [Adquisiciones y compras públicas], la Comisión llegó a la conclusión de que, en nuestro ordenamiento jurídico, existe una gran dispersión y disparidad normativa al respecto, lo que ha conducido a una desigual y confusa reglamentación, en aspectos tales como: volúmenes de gasto para determinar los mecanismos de contratación, sistema de registro de contratistas o de precalificación y mecanismos de control².

Huelga decir que, antes del año 2003, existía la Dirección de Aprovisionamiento del Estado, un servicio público dependiente del Ministerio de Hacienda cuyo fin era la adquisición, almacenamiento y distribución de todos los bienes muebles consistentes en materiales, maquinarias y demás elementos necesarios para la administración pública, incluidas las Fuerzas Armadas, como también el material de oficina y demás bienes muebles destinados al funcionamiento de las instituciones semifiscales, cualquiera sea el origen de los fondos con que se efectuaren dichas operaciones³.

La intención de la Comisión Nacional de Ética Pública siempre fue agilizar el proceso de adquisiciones del sector público puesto que, la mayor falla del

² CHILE. Historia de la Ley N° 19.886. Ley de Bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. Mensaje presidencial, Chile, 30 de julio 2003.p.9

³ CHILE. Ministerio de Hacienda.1960.Decreto con Fuerza de Ley 353: Ley Orgánica de la Dirección de Aprovisionamiento del Estado, abril 1969.p1.

sistema anterior era la lentitud y los problemas de transparencia. Las nuevas tecnologías exigían la modernización del sistema de compras en las cuales las transacciones de la Administración con los privados fueran eficaces y transparentes. De igual manera, se requería centralizar la regulación de las compras públicas en una normativa base que tuviera principios rectores bien definidos y procedimientos públicos. De allí surge la necesidad de regular dos de los contratos más importantes y utilizados por la Administración del Estado; los Contratos de Suministros o de Aprovechamiento de Bienes Muebles y los Contratos de Prestación de Servicios.

Es así como, el año 2003, surge la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos y Prestación de servicios o Ley N° 19.886; en adelante la Ley de Compras públicas, la cual fue publicada en el Diario Oficial con fecha 30 de julio de 2003. Sin perjuicio de ello, dicha ley comenzó a regir treinta días después de su publicación, y en el caso de las Municipalidades, comenzó a regir el 1 de enero de 2004.

Esta Ley de compras es el producto de un cambio de mentalidad de la Administración debido a que, se intenta establecer un marco regulatorio específico, claro y ordenado para la contratación pública. Los cambios más innovadores de esta Ley de Compras son los siguientes;

Tipología de contratos: Se establecen reglas generales de los contratos administrativos, se indican las características de los contratos de suministro y

prestación de servicios; requisitos para contratar con la Administración del Estado y el ámbito de aplicación de la ley.

Procesos de adquisición: Determina cuáles son los mecanismos de contratación pública, su procedencia y los procedimientos de adquisición en cada uno de ellos. Lo más innovador es la creación de un Sistema electrónico de Información e Intermediación de compras y contratación pública. Su objetivo es optimizar el proceso licitatorio mediante la publicación de todas las etapas existentes en los mecanismos de contratación, así como, la existencia de un registro de los proveedores del Estado. Deroga el Decreto con Fuerza de Ley N° 353 del Ministerio de Hacienda que establecía la Ley orgánica de la Dirección de Aprovevisionamiento del Estado. En su lugar, crea la Dirección de Compras y Contratación pública, en adelante DCCP, un servicio público descentralizado, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Hacienda cuyo fin principal, entre otros, es asesorar a los organismos públicos en la planificación y gestión de sus procesos de compras y contrataciones.

Mecanismos de solución de controversias: Se crea un Tribunal especial, el Tribunal de Contratación Pública, el cual es competente para conocer de la acción de impugnación de actos u omisiones ilegales o arbitrarias ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por la Ley de Compras.

1.1 Qué es una Licitación o Subasta

Una subasta o Licitación puede ser definida como una institución de mercado que cuenta con un conjunto explícito de reglas que determina la asignación de recursos y los precios basándose en las pujas presentadas por los participantes.⁴ Las subastas tienen como fin vender y/o comprar bienes y servicios o para adjudicar contratos; y son una herramienta muy útil y eficiente para optimizar recursos.

Asimismo, se puede definir una Licitación como un procedimiento formal y competitivo de adquisiciones, mediante el cual se solicita, reciben, evalúan ofertas para la adquisición de bienes, obras o servicios y se adjudica el contrato correspondiente al licitador que ofrezca la propuesta más ventajosa.⁵

Las principales razones para utilizar una subasta o licitación son las siguientes:

⁴ DURÁ,P. 2003. Teoría de las Subastas y Reputación del Vendedor.[en línea] Madrid, Dirección de Estudios de la Comisión Nacional de Mercado de Valores. <[https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/MONOGRAFIAS/TEORIA SUBASTAS.PDF](https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/MONOGRAFIAS/TEORIA_SUBASTAS.PDF)> [Consulta: 10 de septiembre de 2014] p.10

⁵ CORREA,I. 2002. Manual de Licitaciones Públicas.[en línea] Santiago, ILPES. <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5583/S2002616_es.pdf?sequence=1> [Consulta: 15 de septiembre de 2014] p.19

1.- El que licita no conoce con seguridad las características del negocio⁶: Generalmente el ente licitante no conoce como los agentes privados manejan sus recursos para mejorar sus utilidades y cuáles son los gastos que se involucran en la producción del bien que se desea adquirir o la forma en que se prestan los servicios; de manera que, no conoce a priori qué agente privado en particular puede entregar un producto o servicio de forma eficiente. Si lo supiera contrataría directamente con dicho ente privado en el mercado negociando con él.

2.- El que licita, aun cuando supiera todas las características de los participantes, podría tener bajo poder de negociación: Así pues, una licitación evita la necesidad de negociar directamente con el agente privado y deja que exista competencia, lo que eventualmente permitirá la búsqueda de bienes o servicios a precio más bajo y de mejor calidad.

3.- Eficiencia: Permite la asignación de recursos a quienes valoran más el bien o servicio y permite encontrar al ente privado más eficiente entre los competidores.

4.- Transparencia y Publicidad: Generalmente los llamados a licitación son públicos y establecen reglas claras, específicas y técnicas. Estas permiten a los postores estar informados acerca de los criterios de evaluación que se espera que un postor cumpla, ya sea para obtener un bien o un servicio o la

⁶ FISCHER, R. 2010. Organización Industrial. CEA-DII. Universidad de Chile. p.59

adjudicación de un contrato. Actualmente, las compras públicas por Internet han permitido que los procesos de licitación sean más accesibles y conocidos por el público en general, lo que finalmente permite la ampliación de futuros competidores y distintos tipos de ofertas.

1.2 Sistemas de Contratación Pública que contiene la Ley de Compras

La Administración del Estado para poder determinar a un potencial proveedor requiere previamente realizar un procedimiento administrativo; pues, por regla general la Administración no puede escoger libremente al adjudicatario de un contrato administrativo de manera que, la ley establece diversos mecanismos de contratación. En cuanto a la Ley de compras, ésta establece la Licitación Pública, la Licitación Privada, Trato Directo o Contratación Directa⁷ y una nueva modalidad exclusiva de la Ley de compras, el Convenio Marco.

⁷ Se establece en la Ley de Bases de la Administración del Estado (Ley N° 18.757) la regla general de la contratación administrativa, la cual se inclina por la Licitación o concurso público para las adquisiciones del sector público.

Art. 9. Los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la ley. El procedimiento concursal se regirá por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato. La licitación privada procederá, en su caso, previa resolución fundada que así lo disponga, salvo que por la naturaleza de la negociación corresponda acudir al trato directo.

1.2.1 El Convenio Marco

De acuerdo al Reglamento de la Ley N° 19.886⁸ en su Artículo 2, número 14 un Convenio Marco es un Procedimiento de contratación realizado por la Dirección de Compras Públicas⁹, para procurar el suministro directo de bienes y/o servicios a las Entidades, en la forma, plazo y demás condiciones establecidas en dicho convenio.

El objetivo central de la creación del Convenio Marco fue precisamente el ahorro de etapas de gestión en comparación a una Licitación puesto que, se centraliza la labor de licitar previamente en la Dirección de Chile Compras¹⁰. Así como lo menciona CLAUDIO MORAGA, el convenio marco libera a un órgano administrativo del deber de sustanciar un procedimiento especial de contratación pública; p.ej. licitación pública, disminuyéndose de esta manera el desgaste de formas jurídicas; creando, además, una masa crítica de demandas

⁸ CHILE. Ministerio de Hacienda. 2004. Decreto N° 250: Reglamento de la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, 24 de septiembre de 2004.

⁹ Art. 103 del Reglamento de Ley 19.886: La Dirección de Compras y Contratación Pública, creada por la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, es un servicio público descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio y está sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Hacienda

¹⁰ Art. 30 letra d) de la Ley N° 19.886 :Son funciones del Servicio las siguientes:
d) De oficio o a petición de uno o más organismos públicos, licitar bienes y servicios a través de la suscripción de convenios marco, los que estarán regulados en el reglamento de la presente ley.

públicas por bienes y servicios de privados que mejora las condiciones de contratación: precio,plazo,calidad,estándares,servicios post ventas,etc¹¹.

La idea es que aquellos bienes que figuran en el catálogo de convenio marco, que ya han sido adjudicados en una licitación no deban ser licitados nuevamente cada vez que un organismo público lo requiera, sino que sean adquiridos fácil y directamente a través de dicho Catálogo¹²

La DCCP realiza periódicamente licitaciones públicas nacionales de Convenios Marco en los cuales, en las bases de licitación, especifica los bienes requeridos y establece los criterios de evaluación que estime relevantes para el convenio marco que corresponda pudiendo, entre otros, considerar el precio, las condiciones comerciales, la experiencia de los oferentes, la calidad técnica; consideraciones medioambientales y los servicios post venta. Dichos bienes se determinan en consideración a los planes anuales de compra¹³ de cada entidad pública.

Las Entidades podrán solicitar a la Dirección que lleve a cabo un proceso de compra para concretar un Convenio Marco de un bien o servicio determinado

¹¹ MORAGA,C.Op.cit. p.129.

¹² MERCADO PÚBLICO. s.f. Licitaciones de Convenio Marco[en línea] s.l. <<https://www.mercadopublico.cl/Portal/MP2/secciones/comovender/licitaciones-convenio-marco.html>> [consulta: 16 de octubre de 2014]

¹³ Art. 98 del Reglamento de la Ley N° 19.886: Cada Entidad deberá elaborar y evaluar un Plan Anual de Compras que contendrá una lista de los bienes y/o servicios que se contratarán durante cada mes del año, con indicación de su especificación, número y valor estimado, la naturaleza del proceso por el cual se adquirirán o contratarán dichos bienes y servicios y la fecha aproximada en la que se publicará el llamado a participar.

ya sea, encargándole la gestión de coordinar un proceso conjunto de contratación o requiriéndole la obtención de condiciones específicas de contratación para bienes o servicio determinado.

Los bienes y sus proveedores que hayan ganado la adjudicación serán ingresados a un Catálogo de Convenios Marco; una lista de bienes y/o servicios y sus correspondientes condiciones de contratación previamente licitados y adjudicados por la DCCP y puestos a través del sistema de información de compras y contratación pública a disposición de las entidades.

La importancia del Convenio Marco es que es obligatorio, cada entidad pública está obligada a consultar el Catálogo antes de proceder a llamar a una Licitación Pública, licitación privada o Contratación directa.

Sin embargo, existe sólo una excepción; puede ocurrir que la entidad pública considere que otros proveedores tienen “condiciones más ventajosas” que aquellos incluidos en el convenio marco. Las condiciones más ventajosas, deben cumplir ciertos requisitos para que el organismo público no tenga que recurrir a un convenio marco, de acuerdo al artículo 15 del Reglamento de la Ley de Compras, dichas condiciones deben ser situaciones objetivas, demostrables y sustanciales. Además, enumera una serie de ejemplos de lo que podría considerarse una condición más ventajosa, entre ellas, los plazos de entrega, condiciones de garantía, calidad de los bienes o servicios, o la mejor relación costo beneficio del bien o servicio a adquirir.

En dicho caso, la entidad pública deberá informar a la DCCP a través del canal que disponga. Sin perjuicio de lo anterior, esto no habilita a la entidad pública a contratar directamente con el proveedor que otorga condiciones más ventajosas, sino que deben aplicarse las reglas generales, es decir, aplicar licitación pública, licitación privada o contratación directa cuando proceda.

1.2.1.1 Procedimiento de Grandes Compras en Convenio Marco

Existen casos en que la entidad pública requiere realizar una adquisición vía convenio marco superior a las 1.000 UTM, en dicho caso la entidad deberá comunicar, a través del sistema¹⁴, la intención de compra a todos los proveedores que tengan adjudicado el Convenio marco el tipo de producto requerido. Dicha comunicación deberá realizarse en un plazo que en ningún caso será inferior a los 10 días corridos antes de la emisión de la orden de compra.

La entidad deberá seleccionar la oferta más conveniente según resultado de cuadro comparativo que deberá confeccionar sobre la base de los criterios de evaluación y ponderaciones definidas en las bases de la licitación del convenio marco respectivo.

¹⁴ www.mercadopublico.cl

1.2.2 Licitación o Propuesta Pública

De acuerdo al artículo 2 número 20 del Reglamento de la Ley de Compras, una Licitación o Propuesta pública es un 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. Nos detendremos en este tipo de licitación más adelante.

1.2.3 Licitación o Propuesta Privada

Puede ocurrir que en una licitación pública no se presenten interesados; ya sea porque existe un solo proveedor del bien o servicio; o bien el producto y/o servicio específico que sea desea adquirir tiene naturaleza confidencial. En casos excepcionales, la Ley de compras y su reglamento permiten que no se realice una Licitación Pública sino una Licitación Privada.

Una Propuesta o Licitación privada, conforme a la Ley de Compras y su Reglamento, es un procedimiento administrativo de carácter concursal, previa resolución fundada que lo disponga mediante el cual, la Administración, invita a determinadas personas para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente.

Por lo tanto, la licitación privada requiere de ciertas condiciones para que proceda. En primer lugar, debe existir una resolución fundada de la entidad pública; en segundo lugar, dicha resolución debe ser publicada en el sistema de Información de compras y contratación pública; y en tercer lugar, debe existir una causal taxativa, establecida en el artículo 8 de la Ley de Compras¹⁵

La invitación a participar en una Licitación privada debe hacerse como mínimo a tres posibles proveedores que tengan negocios de naturaleza similar

¹⁵ Art. 8º.- Procederá la licitación privada o el trato o contratación directa en los casos fundados que a continuación se señalan:

a) Si en las licitaciones públicas respectivas no se hubieren presentado interesados. En tal situación procederá primero la licitación o propuesta privada y, en caso de no encontrar nuevamente interesados, será procedente el trato o contratación directa.

Las bases que se fijaron para la licitación pública deberán ser las mismas que se utilicen para contratar directamente o adjudicar en licitación privada. Si las bases son modificadas, deberá procederse nuevamente como dispone la regla general;

b) Si se tratara de contratos que correspondieran a la realización o terminación de un contrato que haya debido resolverse o terminarse anticipadamente por falta de cumplimiento del contratante u otras causales y cuyo remanente no supere las 1.000 unidades tributarias mensuales;

c) En casos de emergencia, urgencia o imprevisto, calificados mediante resolución fundada del jefe superior de la entidad contratante, sin perjuicio de las disposiciones especiales para casos de sismos y catástrofes contenidas en la legislación pertinente.

Sin perjuicio de la validez o invalidez del contrato, el jefe superior del servicio que haya calificado indebidamente una situación como de emergencia, urgencia o imprevisto, será sancionado con una multa a beneficio fiscal de diez a cincuenta unidades tributarias mensuales, dependiendo de la cuantía de la contratación involucrada. Esta multa será compatible con las demás sanciones administrativas que, de acuerdo a la legislación vigente, pudiera corresponderle, y su cumplimiento se efectuará de conformidad a lo dispuesto en el art. 35 del decreto ley N° 1.263, de 1975;

d) Si sólo existe un proveedor del bien o servicio;

e) Si se tratara de convenios de prestación de servicios a celebrar con personas jurídicas extranjeras que deban ejecutarse fuera del territorio nacional;

f) Si se trata de servicios de naturaleza confidencial o cuya difusión pudiere afectar la seguridad o el interés nacional, los que serán determinados por decreto supremo;

g) Cuando, por la naturaleza de la negociación, existan circunstancias o características del contrato que hagan del todo indispensable acudir al trato o contratación directa, según los criterios o casos que señale el reglamento de esta ley, y

h) Cuando el monto de la adquisición sea inferior al límite que fije el reglamento.

En todos los casos señalados anteriormente, deberá acreditarse la concurrencia de tal circunstancia, la que contará con las cotizaciones en los casos que señale el reglamento.

y deberá hacerse por medio del sistema de información. El criterio para determinar a los posibles competidores está basado en la expectativa que tenga la entidad pública compradora de que recibirá respuestas de dichos proveedores. Asimismo, la entidad pública podrá preferir a los proveedores que estén inscritos en el Registro de Proveedores

1.2.4 Trato o Contratación Directa:

Es un procedimiento de contratación que por la naturaleza de la negociación debe efectuarse sin la concurrencia de los requisitos señalados para la Licitación pública y privada¹⁶. Este tipo de procedimiento es especialísimo y excepcional puesto que, no permite una amplia competencia; por lo anterior, requiere de causales taxativas para su aplicación¹⁷. Los tratos directos que se autoricen deberán tener como mínimo tres cotizaciones de diferentes proveedores, con excepción de los casos de emergencia, urgencia o imprevisto; si solo existe un proveedor del bien o servicio o si se trata de servicios de naturaleza confidencial. Este mecanismo de contratación no está sujeto a la discrecionalidad de la entidad pública licitante puesto que, debe estar regido por los Términos de Referencia, que es un pliego de condiciones que regula este mecanismo de contratación y la forma en que deben realizarse las cotizaciones.

¹⁶ Art. 2 N° 31 del Reglamento de Compras Públicas

¹⁷ Art. 10 N°7 letras A-M del Reglamento de Compras Públicas

Tampoco está exento de la publicación de sus etapas en el sistema de información debido a que, debe publicarse en primer lugar la resolución que habilita la aplicación de este tipo de mecanismo de contratación; los términos de referencia, las cotizaciones realizadas, la resolución de la entidad licitante que resuelva la adjudicación; y finalmente el contrato de suministro y prestación de servicios.

1.3 Licitación pública y sus etapas

1.3.1 Concepto

Una licitación pública es un procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual por el que, un ente público, en ejercicio de la función administrativa, invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente¹⁸

Por lo tanto, una licitación pública es un procedimiento conformado por actos sucesivos tanto del ente público como de los potenciales oferentes el cual, tiene por objetivo crear un producto final; el contrato de suministro o de prestación de servicios.

¹⁸ CORREA, I. 2002. Op cit.p.20

Cada etapa de una licitación pública está revestida de formalismo, así pues, cada acto de la administración debe someterse a lo que prescriba la Ley, como lo reitera el Artículo 7 de La Constitución Política de la República, tanto en determinados procedimientos (forma-procedimientos) como en expresiones de la voluntad (forma-externalidad). En el caso de la Licitación pública; se deberá desarrollar en conformidad al procedimiento licitatorio establecido en los artículos 19 a 43 del Reglamento de la Ley de compras, y su forma de expresión será a través de una resolución aprobatoria que, por regla general, estará sometida a la toma de razón de la Contraloría General de la República.

1.3.2 Tipos de Licitación Pública

De acuerdo al reglamento, existen tres tipos de Licitación públicas las cuales, deberán someterse el mismo procedimiento licitatorio a menos de que existan causales que ameriten aplicar la licitación privada o la contratación directa.

- Licitaciones públicas para contrataciones iguales o inferiores a 100 UTM
- Licitaciones públicas para contrataciones superiores a 100 UTM pero inferiores a las 1000 UTM
- Licitaciones públicas para contrataciones iguales o superiores a 1000 UTM

Cabe mencionar que en aquellos casos en que las contrataciones públicas superen las 1000 UTM, será obligatorio el uso de una Licitación pública.

1.3.3 Etapas de la Licitación Pública:

Antes de proceder a la aplicación de una Licitación Pública, es necesario que, el Ente Administrativo, realice ciertas actuaciones previas destinadas a determinar qué bienes o servicios será necesario obtener así como, una estimación de la cantidad de dichos bienes o la determinación del tipo de servicios, su continuidad y el presupuesto existente para financiar la adquisición. De igual manera, se deberá realizar una investigación u sondeo sobre el mercado para cotizar precios, disponibilidad de servicios o de cantidad de bienes, el número de proveedores existentes para dicho mercado, determinación de los montos estimados para la compra o arriendo de bienes, entre otros.

Dichas etapas previas tienen por objeto que, la Administración del Estado, propenda al máximo de eficiencia económica en la asignación de los escasos recursos públicos evitando los gastos excesivos y estableciendo las mejores condiciones económicas para el cumplimiento del contrato que corresponda.

1.3.3.1 Definición de políticas formales en materia de Licitaciones:

Plan anual de Compras Públicas

Todo organismo público debe establecer los lineamientos generales para la contratación pública; y especialmente determinar cuáles son las necesidades específicas del servicio o de la colectividad. Dichas necesidades deben estar estrictamente relacionadas con el cumplimiento de los fines de dicha entidad pública puesto que, como sabemos, las necesidades son infinitas y los bienes muy escasos. De manera que, debe existir una mirada ahorrativa al momento de confeccionar dichas políticas de contratación.

En nuestra Legislación, para aquellos organismos regidos por la Ley de compras existe la obligatoriedad de crear un Plan Anual de compras; es decir, una lista de bienes y/o servicios que la entidad pública contratará cada mes, la especificación de dichos bienes y/o servicios, el número necesitado, el valor estimado; y el mecanismo de contratación que se utilizará. Este plan de Compras deberá ser publicado en el sistema de información

La confección de este plan fue establecido por La Ley de Compras públicas y regulado por su Reglamento¹⁹; una innovación que tiene por objeto facilitar a las entidades públicas organizar las compras anuales, establecidas mes a mes, para frenar la discrecionalidad de los organismos públicos al momento de

¹⁹ Arts. 98-102, Reglamento de Ley de Compras.

determinar las necesidades de dicho organismo y los recursos públicos que destinarán a dicho efecto. Igualmente, facilita a la DCCP la tarea de licitar un convenio marco ya que, deberá tomar en cuenta el plan de compras de cada entidad.

Su importancia radica en que, al permitir la publicación de este plan, se incentiva la transparencia y permite a la colectividad conocer las futuras transacciones del Estado.

El diseño de este plan de compras deberá confeccionarse, previa consulta de la respectiva disponibilidad presupuestaria de cada entidad.

En nuestra legislación actual, el Plan anual de compras no es vinculante para la entidad pública ni para la DCCP de manera que, si existen circunstancias que no fueron consideradas al momento de confeccionar este plan, no es necesario tomarlo en cuenta. Llama la atención que en otras legislaciones latinoamericanas el plan de compras es obligatorio y vinculante para las entidades públicas puesto que, deben ceñirse estrictamente a la ley de presupuestos.²⁰

Necesidad de Estudios Previos

²⁰ ARGENTINA. Decreto N° 893. Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.2012. Art. 12: PLAN ANUAL DE CONTRATACIONES: Las unidades operativas de contrataciones elaborarán el plan anual de contrataciones, de conformidad con los créditos asignados en la respectiva Ley de Presupuesto, el que deberá ser aprobado por la máxima autoridad de la jurisdicción o de la entidad contratante.

Para lograr una licitación eficiente y confiable es necesario que se realicen estudios previos del mercado para poder confeccionar bases administrativas y técnicas ajustadas a la realidad. A modo de ejemplo, puede existir el caso en que una entidad pública exija un monto exorbitante de determinados bienes que en el mercado tengan la condición de ser muy escasos; si se realiza un estudio de mercado la entidad tomará dichos datos e intentará resolver tal complicación, ya sea estableciendo plazos de recepción de oferta más largos; lo que permitirá a los potenciales proveedores adecuar sus niveles de producción para satisfacer la demanda de la entidad pública; o bien reducir la cantidad necesaria de dichos bienes.

El Reglamento establece en su artículo 13 bis, la posibilidad de realizar por los entes públicos, antes de la confección de bases de licitación, procesos formales de consultas o reuniones con proveedores mediante llamados públicos o abiertos, convocados siempre por el sistema de información, con el objeto de obtener información acerca de los precios, características del bien o servicio, tiempos requeridos para preparar la oferta; o cualquiera otra que requiera para la confección de las bases.

Dicha normativa da entender que estas consultas al mercado no son vinculantes; siendo meramente potestativas de la entidad pública.

Hecho que es bastante perjudicial, tomando en cuenta la relevancia que un estudio eficiente podría tener en un proceso de licitación. De igual manera, la falta de un estudio serio o la falta de calidad de los mismos, constituye un factor de riesgo de corrupción. Los estudios de estructuración de un proyecto pueden hacerse con la intención de favorecer a una persona determinada.²¹ Por lo tanto, es preciso exigir que dicha consulta al mercado sea obligatoria para cada entidad y el producto de tal consulta, el informe técnico y económico, sea público a través del Sistema de Información, y en lo posible, que sea objetable por los potenciales proveedores si no es de calidad o no se asemeja a las condiciones reales del mercado.

1.3.3.2 Confección de bases de licitación

Concepto

Las bases de licitación podrían definirse como el conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por la autoridad administrativa que especifican el suministro, obra o servicio que se licitará, las condiciones a seguir en la

²¹ CORREA,I.2002.Op cit,p.26

preparación y ejecución del contrato y los derechos y obligaciones de los oferentes, del adjudicatario y de la administración²²

El reglamento, define a las Bases como documentos aprobados por la autoridad competente que contienen el conjunto de requisitos, condiciones y especificaciones establecidos por la Entidad Licitante que describen los bienes y servicios a contratar, regulando el proceso de compras y el contrato definitivo.

La naturaleza jurídica de las bases de licitación se ha discutido por la doctrina, sin embargo, la posición dominante es que éstas sean un acto administrativo, creado unilateralmente por la entidad pública licitante, destinado a perfeccionar un contrato determinado el cual, debe estar sujeto a la ley y las normas de procedimiento para su validez²³.

Sin perjuicio de lo anterior, los efectos jurídicos de las bases administrativas son innegables, éstas establecerán el contenido del procedimiento en que se formará la voluntad contractual de la Administración y el potencial proveedor. Incluso, las bases generan derechos y obligaciones para la entidad licitante y para los potenciales proveedores. Por un lado, genera la obligación para el organismo público de sujetarse estrictamente a las bases²⁴, de tal forma que,

²² Ibid. p. 33

²³ Ibid. p. 35

²⁴ Esto se denomina el Principio de estricta sujeción a las bases; principio fundamental de la Ley de Compras junto con el Principio de la libre concurrencia de los oferentes. Dicho principio está reconocido en el art. 10 inciso 3 de la Ley N° 19.886: "Los procedimientos de licitación se realizarán con estricta sujeción, de los participantes y de la entidad licitante, a las bases administrativas y técnicas que la regulen. Las bases serán siempre aprobadas previamente por la autoridad competente."

cada acto relacionado con el proceso licitatorio per sé debe ceñirse en su totalidad a las bases de licitación; respetando los plazos, las etapas que comprende, las garantías que solicita y todas las condiciones que establezca con anterioridad la entidad administrativa para el éxito de la Licitación.

El incumplimiento de las bases de licitación por el organismo público da derecho a los potenciales proveedores de impugnar el acto ilegal e arbitrario ante el Tribunal de Contratación Pública²⁵. Asimismo, las bases de licitación dan derecho al organismo público licitante de rechazar cualquier oferta que no cumpla con los requisitos básicos para que sea aceptada, y establece la obligación para los oferentes de respetar las bases de licitación realizando ofertas serias, es decir, realizadas con la voluntad de ganar la licitación. Se pretende evitar la presentación de ofertas vulneradoras de las bases de licitación a sabiendas de que éstas serán rechazadas, hechos que en variadas ocasiones va en beneficio de otros competidores; conducta que sería relacionada con la Colusión en las Licitaciones.

²⁵ Cabe mencionar que de acuerdo al art. 24 de la Ley de Compras, el Tribunal de Contratación Pública es sólo competente para conocer de la impugnación de actos ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación regidos por la ley de compra, que hayan tenido lugar entre la aprobación de bases de licitación y la adjudicación del contrato, ambos inclusive.

La competencia del Tribunal de Contratación Pública sería en principio, bastante acotada, puesto que el límite de su conocimiento sería la etapa de adjudicación, omitiendo referirse a una etapa de igual trascendencia como es la ejecución del contrato de suministro y/o de prestación de servicios. Quedando tal competencia atribuida a los tribunales ordinarios, en aplicación subsidiaria del derecho privado.

Clases

En nuestra legislación existen dos tipos de bases de licitación; las bases administrativas y las bases técnicas. El Reglamento de compras define cada una de ellas.

Las Bases Administrativas son documentos aprobados por la autoridad competente que contienen, de manera general y/o particular; las etapas, plazos, mecanismos de consulta y/o aclaraciones; criterios de evaluación, mecanismos de adjudicación, modalidades de evaluación, cláusulas del contrato definitivo; y demás aspectos administrativos del proceso de compras.²⁶ Por lo tanto, las bases administrativas contienen las condiciones generales de contratación.

Las Bases Técnicas, son documentos aprobados por la autoridad competente que contienen de manera general y/o particular las especificaciones, descripciones, requisitos y demás características del bien o servicio a contratar.

En variadas ocasiones se incluyen las bases económicas en las mismas bases técnicas; las bases económicas contienen las condiciones para presentar la oferta, la determinación del precio del bien o servicio, establecimiento de garantías, mecanismos de pago o restricciones económicas.

²⁶ Art. 2 N° 3 del Reglamento de la Ley N° 19.886

Contenido

Debido a que, las bases de licitación son el pilar fundamental de un proceso licitatorio el contenido de ellas debe ser reglamentado de forma precisa y clara, evitando términos confusos u oscuros que den pie a la discrecionalidad arbitraria. El diseño de una base de licitación tiene repercusiones, no sólo entre la entidad licitante y los potenciales proveedores sino que, afecta directamente a la economía. Como se desarrollará en los capítulos siguientes, las políticas y condiciones que establezca una base de licitación determinará la cantidad de competidores que participen en el proceso de licitación; las posibilidades de creación de un cartel entre los competidores, la consecución de objetivos medioambientales; la inclusión o exclusión de PYMES, y en general puede establecer inclusive barreras de entrada.

Es por ello que, las legislaciones de contratación pública deben regular el contenido mínimo de una base de licitación a efectos de resguardar uno de los principios fundamentales de los procesos licitatorios; el principio de libre concurrencia.

En nuestro ordenamiento jurídico, las bases de licitación administrativas y técnicas de los mecanismos de contratación de la Ley de Compras están reguladas de forma minuciosa.

En primera instancia, las bases de licitación deberán establecer las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del bien o servicio por adquirir y todos sus costos asociados, presentes y futuros. En el establecimiento de dichas condiciones, la entidad licitante deberá propender a la eficacia, eficiencia, calidad de los bienes y servicios que se pretende contratar y ahorro en sus contrataciones. Por lo tanto, si el objetivo es obtener bienes y servicios de calidad a un precio razonable, es indudable que el precio no puede ser el único criterio para adjudicar un contrato.

El artículo 22 del Reglamento de Compras públicas, establece el contenido mínimo que deben contener las bases de licitación:

- En cuanto a su forma: Estas bases deben estar redactadas en un lenguaje preciso y directo; evitando cualquier margen de discrecionalidad.
- En cuanto a los oferentes: Establecerá los requisitos y condiciones que deberán cumplir los oferentes para que sus ofertas sean aceptadas. Los potenciales proveedores que deseen participar en los procedimientos licitatorios del Estado en relación a un rubro determinado deberán inscribirse en el Registro electrónico de contratistas de la DCCP. La solicitud o formulario de inscripción deberá respaldar la situación legal del proveedor, su situación financiera, idoneidad técnica y

demostrar que no existe inhabilidad o incompatibilidad alguna para ser contratante.²⁷

▪ Con respecto al bien o servicio a adquirir: Deberá contener la especificación genérica del bien o servicio, sin aludir a marcas específicas. Si es necesario, se podrá incluir marcas específicas, acompañadas de la frase “o equivalente”. El propósito de esta disposición es claro; se evita reducir al número de competidores que podrían ofrecer el bien determinado; y en el caso que sea absolutamente necesario incluir marcas, se debe otorgar la opción de ofertar productos de características similares al de la marca especificada.

²⁷ Art. 92.Reglamento de la Ley de Compras- Causales:

Estarán inhabilitados para inscribirse en el Registro de Proveedores los que se encuentren en alguna de las siguientes circunstancias:

1) Haber sido condenado por cualquiera de los delitos de cohecho contemplados en el título V del Libro Segundo del Código Penal.

2) Registrar una o más deudas tributarias por un monto total superior a 500 UTM por más de un año, o superior a 200 UTM e inferior a 500 UTM por un período superior a 2 años, sin que exista un convenio de pago vigente. En caso de encontrarse pendiente juicio sobre la efectividad de la deuda, esta inhabilidad regirá una vez que se encuentre firme o ejecutoriada la respectiva resolución.

3) Registrar deudas previsionales o de salud por más de 12 meses por sus trabajadores dependientes, lo que se acreditará mediante certificado de la autoridad competente.

4) La presentación al Registro Nacional de Proveedores de uno o más documentos falsos, declarado así por sentencia judicial ejecutoriada.

5) Haber sido declarado en quiebra por resolución judicial ejecutoriada.

6) Haber sido eliminado o encontrarse suspendido del Registro Nacional de Proveedores por resolución fundada de la Dirección de Compras.

7) Haber sido condenado por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador.

- Con respecto a los actos y términos del procedimiento: Se establecerán las etapas y los plazos de la licitación; los plazos y modalidades de la aclaración de las bases; la entrega y la apertura de las ofertas; la evaluación de las ofertas, la adjudicación y la firma del contrato; y el plazo de duración de dicho contrato.

- Modalidades de contratación: Se incluirá la condición, plazo y el modo en que la entidad pública se compromete al o los pagos del contrato de suministro o de servicio una vez recepcionados los bienes o cumplido el servicio pactado. De igual manera, se indicará el plazo para la entrega del bien y/o para la prestación del servicio.

- Establecimiento de garantías: Se indicará la procedencia de garantías de seriedad de la oferta; y de fiel cumplimiento del contrato; el monto de cada una de ellas y la forma de hacerlas efectivas; estableciendo multas o sanciones en caso de incumplimiento. El establecimiento de estas garantías será obligatorio en contrataciones superiores a las 1000 UTM.

- Criterios de evaluación: Para conocimiento de los potenciales competidores es de importancia la publicación de los criterios de evaluación de las ofertas las que si no son cumplidas por la entidad

pública licitante, dará derecho a los proveedores de impugnar el acto adjudicatorio. Estos criterios de evaluación deberán ser objetivos y basarse en la naturaleza de los bienes y/o servicios que se licitan, la idoneidad técnica; y económica de los oferentes y cualquier otro antecedente que sea relevante para el objeto de la licitación.

- Perfeccionamiento de la voluntad: En los contratos mayores a 100 UTM y menores a las 1000 UTM, se deberá determinar, en atención al volumen de las contrataciones, la necesidad de suscribir un contrato de suministro o de prestación de servicios o sólo emitir una orden de compra por parte de la entidad licitante, la cual será aceptada por el adjudicatario.

- Acreditación laboral del proveedor: Como mencionamos con anterioridad, el diseño de una base de licitación tiene repercusiones que abarcan mucho más que el proceso licitatorio propiamente tal. Es así como, pueden existir diversos objetivos de la contratación que no necesariamente tienen relación con la adjudicación de un contrato; p.ej. la búsqueda de proveedores que no dañen el medioambiente a través de externalidades negativas. Es por ello que, nuestra legislación ha tomado conciencia de dichas repercusiones y se ha preocupado de incluir tópicos laborales y de seguridad social en los mismos procedimientos licitatorios,

específicamente en cuanto a las oportunidades de empleo que podrían ofrecer los potenciales proveedores y la existencia de deudas previsionales; hechos que, pueden beneficiar o perjudicar a los competidores. Por lo tanto, la entidad pública licitante debe incluir, como contenido mínimo de una base de licitación, la acreditación de que el proveedor adjudicado registra o no saldos insolutos de remuneraciones o cotizaciones de seguridad social con sus actuales trabajadores o con trabajadores contratados en los últimos dos años; indicando la forma en que requerirán dichos antecedentes.

- Comisiones evaluadoras: Podrá designarse comisiones evaluadoras en todo proceso licitatorio. Sin embargo, en aquellos casos de contrataciones de alta complejidad o de montos superiores a las 1000 UTM la designación de una comisión evaluadora será obligatoria, la que deberá contar con un mínimo de tres funcionarios públicos internos o externos al organismo licitante respectivo de manera que, se garantice imparcialidad y competencia entre los oferentes.

El reglamento permite cierta discrecionalidad a las entidades públicas al momento de incluir cláusulas accidentales adicionales en las bases de licitación; p.ej. la prohibición de subcontratar al proveedor adjudicado y los alcances de dicha prohibición; inclusión de ponderaciones o puntajes

que asignen a los oferentes derivados del cumplimiento de normas que privilegien materias de alto impacto social, como el medioambiente, inserción de trabajadores discapacitados, etc. En general, se permite incluir cualquier materia que no contradiga disposiciones de la Ley de Compras o el reglamento.

1.3.3.3 Llamado a licitación:

Una vez aprobadas las bases de licitación por el organismo competente; y obtenidas las autorizaciones presupuestarias correspondientes se procede a publicar el acto administrativo “llamado a Licitación”. No debe confundirse el llamado a licitación, que es un acto administrativo, con el anuncio, el cual es una medida o garantía de publicidad. Es una invitación formal, al público en general, a participar en un determinado procedimiento de selección.²⁸

El anuncio es un hecho administrativo, que consiste en hacer público en el sistema de información el acto administrativo que llama a ofertar a los competidores. Este anuncio se realiza por medios electrónicos con el objeto de obtener la atención de la mayor cantidad de competidores posibles, sin perjuicio de lo anterior existen excepciones que permiten realizar el anuncio vía soporte papel; p.ej. en aquellos casos en que no exista conectividad en ciertas comunas y/o regiones del país.

²⁸ CORREA, I. 2002. Op cit. p.37

También la entidad pública licitante podrá, con la finalidad de aumentar la difusión a nuevos competidores, publicar el anuncio por medio de uno o más avisos en diarios o medios de circulación internacional, nacional o regional, según sea el caso.

En cuanto a los plazos para realizar el llamado de licitación, éstos dependerán de la entidad licitante; el monto y la complejidad de la contratación. Sin embargo, el reglamento ha establecido plazos mínimos en relación a la suma total del monto adquirir.

- Monto de la contratación es igual o superior a las 1000 UTM, el llamado a la licitación deberá publicarse en el sistema de información con una antelación de a lo menos 20 días corridos anteriores a la fecha de recepción de ofertas. Podrá rebajarse este plazo a 10 días en el caso de que se trate de contratos de suministro de bienes o servicios de simple y objetiva especificación y razonablemente conlleve menor esfuerzo en la preparación de ofertas.

- Monto de la contratación es inferior a las 1000 UTM, el llamado a la licitación deberá publicarse en el sistema de información con una antelación de a lo menos 10 días corridos anteriores a la fecha de recepción de ofertas. Podrá rebajarse este plazo a 5 días en el caso de que se trate de contratos de suministro de bienes o servicios de simple y

objetiva especificación y razonablemente conlleve menor esfuerzo en la preparación de ofertas.

- Monto de la contratación es igual o inferior a las 100 UTM, el llamado a la licitación deberá publicarse en el sistema de información con una antelación de a lo menos 5 días corridos anteriores a la fecha de recepción de ofertas.

1.3.3.4 Aclaraciones de las bases de licitación:

Desde el momento de la publicación de las bases de licitación, los proveedores pueden resolver las dudas que surjan de dicha bases; para ello, se contempla en el proceso licitatorio una etapa de aclaración. En esta etapa, los proveedores realizarán anónimamente sus preguntas a través del sistema de información, a menos que las bases hayan permitido resolver las aclaraciones en soporte papel. Esta será la única forma de contacto entre la entidad pública licitante y los proveedores. Lo que se pretende al fin y al cabo es que exista exclusividad en la comunicación, evitando a toda costa que los proveedores puedan reunirse privadamente con los funcionarios públicos encargados de la licitación o con los otros proveedores, con esto se intenta erradicar cualquier indicio de corrupción o colusión, respectivamente.

La entidad licitante resolverá todas las preguntas que haya recibido por el sistema de información y las pondrá en conocimiento a todos los proveedores, sin indicar el nombre de quien realizó la pregunta.

1.3.3.5 Recepción de ofertas:

Las ofertas de los proveedores serán presentadas electrónicamente en el sistema de información mediante el llenado de un formulario elaborado por la DCCP y acompañar todos los documentos requeridos en las bases. Sin perjuicio de lo anterior, puede existir la posibilidad de presentar estas ofertas en soporte papel en dicho caso, se entregará la oferta en el domicilio de la entidad licitante hasta el último día del plazo contemplado para el cierre de la recepción de ofertas en el horario de atención de la entidad licitante.

En cuanto el contenido de la ofertas, deberá ser establecido por el ente licitador en las bases de licitación. Asimismo, podrá solicitar garantías de seriedad de la oferta, en atención al riesgo que existe en cada licitación; en aquellas contrataciones superiores a las 1000 UTM, la exigencia de una garantía de seriedad es obligatoria. Esta garantía podrá ser presentada electrónicamente ajustándose a la Ley N° 19.799, sobre documentos electrónicos, firmas electrónicas y servicios de certificación de dicha firma.

1.3.3.6 Apertura de las ofertas y observaciones:

Una vez terminado el plazo para presentar ofertas, automáticamente el sistema de información realiza el acto de apertura de las ofertas dejando constancia del día y hora de dicho acto. El acto de apertura cierra cualquier posibilidad de los competidores de presentar ofertas o modificar las ya presentadas. Sin embargo, la entidad licitante podrá solicitar a las oferentes que salven omisiones o errores formales, siempre y cuando, dichas rectificaciones no otorguen privilegios y no se vulnere el principio de la estricta sujeción a las bases.

La constancia del día y hora del acto de apertura es una señal de transparencia y otorga la seguridad a los competidores de que ninguna oferta fue conocida con anterioridad por la entidad licitante, evitando cualquier tipo de manipulación en la licitación. En esta etapa, los competidores conocerán el resto de las ofertas presentadas, en específico, la individualización del oferente, la descripción del bien o servicio, el precio unitario y total de la oferta; y la garantía de seriedad si es que procede.

Durante el plazo de 24 horas contadas desde la apertura de las ofertas, los competidores pueden hacer observaciones de las ofertas presentadas, lo que deberá hacerse por medio del sistema de información.

1.3.3.7 Evaluación de las ofertas:

Concluido el plazo de observaciones a las ofertas la entidad licitante debe proceder a evaluar las ofertas presentadas en plazo, analizando los antecedentes presentados y rechazando a aquellas ofertas que no cumplan con los requisitos mínimos exigidos por las bases de licitación. Esta evaluación, deberá ceñirse estrictamente a los criterios de evaluación existentes en las bases y consistirá en un análisis económico y técnico de los beneficios y costos presentes y futuros del bien o servicio presentados en cada una de las ofertas.

Se considerarán criterios económicos y técnicos; como la experiencia, el precio, el cumplimiento de requisitos formales, comportamiento contractual anterior, y todo criterio que sea atinente en consideración al bien o servicio requerido. En el caso de que el contrato requerido sea de servicios habituales, se tomará especial consideración en las condiciones de empleo y remuneración que ofrezcan los proveedores a sus trabajadores.

1.3.3.8 Adjudicación de la oferta:

Una vez realizada la evaluación y cumplidos los plazos para publicar en el sistema de información. La entidad licitante dictará un acto adjudicatorio debidamente fundado seleccionando al proveedor cuya oferta haya cumplido con las expectativas de dicha entidad. De igual manera, deberá publicar la

resolución que declare la inadmisibilidad y/o la declaración de desierto del proceso en el caso de que no se presenten ofertas o estas no sean convenientes. El acto adjudicatorio se notificará a los competidores y al adjudicatario y contendrá la mayor cantidad de información con respecto al proceso de evaluación, adjuntando informes técnicos, actas de evaluación, cuadros comparativos, entre otros.

El organismo público licitador deberá indicar algún tipo de mecanismos para resolver consultas de los proveedores que no hayan sido seleccionados con respecto a la adjudicación y al proceso licitatorio en general.

1.4 Tipos de Licitación o Subasta.

Existe subasta cuando se trata de vender un bien (el subastador será el vendedor y los postores serán los potenciales compradores) como en los casos en que se desea comprar un bien o solicitar una prestación de servicios (en tal caso, el subastador sería el comprador y los postores los vendedores). En esta investigación nos dedicaremos a analizar el segundo caso, es decir, aquellos casos en que el Estado es el comprador de bienes o servicios y los entes privados son los vendedores de dichos bienes o los otorgantes de dichos servicios, lo que se denominan subastas inversas.

Actualmente existen cuatro tipos de subastas estándar, las cuales pueden presentar variaciones.

- Subasta Inglesa o Ascendente: Es el tipo de subasta de mayor aplicación, se caracteriza principalmente porque el precio inicial se va aumentando sucesivamente con las pujas de los postores, los cuales, se van retirando a medida que el precio sobrepasa sus capacidades de pago. Finalmente, surgirá un único comprador que esté dispuesto a pagar por dicho precio final, el que se adjudica el bien. Los modelos en que se puede presentar este tipo de subasta es variado; el más conocido es el remate común en que los postores van presentando sus pujas ya sea oralmente o mediante dispositivos electrónicos. En este tipo de subasta existe una asimetría de la información puesto que, los postores conocen la valoración que ellos le dan al bien, pero desconocen la valoración que sus rivales le otorgan y por ende el precio que están dispuestos a pagar, sin perjuicio de ello, los potenciales compradores siempre estarán enterados del nivel actual de la puja máxima.

- Subasta holandesa o subasta descendente: Esta subasta recibe el nombre de “Holandesa” debido a que, es la que comúnmente se utiliza para las ventas de flores en Holanda, de allí su nombre. En este tipo de subasta, el oferente o poseedor del bien, va

a establecer un precio de puja máximo que en ocasiones, será un precio muy elevado. Esta puja se irá disminuyendo en caso de que ningún demandante la acepte. Finalmente, se adjudicará el bien quien acepte la puja establecida por el oferente. Puede ocurrir que ningún demandante esté dispuesto a pagar el precio establecido, en dicho caso, el oferente ofrecerá la puja mínima; precio final que el oferente está dispuesto a obtener por el bien que ofrece, la cual puede o no ser aceptada. También existe asimetría de la información; los postores no conocen la valoración de reserva que sus rivales le dan al bien o servicio y por lo tanto, no conocen el precio mínimo que están dispuestos a pagar.²⁹

- Subasta con sobre cerrado al primer precio: En este tipo de subastas los postores presentan sus ofertas en sobre cerrado, de

²⁹ El Remate Holandés es utilizado como un Mercado Transaccional de Renta Fija e Intermediación Financiera en la Bolsa de Valores de Santiago, especialmente como una modalidad de adjudicación y asignación de transacciones de bonos bancarios, Bonos de Sociedades Anónimas, letras hipotecarias, Bonos Subordinados; y Pagarés y Bonos del Banco Central y Tesorería General de la República.

Básicamente, el sistema levanta un remate donde todos los usuarios de renta fija (deuda de largo plazo) pueden ingresar posturas de compra sobre las ofertas que elijan. Posteriormente, cuando termina el horario de remate, la aplicación ordena todas las posturas recibidas, privilegiando a las que presenten la mejor tasa o precio de compra, y en caso de igualdad de tasa o precio entre una o más posturas, se asigna mayor prioridad a aquellas ingresadas con antelación.

Una vez ordenadas las posturas, se suman sus cantidades hasta completar la cantidad ofrecida en la oferta de venta, asignándole la oferta a todas aquellas posturas que quedaron seleccionadas dentro de la suma anterior. Por último, la tasa o precio de adjudicación es única para la oferta rematada, correspondiendo a la tasa o precio de la última postura considerada en la adjudicación. Para mayor información www.bolsadesantiago.cl

manera que ninguno de ellos conoce la oferta de los rivales. Se adjudica el bien aquel postor que ofreció el precio más elevado, la que se considera la mejor puja. Se caracteriza porque los compradores sólo pueden hacer una puja, en contraste con la subasta inglesa que permite diversas pujas.

- Subasta con sobre cerrado al segundo precio o Subasta de Vickrey: En esta modalidad de subasta los postores presentan sus ofertas en un sobre cerrado, tampoco conocen las pujas de los rivales al igual que la subasta con sobre cerrado primer precio. Finalmente, quien termina adjudicándose el bien será el postor que ofreció el precio más elevado, pero el precio final de colocación será igual a la segunda puja más alta. De manera que, el precio final del bien no depende de la puja presentada por el mejor postor, sino que estará determinada por el segundo precio más alto.

1.4.1 Subastas inversas:

Estas subastas son una variante de los cuatro tipos de subastas mencionados con anterioridad y tienen por objeto la compra por personas naturales o jurídicas de bienes y/o servicios a un menor precio. Por lo tanto, el

ente licitador es el comprador quien designa específicamente el bien o servicio que necesita y los postores son los potenciales vendedores.

El Estado ha sido un gran impulsor de este tipo de licitaciones, generalmente con sobre cerrado.

- Subasta Inglesa Inversa: Este tipo de subasta tiene la peculiaridad de que el ente licitador va a especificar el bien o servicio que desea adquirir y dejará que los postores hagan sus ofertas. El postor que ofrezca el precio más bajo será quien venda el bien y/u ofrezca los servicios.

- Subasta Holandesa Inversa: En este mecanismo de subasta el comprador o ente licitador va a establecer un precio máximo y determinara la cantidad de bienes que desea comprar a ese precio; el precio mencionado en la postura siempre es unitario. Los postores podrán ofrecer el mismo precio que estableció el comprador o bien ofertar a un precio mucho más bajo que el tope. Será considerado vendedor aquel que haya ofrecido el precio más bajo.

- Subasta con sobre cerrado primer precio Inverso: En ella, las ofertas se realizan en sobre cerrado y ninguno de los potenciales

vendedores conoce las ofertas mínimas de sus rivales. El ganador será aquel que haya ofertado el precio más bajo y ganará el derecho de vender el bien u ofrecer sus servicios al comprador licitante.

- Subasta de Vickrey Inverso: En este mecanismo de subasta también los potenciales vendedores ofertan mediante sobre cerrado y será considerado ganador aquel que haya ofertado el precio más bajo, sin embargo se pagará por el bien, el segundo menor precio ofrecido.

1.5 Generando Competencia a través de Licitaciones:

Como mencionamos anteriormente, las subastas o licitaciones son un mecanismo que permite encontrar a un oferente eficiente evitando la negociación directa entre compradores y vendedores, la cual, muchas veces puede recaer en una diferencia entre los poderes de negociación de las partes, lo que podría tener como consecuencia una ineficiente distribución de bienes.

Las licitaciones crean un mercado determinado ya que, el ente licitante, dependiendo de las características de bienes o servicios que requiera comprar o vender va a realizar un llamado para que concurren diversos potenciales compradores y vendedores, quienes van a determinar el precio final del bien o servicio. Es por ello que, las licitaciones tienen un trasfondo económico

palpable; cada subasta configura las condiciones necesarias para que se genere competencia.

Sin embargo, el diseño de un proceso licitatorio es un acto sumamente complejo atendiendo a las consecuencias económicas que genera. Se tiene conciencia que cada diseño de un proceso licitatorio es casuístico y no es posible buscar un modelo perfecto que funcione para cada contratación pública de la Administración del Estado. Por lo tanto, debe existir un marco regulatorio de contratación pública que permita con sus disposiciones la correcta conciliación de los propósitos de la contratación con una efectiva protección a la competencia. Una buena manera de realizar esto es, otorgando preferencia a la aplicación de licitaciones públicas, pues permite el ingreso de ofertas de una mayor cantidad de competidores. Asimismo, la posibilidad de ofertar a personas naturales o jurídicas extranjeras, amplía y liberaliza los mercados público a nuevos competidores.

Un marco regulador de contrataciones públicas debe otorgar a los funcionarios encargados habitualmente de los procesos de compra, o como se denominan en el Reglamento de compras públicas, los “Usuarios compradores”, lineamientos claros y precisos que orienten hacia una confección de procesos licitatorio pro competitivos.

Como mencionamos anteriormente, cada compra pública es casuística y requiere de condiciones individuales para cumplir los objetivos planteados en

cada compra de manera que, el usuario comprador, debe ajustar el marco regulatorio de compras públicas y “amoldar” dicha normativa a la compra pública particular. La actual ley de compras está consciente de ello y permite cierta discrecionalidad a los organismos públicos en el diseño de bases de licitación en atención a las necesidades particulares de cada servicio, es así, como el Reglamento de compras públicas en su artículo 23 permite a la entidades administrativas compradoras establecer cláusulas adicionales a las bases de licitación que no contradigan la Ley de compras o el Reglamento.

Es curioso que en esta disposición no se mencione que el contenido adicional de las bases tampoco debería contradecir el Decreto Ley N° 211 o “Ley de Defensa de la Libre Competencia”, debido a que la promoción de la competencia influirá directamente en la búsqueda a de bienes y servicios de mayor calidad y a un precio razonable.

Lo anterior da pie a que los usuarios compradores establezcan condiciones en las bases de licitación que eventualmente podrían afectar la competencia; p.ej., el establecimiento de barreras de entrada; abrir una brecha que permita la colusión o corrupción o cualquier tipo de manipulación incorrecta de los procesos de licitación.

Una forma de evitar estas actuaciones erróneas, es la capacitación de los usuarios compradores y la posible intervención de las autoridades de la

competencia, en nuestro ordenamiento jurídico, Fiscalía Nacional Económica y Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Para determinar si La Ley de Compras y su Reglamento otorgan un lineamiento claro y preciso de protección a la competencia en sus disposiciones, es menester, por tanto, examinar cuáles son los criterios que el marco regulatorio de compras públicas entrega al Usuario comprador para confeccionar un proceso licitatorio.

CAPÍTULO II: CRITERIOS PARA RESGUARDAR LA COMPETENCIA EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

2.1 Antecedentes Económicos de la Contratación Pública

Como mencionamos en el capítulo anterior; las contrataciones públicas en general tienen un trasfondo económico palpable puesto que, las necesidades de bienes y servicios de los organismos públicos, son satisfechas por las entidades privadas. Este intercambio de bienes y servicios por un precio final es lo que se irá regulando mediante las leyes de la oferta y la demanda, configurando lo que se denomina Mercado Público. Ahora bien, la importancia de las contrataciones públicas como actividad administrativa y económica se plasma aún más en el nivel de gasto público de las entidades administrativas³⁰. En 2011, el promedio del gasto en contrataciones públicas en los países miembros de la OCDE representa un 13% del PIB y un 29% del total del gasto general de las Administraciones Públicas³¹. Es por ello, que los sectores públicos de los países miembros de la OCDE han tomado resguardos en la

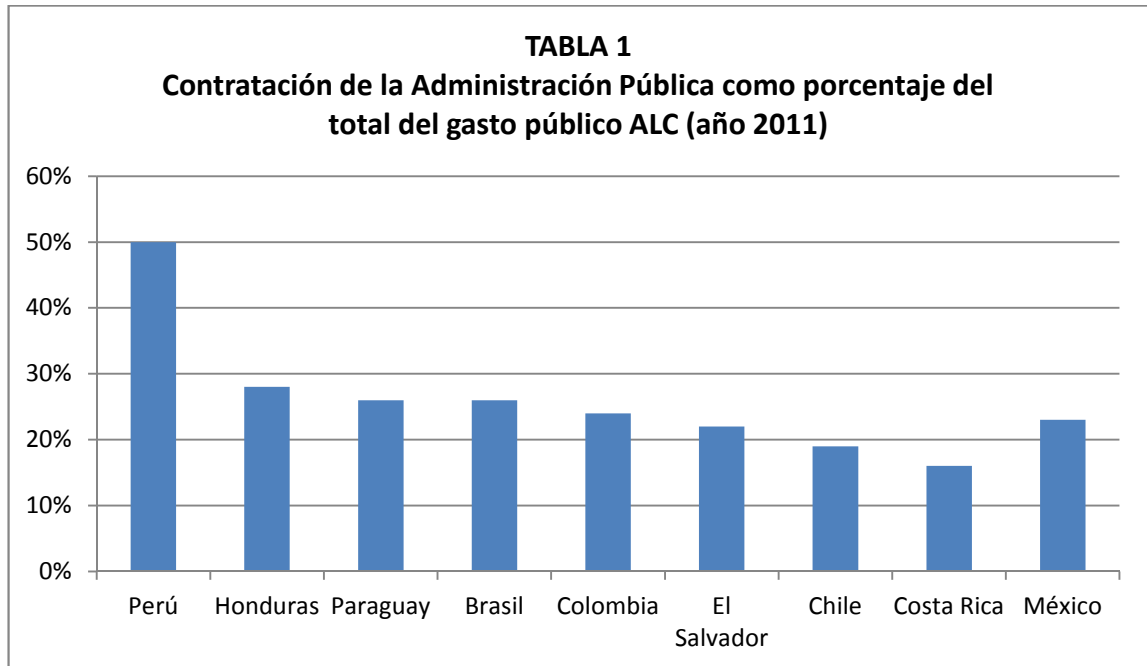
³⁰ El gasto en contratación pública se define como la suma de los consumos intermedios (bienes y servicios adquiridos por las Administraciones para su propio uso), la formación bruta de capital fijo con exclusión de las ventas de activos fijos (como la construcción de carreteras); y las transferencias sociales (bienes y servicios adquiridos por la administración y suministrados a los hogares)

³¹ OCDE (2014). Panorama de las Administraciones Públicas 2013. Madrid, Instituto Nacional de la Administración Pública (Serie Estudios y Documentos). p. 50

forma de confeccionar los procesos más eficaces de contratación pública para disminuir gasto público y aumentar el nivel de ahorro que, finalmente, podría ser utilizado en nuevas políticas ya sean sociales, económicas o medioambientales.

En cuanto a los países de América Latina y el Caribe, en adelante ALC, el promedio del gasto en contrataciones públicas corresponde a un 26% del total de gastos de las Administraciones estatales. Debido a lo anterior, y por el gran porcentaje de gasto que suponen las contrataciones públicas, es menester promover la eficiencia en el gasto para obtener una mayor cantidad de ahorro fiscal. De igual manera, mientras más grande sea el volumen de contratación mayor posibilidades hay de que produzca despilfarro, corrupción y en general una mala gestión de los recursos fiscales. Es por ello que, los Estados deben ser cautelosos y propender a la eficiencia y la promoción de la competencia en todos los procesos de contratación pública.

En cuanto al promedio del Gasto público en Chile, este corresponde a un 23,2% del PIB en base al año 2011. El promedio del gasto en contrataciones públicas en razón del total del gasto público es de un 19,2%.



Fuente: Base de datos de Estadísticas de las Finanzas Públicas del FMI.

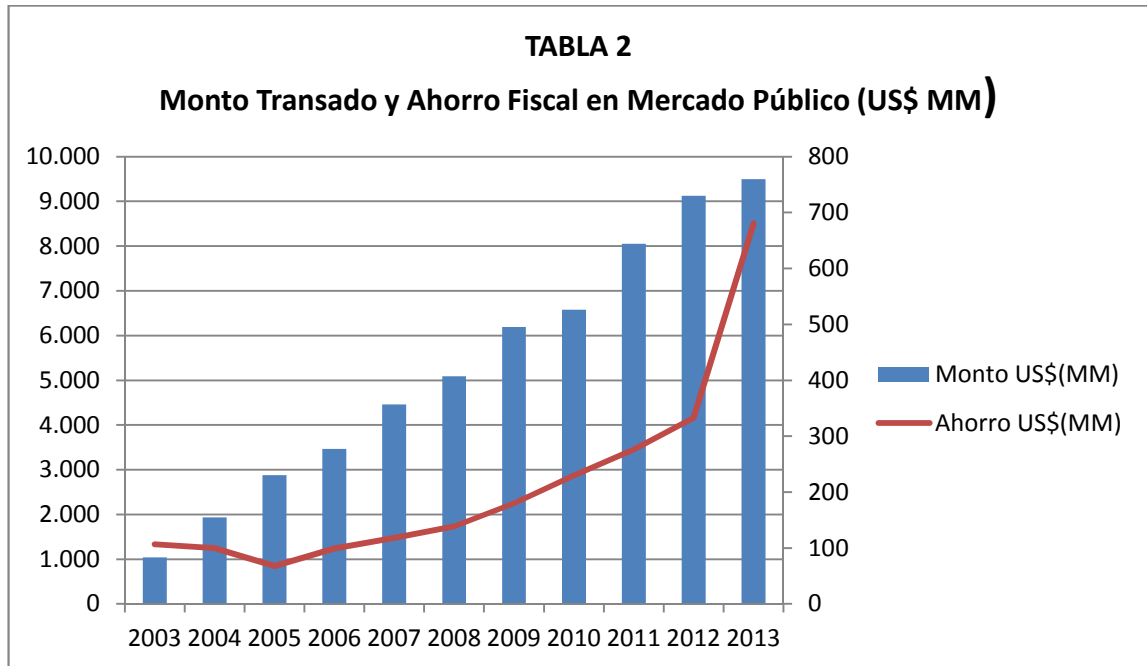
A pesar de que Chile, miembro de la OCDE, destine muy poco del gasto público en contrataciones estatales en comparación a otros miembros de la OCDE e incluso de la misma ALC; ha producido un ahorro considerable estos últimos diez años desde la entrada en vigencia de la Ley de Compras³²; lo que ha sido reconocido internacionalmente mediante el perfeccionamiento de la plataforma Mercado Público.

³² La Dirección de Chile Compras ha sido reconocida por la Organización de Naciones Unidas en el 2007, con el Premio a la Excelencia del Servicio Público en relación a su función de orientación a las entidades públicas en la planificación y gestión de los procesos de contratación del Estado.

El portal www.mercadopublico.cl es una plataforma electrónica administrada por la DCCP, en la cual, se transan todos los bienes y servicios de la mayoría de los organismos públicos mediante las reglas de la oferta y la demanda; haciendo más transparentes los procesos de compra del Estado. Esta plataforma ha tenido una variación en su funcionamiento esta última década, transformándose desde una plataforma meramente informativa de licitaciones y contratos adjudicados a un mercado electrónico completamente transaccional, utilizado por 850 organismos públicos.

El nivel de transacciones realizadas en la plataforma Mercado Público va desde US \$1.000 millones el año 2003, inicio de la vigencia de la Ley de Compras, a un monto de más de US \$ 9.500 Millones el año 2013. De igual manera, el volumen de ahorro en las contrataciones del Estado pasó de US \$106,7 millones el año 2004 a US\$ 681 millones el año 2013.

Lo anterior hace preguntarse, cuáles son los factores que tienen una repercusión en el ahorro fiscal; y si la promoción de la competencia influye de alguna manera en dicho ahorro.



Fuente: Cuenta Pública ChileCompra año 2013

Como antesala de lo que se explicará más adelante, podemos decir que, la contratación pública, el ahorro fiscal y la competencia de los proveedores son conceptos íntegramente relacionados y cuyos efectos son interdependientes.

Por lo tanto, se debe ser extremadamente cuidadoso al momento de diseñar un proceso de contratación, especialmente tomando en consideración los efectos de corto y largo plazo; tanto en la competencia, en la estructura del mercado, en las posibilidades de obtener ahorro fiscal e incluso en la demanda de otros compradores de bienes y servicios.

2.2 Efectos de la Contratación Pública en la Competencia

2.2.1 Dimensiones de interdependencia entre Contrataciones Públicas y Competencia

Cada vez es más frecuente encontrar estudios relacionados con el estrecho nexo que existe entre las políticas de contrataciones públicas y el desarrollo de la competencia en los mercados. La efectividad de la contratación pública y su habilidad para contribuir a un apropiado y eficaz cumplimiento de las obligaciones de interés público es condicional a la existencia de la competencia³³.

Existen dos dimensiones de esta relación interdependiente que destacan y que han sido consideradas de forma disímil en los estudios más recientes de contrataciones públicas.

En primer lugar, la relación bidireccional entre contratación pública y competencia se ve de una forma específica y limitada, la que ha sido resguardada por la mayoría de las regulaciones de contratación pública. Esta concepción versa solamente en el intento de fomentar o promover la

³³ SANCHEZ, A. 2013. Public Procurement and Competition: Some Challenges Arising from recent developments in EU Public Procurement Law [en línea] Leicester, United Kingdom, Bovis, C. (ed.) Research Handbook on European Public Procurement, Forthcoming. <<http://ssrn.com/abstract=2206502>> [Consulta: 16 de Diciembre 2014].p.2

competencia dentro de una licitación específica. Lo que buscan los organismos públicos con esta noción estrecha es obtener mayores beneficios al impulsar la competencia entre futuros proveedores ya que, la perspectiva general está basada en que al aumentar los oferentes, y por tanto, la presión competitiva, los precios de los bienes y servicios bajarán y la calidad de ellos aumentará. Sin embargo, esta tónica no siempre permite obtener beneficios y de ninguna manera debería ser generalizada debido a los impactos contraproducentes que podría tener en la competencia a largo plazo.

Una segunda dimensión; y que no ha sido regulada de una forma más expresa y clara por los marcos legales de contratación pública, es la profunda y tácita relación entre la regulación de la contratación pública y la intensidad de la competencia en los mercados de forma general. No solo la forma de diseño de un proceso de licitación puede afectar a una licitación particularmente considerada, sino que a todo el mercado que rodea el suministro de los bienes o servicios que los organismos públicos necesitan para satisfacer sus necesidades propias o colectivas. Aunque se crea que el enfoque simplista y casuístico de ver la competencia es el acertado, pues, de forma inmediata, la contratación pública no tiene como objetivo principal prevenir las distorsiones de la competencia en los mercados, si tiene un impacto medular en la estructura del mercado a largo plazo y por ende, merece mayor atención por parte de las regulaciones públicas y sobre todo, de los organismos de defensa de la competencia.

2.2.2 Efectos de corto plazo

Generalmente los impactos de corto plazo de las decisiones de diseño en las licitaciones afectan a la competencia en los siguientes ámbitos.

2.2.2.1 Nivel de participación en una licitación específica

En variadas ocasiones, la decisión de ampliar o restringir la entrada de oferentes en una licitación específica influye en los beneficios que los organismos públicos tendrán. El mayor incentivo que tienen los diversos proveedores de determinados bienes y servicios es lograr obtener una adjudicación de un contrato con el Estado; puesto que el sector público, por regla general, es mirado como un cliente estratégicamente importante en comparación con otros compradores del sector privado por diversos factores; la estabilidad en la contratación, la transparencia existente en los procesos de selección; las expectativas en demostrar la calidad de los suministros y servicios a nivel general, por mencionar algunos. Asimismo, esta valoración positiva hacia las contrataciones con el Estado, le otorgan un poder de compra significativo que deja a los organismos de contratación pública en una posición de proteger o promover la competencia, p.ej., ayudando a determinados

proveedores a sobrellevar las barreras de entrada; o bien limitarla; ej., discriminando infundadamente a algunos proveedores³⁴.

La visión global al momento de mejorar el uso eficiente de los recursos públicos es promover una intensa competencia; la que resultará en precios más bajos y una mejor calidad de los bienes y/o servicios puesto que, los proveedores, intentarán obtener una economía de escala en su producción. Sin embargo, existen buenas razones para limitar la participación de oferentes en un proceso de contratación³⁵.

- Limitar el número de oferentes en base a requisitos de reputación; de conocida experiencia en el suministro de bienes y/o servicios; o ciertos requisitos de calidad puede ser beneficioso para los organismos públicos al momento de adquirir bienes cuyas características son específicas y los funcionarios estatales requieren satisfacer una necesidad colectiva que, en muchos casos, puede ser compleja, p. ej., los insumos y tecnologías para los hospitales públicos.

- Existen ocasiones en que el aumento de oferentes en una licitación puede tener como resultado precios más altos. Esto ocurre debido a la preocupación de los oferentes por la “maldición del ganador”.

³⁴ OFFICE OF TRADING.2004. Assesing the impact of public sector procurement on competition[en línea] London, United Kingdom
<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.oft.gov.uk/shared_oftrereports/comp_policy/oft742a.pdf> [consulta: 15 de diciembre de 2014]. p.2

³⁵ Íbid. p.8

En subastas, este fenómeno tiende a surgir en licitaciones en que existe una información incompleta, p.ej., si existe una considerable incertidumbre acerca de los costos que traerá el cumplimiento de los requisitos establecidos en las bases de licitación³⁶. El ganador será el que haya estimado costos más bajos. No obstante, se considera que el ganador de la licitación subestimó los costos que le produciría el cumplimiento de los requisitos para adjudicarse un contrato, y por ende, no tendrá margen de ganancia, por lo que hubiese sido mejor no ofertar o simplemente perder la licitación. Al no existir seguridad sobre la estimación del valor de los costos, los oferentes racionales, intentarán ofertar con algún margen de ganancia, el cual, es muy superior a los costos reales; de manera que les permita obtener algunos beneficios si ganan la licitación. Es por lo anterior que, en algunos casos; en que la Entidad Pública al dar prioridad al precio de los bienes o servicios para adjudicar un contrato, eventualmente ocasionará efectos contraproducentes al deseado, ya que, finalmente no existirá un ahorro fiscal efectivo.

³⁶ Ibíd.p.9

2.2.2.2 La similitud de los oferentes

Una buena forma de aumentar la competencia en los procesos licitatorios es procurar que los oferentes sean similares, es decir, que todos tengan las mismas probabilidades de poder cumplir con los requerimientos específicos de las bases de licitación. Es lógico que pueda existir desincentivo de participar si una empresa de mayor tamaño, la cual en variados casos puede haber ganado licitaciones con anterioridad, participa con una empresa de pequeño o mediano tamaño (PYMES), quien tiene un patrimonio menor y existe una mayor aversión al riesgo. Lo anterior ocurre con más frecuencia en la exigencia de garantías de seriedad de la oferta y las de cumplimiento de contrato por parte de los Organismos Públicos. La solicitud de una garantía excesiva puede desalentar a las PYMES de participar en un proceso de contratación pública, lo que restringirá la competencia y las ofertas que podrían haber cumplido con los requisitos técnicos requeridos para el suministro de los bienes o servicios.

Una buena forma de asegurar la igualdad de oportunidades entre los oferentes es la utilización de un mecanismo de pre selección que permita a los organismos públicos elegir qué tipo de futuros proveedores son más idóneos para participar en un proceso de contratación específico.

En la legislación chilena, el artículo 35 del Reglamento de la Ley de Compras, permite que los organismos públicos puedan pre seleccionar a los

oferentes que pueden participar en una licitación particular. A pesar de existir cierta discrecionalidad para los organismos públicos, el mecanismo de pre selección debe estar específicamente establecido con anterioridad en las bases de licitación.

En los casos de la contratación de Servicios Personales Especializados³⁷ mayores a 1.000 UTM, el Artículo 107 del Reglamento establece obligatoriamente una etapa de preselección de los oferentes, quienes, serán evaluados de acuerdo a su idoneidad técnica establecidas en las bases de licitación; p. ej., evaluación de curriculum; experiencia en el rubro, nivel de estudios, etc. En base a los criterios de idoneidad técnica, se publica en el sistema de información (www.mercadopublico.cl) la lista de los oferentes preseleccionados para participar en la Licitación Pública, de acuerdo a un ranking de puntajes. Aquellos oferentes que tengan un mayor puntaje serán los que podrán participar en la segunda etapa de selección.

³⁷ Art. 105 N° 2 del Reglamento de Compras Públicas: Servicios Personales Especializados: Aquellos para cuya realización se requiere una preparación especial, en una determinada ciencia, arte o actividad, de manera que quien los provea o preste, sea experto, tenga conocimientos, o habilidades muy específicas. Generalmente, son intensivos en desarrollo intelectual, inherente a las personas que prestarán los servicios, siendo particularmente importante la comprobada competencia técnica para la ejecución exitosa del servicio requerido (...)

2.2.2.3 La posibilidad de incentivo a la colusión en las contrataciones públicas: El dilema de la Transparencia.

El tema de la Colusión ha sido una preocupación persistente como mecanismo de manipulación de las licitaciones; y se ha intentado buscar formas de prevenir y reprimir cualquier acto o intento de colusión en los procesos de contratación pública, debido al grave perjuicio patrimonial que implica. Efectivamente, los acuerdos colusorios tienden a aumentar el monto de la oferta ganadora y con ello, el monto de utilidades para el oferente ganador, resultando en pérdidas para el ente público que pagará por los bienes o servicios requeridos un monto mayor al que hubiese correspondido al existir competencia. De igual manera, la calidad de dichos bienes o servicios muchas veces puede no ser la adecuada.

Como se mencionó anteriormente, el volumen de contrataciones y el nivel de gasto público es considerable, lo que aumenta la preocupación por la existencia de cualquier tipo de desviación a la presión competitiva. Asimismo, el grado de sofisticación de las manipulaciones a las licitaciones ha tendido a aumentar durante estos últimos años; encontrándose mecanismos de reparto y distribución entre los oferentes coludidos de las utilidades extraordinarias que se obtienen como resultado de un mayor precio contratado. p.ej., los competidores que aceptan no presentar ofertas o presentar una oferta

perdedora podrían ser subcontratados; o recibir contratos de prestación de servicios y/o suministro de bienes por parte del oferente ganador a fin de repartir entre ellos los frutos obtenidos ilegalmente de una licitación de mayor precio.³⁸

Cabe mencionar que, los mecanismos de manipulación de licitaciones; en especial la colusión y la corrupción, son temas muy interesantes y extensos, que bien podrían ser parte de un nuevo trabajo de investigación. Por lo tanto, solamente nos enfocaremos en el dilema de la transparencia en los procesos de contratación, la cual puede incentivar la creación de la colusión entre oferentes en el corto y/o mediano plazo.

Se entiende por transparencia la disponibilidad de información sobre el proceso de toma de decisiones en la contratación, lo que no solo incluye la publicidad externa del acto de contratación, sino igualmente la información que se difunde a los licitadores durante la licitación o tras ella³⁹.

La transparencia se ha considerado como un principio fundamental que debe influir en todas las contrataciones públicas, de hecho, el mensaje de la Ley de Compras establece que este principio se traduce en que la Administración debe realizar procedimientos públicos e idóneos para seleccionar a los contratantes.

³⁸ OCDE. 2009. Lineamientos para combatir la Colusión entre oferentes en las Licitaciones Públicas[en línea]< <http://www.oecd.org/competition/cartels/42761715.pdf>>[consulta: 23 de octubre de 2014]p.1

³⁹ FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA, Sesión III Mejorando la eficacia en las licitaciones públicas: combatiendo la colusión y la corrupción: 18 y 19 de septiembre de 2012. 2012. República Dominicana, Santo Domingo, OCDE p.9

Existen variadas disposiciones de la Ley de Compras para asegurar el cumplimiento de dicho principio; p.ej., la prohibición de fragmentar las contrataciones para efectos de aplicar otro procedimiento diverso a la licitación pública⁴⁰; la obligación por parte de los organismos públicos de utilizar el sistema de información electrónico (www.mercadopublico.cl)⁴¹; Creación de un Sistema de Información el que será público y gratuito⁴²; publicidad del registro de contratistas;⁴³ y la necesidad de fundamentar ciertos actos administrativos en el proceso de licitación⁴⁴. De igual manera, se ha pronunciado la Contraloría General de la República al establecer que uno de los objetos fundamentales de la Ley N° 19.886 consiste en garantizar la transparencia de las operaciones contractuales de la Administración del Estado⁴⁵.

Este principio, es garantizado en la mayoría de las regulaciones de las contrataciones públicas debido a los posibles beneficios que ésta conlleva. Por una parte, permite que el público en general tome conocimiento de la normativa que rige las compras públicas; los tipos de bienes o servicios que se requieren por el organismo público, los montos involucrados en las transacciones; los adjudicatarios de los contratos del Estado, los planes de compra de los organismos estatales; y en general todo acto presente en el proceso de licitación. Por otra parte, permite limitar la discrecionalidad de los funcionarios

⁴⁰ Art. 7 inciso final Ley de Compras

⁴¹ Art. 18 Ley de Compras

⁴² Art. 19 Ley de Compras

⁴³ Art. 16 Ley de Compras

⁴⁴ Arts. 9,10 y 13 inciso final de la Ley de Compras

⁴⁵ Dictamen N° 12.678, de 2005.

públicos encargados de gestionar las contrataciones; denominados “usuarios compradores”, lo que permitiría a primera vista prevenir la corrupción. Igualmente, el principio de Transparencia responsabiliza a los organismos públicos de sus actos, los que pueden ser parte del escrutinio público y especialmente de las partes interesadas en el proceso de compra.

Sin embargo, el principio de transparencia es un arma de doble filo y su aplicación debe ser regulada caso a caso teniendo en cuenta lo que hemos denominado, el dilema de la Transparencia.

Una falta total de transparencia en los procesos de contratación del Estado permite el desarrollo seguro y efectivo de un acuerdo colusorio, y asegura la germinación de potenciales indicios de corrupción ya que, al no limitarse y vigilarse la discrecionalidad entre los funcionarios públicos, estos tendrían el escenario perfecto para evitar responsabilizarse de sus decisiones.

Si se permite la aplicación discrecional y amplia de este principio en todo el proceso de licitación e incluso luego de su conclusión, puede permitir el sustento y permanencia en el tiempo de un acuerdo colusorio entre oferentes. Efectivamente, si todos los actos, decisiones y detalles de un proceso de contratación pública son conocidos por los potenciales proveedores puede garantizar que los oferentes que han iniciado prácticas colusorias controlen el cumplimiento de los términos del acuerdo colusorio y sancionen a aquellos oferentes que se han desviado de él.

Asimismo, un exceso de transparencia en los procesos de licitaciones afectan negativamente a la competencia, pues se elimina la incertidumbre sobre la actuación de los competidores y por tanto, los incentivos para optimizar los procesos de producción. La supresión artificial de la incertidumbre sobre la actuación de los competidores, que constituye la esencia de la competencia, puede eliminar per se una rivalidad competitiva normal.⁴⁶

Lo anterior hace preguntarse si el principio de Transparencia es realmente necesario en los procesos de contratación estatal y la respuesta es afirmativa, tomando en cuenta todos los beneficios mencionados. Sin embargo, su aplicación debe ser gradual; considerando todos los efectos que la ampliación o limitación que este principio podría tener en una licitación en particular.

2.2.3 Efectos de Largo Plazo

De acuerdo a la Oficina Británica de Competencia; *Office of Fair Trading*⁴⁷, los efectos de largo tiempo requieren que los cambios en la estructura del mercado y la posición del mercado causada por restricciones o distorsiones de corto plazo no puedan ser revertidos fácilmente.

⁴⁶ FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA, Op.cit.p.10

⁴⁷ OFFICE OF FAIR TRADING, Op.cit.p. 11

2.2.3.1 Desincentivo a la competencia debido a las Ventajas de Posición

Puede ocurrir que la selección de un oferente ganador en una licitación en particular haya sido hecha en consideración a la mejor relación calidad-precio de los bienes y/o servicios ofertados por dicho proveedor; o bien la oferta de dicho proveedor ha cumplido con todas las exigencias establecidas en las bases de licitación; o simplemente dicho oferente tiene una ventaja comparativa en relación a los costos de producción en comparación a otros oferentes.

Sea cual sea el motivo de la selección; si en licitaciones posteriores a este mismo oferente se le otorga una “ventaja de posición” por el organismo público, es decir, que sólo por el hecho de haber sido adjudicatario de una licitación anterior le otorgue privilegios en futuros procesos de contratación pública, mermará la competencia a largo plazo.

Esto podrá entenderse con el siguiente ejemplo. En variadas ocasiones, los organismos públicos consideran que la exigencia de contratos previos con el Estado es un requisito esencial para comprobar la experiencia de un proveedor al momento de suministrar bienes u otorgar servicios por lo que, generalmente, se incluye como un requerimiento adicional en las bases de licitación. No obstante, este simple hecho ‘podría restringir la competencia de futuros

proveedores que, en muchos casos, podrían otorgar ofertas con mayores beneficios que aquél proveedor con ventajas de posición.

Lo mencionado anteriormente implicará que, a largo plazo, los futuros proveedores, al tomar conocimiento de esta ventaja de posición se desincentivarán de participar en futuras licitaciones por las escasas probabilidades de ganar la adjudicación lo que, eventualmente, disminuirá y debilitará la competencia al existir menores cantidades de potenciales proveedores dispuestos a ofertar en procesos de contratación.

En la legislación chilena de contratación pública, el establecimiento de este tipo de requisito en una licitación indirectamente no estaría permitido.

En el Reglamento de la Ley de Compras Públicas, Artículo 23, se indica que el contenido adicional de las bases de licitación puede contener cualquier materia que no contradiga la Ley de Compras o su Reglamento. Sin embargo, la adición de este tipo de cláusulas en las bases de licitación se contrapone con un principio elemental de la Ley de Compras, el cual es, el Trato igualitario de todos los oferentes, por lo que una exigencia del mencionado requisito vulneraría la igualdad de potenciales proveedores quienes no gozarían de la ventaja de posición.

2.2.3.2 Aumento de la brecha entre líderes de mercado y otros proveedores causados por la búsqueda de precios más bajos

Es natural que la tendencia general de los organismos estatales sea la búsqueda de la administración eficiente de los recursos públicos, pues, al fin y al cabo, las arcas fiscales están conformadas en un considerable volumen por las recaudaciones de impuestos otorgadas por la ciudadanía⁴⁸. Por lo tanto, un buen uso de dichos recursos estará bajo el escrutinio público y esto implicara que los organismos estatales sean cuidadosos en la forma en que se invierten. Como consecuencia, es predecible que las entidades públicas sean adversas al riesgo e intenten obtener mayores beneficios al momento de contratar con los potenciales proveedores.

No obstante, la búsqueda reiterada de productos o servicios a precios más bajos con el objeto de obtener mayores niveles de ahorro fiscal puede; a la larga, tener efectos negativos en el nivel de participación de potenciales proveedores en los procesos de contratación pública.

El incentivo para ofrecer productos a un precio más bajo a largo plazo influirá en el comportamiento de los proveedores de mercados específicos en que el

⁴⁸ De acuerdo a las datos de los Indicadores de Desarrollo Mundial y Política fiscal del Banco Mundial para el año 2012; la recaudación fiscal por impuestos a nivel global corresponde a un promedio del 14,3% del PIB. En la Euro Zona el promedio de recaudación fiscal por impuestos corresponde a un 17,1% del PIB. En Chile, en cambio, dicha recaudación corresponde a un 19% del PIB. Los datos mencionados, se refieren a la recaudación fiscal referida a impuestos hacia el gobierno central para su utilización en fines públicos. Para mayor información consultar en <<http://wdi.worldbank.org/table/5.6>>

Estado ejerce un poder de compra; debido a que la reiteración de dicho requerimiento, precios más bajos, indirectamente fomentará la creación de Economías de Escala. Esto es aún más palpable en los casos en que las entidades del Estado requieren de un suministro constante de bienes y usualmente adjudican contratos de una duración prolongada en el tiempo.

Bajo este supuesto, la necesidad de que los proveedores se amolden a los requerimientos de las entidades públicas se vuelve cada vez más complejo. Por lo que, a largo plazo, aquellos proveedores que no puedan alcanzar economía de escala, y por ende, ofertar una mayor cantidad de productos a bajo precio, lo que deberá ser constante en el tiempo, no podrán lidiar con la dinámica competitiva y los obligará a retirarse del mercado al no poder competir con otros proveedores más eficientes quienes generalmente son las empresas de mayor tamaño o líderes de mercado. Lo mencionado anteriormente, eventualmente reducirá el nivel de participación en las contrataciones públicas habiendo menores ofertas de las pequeñas y medianas empresas.

Si bien, la preocupación de administrar eficientemente los recursos públicos es un fin loable e incluso deseable no debe ser excesiva al punto de ser perjudicial para la contratación pública. Debe tenerse en cuenta que la obtención más ventajosa de suministros a un precio bajo es un arma de doble filo. A corto plazo, efectivamente puede otorgar ahorro fiscal y beneficiar la creación de otras políticas de Estado, sin embargo, si esta práctica es duradera

y generalizada en los organismos públicos puede existir el riesgo de que la competencia se vea reducida en el tiempo como se explicó anteriormente.

2.3 Criterios para el diseño de un régimen de contratación pública que resguarde y promueva la competencia

Como hemos visto a lo largo de este capítulo, el impacto que tiene el diseño de un proceso de contratación pública en el comportamiento competitivo de los potenciales proveedores es considerable. Los efectos pueden a la larga impactar en la estructura de un mercado en los casos en que las entidades públicas ostenten poder de compra. Es debido a lo anterior que, el diseño de una licitación es extremadamente complejo y es necesario que los funcionarios públicos encargados de la confección de todas las etapas y documentos esenciales para conformar una licitación exitosa integren criterios pro competitivo en su diseño.

No obstante, es forzoso indicar que no es posible crear un modelo general pro competitivo de diseño de licitaciones, principalmente porque los efectos que tendrá un proceso de contratación en el mercado es distinto para cada tipo de bien o servicio que se requiera; por lo que, el otorgamiento de reglas aplicables a todo evento es casi irrealizable. A pesar de ello, existen directrices o criterios competitivos que si bien, no son la fórmula perfecta para frenar o impedir

distorsiones o restricciones a la competencia, son una herramienta útil para las entidades públicas al momento de resguardar un mínimo de competencia en las licitaciones estatales.

Para ello, debemos hacer hincapié en una arista fundamental en la que descansa un exitoso proceso de contratación pública; el diseño del marco regulador de contrataciones estatales. Se espera que las legislaciones estatales de adquisiciones públicas incluyan criterios pro competitivos al normar todos los mecanismos de selección de oferentes en un proceso de adquisiciones, de manera que, el funcionario público, al momento de diseñar las bases de licitación, pliego de condiciones, términos de referencia; que finalmente terminaran por reglar un procedimiento de contrataciones específico, pueda partir en un ambiente legal competitivo establecido previamente por el marco legal, aun cuando en la práctica dicho ambiente no se produzca. El marco regulador debe fomentar o propiciar un entorno competitivo aun antes de que el proceso de adquisición se inicie.

Debido a lo anterior, el establecimiento de una reglamentación pro competitiva es esencial y requiere especial atención. Para ello, veremos la situación existente en Chile y en el extranjero; examinaremos si dichos criterios son realmente incorporados a su legislación

2.3.1 Diseño del Marco Regulator

El sistema de contratación pública requiere para subsistir el establecimiento de reglas claras y precisas que guíen de manera adecuada la forma en que se adjudicarán los contratos del Estado; los procesos en que se seleccionará al mejor oferente, la manera en que se regulará el contrato y su forma de cumplirlo, así como, las inhabilidades e incapacidades de los oferentes para participar en un proceso licitatorio y en general toda reglamentación orientada a erigir las bases indispensables para que; una licitación pública, trato directo, convenio marco o Licitación privada cumplan su objetivo; conseguir el suministro de bienes y servicios para satisfacer las necesidades de las entidades públicas y las necesidades colectivas de la ciudadanía.

Sin la existencia de reglas generales de contratación reinaría la discrecionalidad de los funcionarios administrativos para adjudicar contratos públicos y existiría un grave perjuicio fiscal para el Estado.

Para una adecuada regulación de compras públicas que resguarde y fomente la competencia es imperioso que a lo menos, las legislaciones estatales, incluyan entre sus disposiciones los siguientes criterios o directrices pro competitivas.

2.3.1.1 Licitación Pública como principal modalidad de contratación

En la mayoría de las regulaciones públicas sobre métodos de contratación estatal la aplicación de la Licitación pública tiende a ser la regla general entre todos los sistemas de contratación.

Lo anterior está fundamentado en la característica esencial de una licitación pública; su carácter concursal abierto. Esto implica que todo potencial proveedor puede participar en la licitación; sin perjuicio de que puedan existir restricciones de participación en relación a inhabilidades o incapacidades del proveedor, p.ej., su insolvencia; que haya sido declarado en quiebra; no pago de cotizaciones previsionales a sus trabajadores; condena por delitos de cohecho, entre otros.

Como mecanismo de contratación, la Licitación Pública goza de reconocimiento a nivel global debido a que, en principio, permitiría un mayor nivel de competencia en las contrataciones. Este hecho guarda relación con las mayores posibilidades que tiene un Estado para alcanzar la eficiencia económica y la correcta administración de los recursos públicos. El razonamiento que subyace es que mientras más competencia exista mayores

posibilidades hay de adjudicar el contrato a quien ofrezca mayores condiciones económicas⁴⁹

De acuerdo a la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil sobre la Contratación Pública, en adelante Ley Modelo CNUDMI, en su artículo 28 sobre Reglas Generales aplicables a la selección de un método de contratación, se establece claramente que la regla general es la Licitación Abierta, la cual permita la participación de la mayor cantidad de oferentes. Salvo lo dispuesto en los artículos 29 a 31 de la presente Ley, la entidad adjudicadora deberá realizar su contratación por el método de la Licitación Abierta.

Las excepciones mencionadas en los artículos 29 a 31 de la Ley Modelo CNUDMI; licitación restringida, subasta electrónica inversa, convenio marco, negociación competitiva, entre otras, solo son procedentes en casos en que su aplicación resulte apropiada según las circunstancias del contrato adjudicable, procurando siempre que el proceso adjudicatario resulte lo más competitivo posible.

Con el mismo espíritu, el artículo 9 del Reglamento de la Ley de Compras, menciona expresamente que procederá el mecanismo de Licitación Pública en aquellos casos en que no sea posible la aplicación de un convenio marco; y será siempre obligatoria cuando las contrataciones superen las 1.000 Unidades

⁴⁹ CORREA,I.2002. Op cit, p. 20

Tributarias Mensuales; por tanto a simple vista podemos colegir que la Licitación Pública sería la regla general.

Sin embargo, lo anterior puede resultar un poco contradictorio tomando en cuenta que las Entidades Públicas están obligadas a consultar el Catálogo de Convenios Marco antes de proceder a llamar a una Licitación Pública, Licitación Privada o Trato o contratación directa. A nuestro juicio; y como una forma de darle prioridad a la eficiencia económica, el uso del mecanismo Convenio Marco sería la indirectamente regla general del sistema de contrataciones público chileno.

De una manera opuesta a lo mencionado, la Directiva del Sector Público N°2014/24 del Parlamento y Consejo Europeos sobre Contratación Pública, en su artículo 26 N° 2, establece como regla general la aplicación tanto de los Procedimientos Abiertos, como los Procedimientos Restringidos.

En sus artículos 27 y 28, define lo que se entiende por “Procedimientos Abiertos” y “Procedimientos Restringidos”⁵⁰; diferenciándose cada uno con el número de potenciales proveedores que son aptos para presentar una oferta en los procesos de contratación.

50

Art. 27 “Procedimiento Abierto”, en los Procedimientos Abiertos, cualquier operador económico interesado podrá presentar una oferta en respuesta a una convocatoria de Licitación

Art. 28 “Procedimiento Restringido”, en los Procedimientos Restringidos cualquier operador económico podrá presentar una solicitud de participación en respuesta a una convocatoria de participación (---) proporcionando la información para la selección cualitativa que haya solicitado el poder adjudicador.

Lo interesante de esta directiva es que las entidades públicas tienen libre elección para determinar si deciden utilizar tanto la licitación abierta o la restringida; ambas son reglas generales. En el año 1989, la regulación sobre la contratación pública de suministros coincidía que la regla general debía ser la aplicación de los procedimientos abiertos de licitación, por lo que las entidades públicas de los países miembros de la Unión Europea, en adelante UE, debían justificar la aplicación de los procedimientos restringidos como un opuesto a la licitación abierta. Sin embargo, dicho criterio cambio con las modificaciones de la directiva realizadas en el año 1993.

No obstante, esta concepción no es obligatoria; los Estados miembros de la UE, si lo desean, pueden establecer en sus propias legislaciones sobre contratación pública disposiciones más estrictas que las concebidas por la Directiva N° 2014/24; y por tanto pueden considerar la aplicación de los procedimientos de contratación abierta como regla general.

2.3.1.2 Aplicación de la regulación de compras públicas a la mayoría de organismos públicos

Como es de esperar, un sistema de contrataciones estatales idealmente debe extenderse a la mayor cantidad de organismos públicos; más aún si existe un sistema electrónico, público, transparente y expedito que facilite las adquisiciones del Estado. Mientras más amplio sea el ámbito de aplicación de un mismo sistema de contrataciones a diversas entidades públicas, menor será la probabilidad de que exista favoritismos, corrupción y en general, cualquier tipo de manipulaciones a las licitaciones provocadas en variados casos, por una excesiva discrecionalidad de los funcionarios públicos al momento de aplicar sus normativas específicas para adquisiciones.

Generalmente, las legislaciones relativas a las adquisiciones del Estado suelen excluir a las empresas de propiedad estatal; lo anterior tiene un fundamento bastante claro, el conflicto de intereses que puede existir si una empresa del Estado, la cual en muchos casos compite en igualdad de condiciones que las empresas privadas, abuse de su posición como entidad pública y ocasione perjuicios en detrimento de sus competidores. En el caso de Chile, el artículo 1 inciso 2 de la Ley de Compras establece expresamente que “Para los efectos de esta ley [de compras], se entenderán por Administración del Estado los órganos y servicios indicados en el artículo 1 de la Ley

Nº18.575⁵¹, en adelante LOCBGAE, salvo las empresas públicas creadas por ley y los demás casos que señale la ley.” Por lo que, las empresas públicas creadas por ley son aquellas entidades que, excepcionalmente no se les aplica la Ley de Compras en sus adquisiciones.

En cuanto al Proyecto de Ley de Bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, en su primitivo artículo 2 letra G, se excluía de la aplicación de la Ley de Compras a los contratos celebrados por las Municipalidades, las Fuerzas Armadas y de Orden y de Seguridad Pública y las empresas públicas creadas por Ley, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 47. El artículo 47 mencionaba que dichas entidades públicas podían intermediar a través del sistema de información, entregando a la DCCP toda información sobre las contrataciones que realice, sin embargo, dichas entidades se ajustarían en su actividad contractual a sus respectivas leyes orgánicas. De igual manera, el mismo artículo 2 letra E de la Ley de Compras se refería las contrataciones que efectuara la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Salud, en adelante CENABAST, en conformidad al capítulo V del decreto Ley Nº 2.763, de 1979,

⁵¹ Art. 1º LOCBGAE.- El Presidente de la República ejerce el gobierno y la administración del Estado con la colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes. La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley.

En el Primer Informe de la Comisión de Hacienda⁵², realizado en la Cámara de Diputados. El Honorable diputado, Pablo Lorenzini, hizo hincapié en la preocupación de que el proyecto de ley excluyera de su aplicación a ciertos órganos del Estado por el solo hecho de contar con una Ley Orgánica que los regulara e incluso aquellas normadas por un Reglamento, como la CENABAST. Sin embargo, recalca que en ese momento existía una gran anarquía con respecto al sistema de adquisiciones, ya que los servicios públicos, hasta ese momento, no contaban con una regulación uniforme con respecto al tema.

De igual manera, en el Segundo Informe de la Comisión de Hacienda⁵³, se realizaron reparos en relación a las exclusiones realizadas por el proyecto, toda vez que, también las Municipalidades, la CENABAST, y las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, podrían verse beneficiadas con la disminución de costos de ciertos bienes. Así por ejemplo, se recordó que éstas últimas adquieren bienes comunes, tales como alimentos y ropa, en insumos varios, y no sólo armamento⁵⁴.

Notoriamente la exclusión de dichas entidades públicas de la Ley de Compras tuvo roces importantes en las discusiones en sala, tanto en la Cámara de diputados como en la de Senadores. Al respecto, la posición de la Asociación Chilena de Municipalidades estuvo reacia a la incorporación de las

⁵² Primer Informe Comisión de Hacienda. Cámara de Diputados. Fecha 06 de julio de 2001. Cuenta en Sesión 14, Legislatura 344.

⁵³ Segundo Informe Comisión de Hacienda. Cámara de Diputados. Fecha 03 de mayo de 2002. Cuenta en Sesión 17, Legislatura 346.

⁵⁴ CHILE. Historia de la Ley N° 19.886. Op cit. p.93

municipalidades como organismos regidos por la Ley de Compras, principalmente porque las Municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propios. Por lo tanto, a juicio de la Asociación de Municipalidades, en materia de adquisiciones públicas, la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695 sería autosuficiente. Por lo que regularía la totalidad del “Régimen de bienes municipales”, normando tanto sobre contratos municipales, licitaciones, propuestas públicas, concesiones, permisos municipales, y garantías o cauciones, tanto respecto como de bienes muebles como de inmuebles⁵⁵.

Los representantes de la CENABAST, en cambio⁵⁶, argumentaron que la Central de Abastecimientos no percibe aportes fiscales en forma directa, y auto financia toda su actividad, incluso su dotación de personal a través del margen que obtiene por las operaciones que cobra a los establecimientos de salud. Por lo tanto, no encontraron problemas para cumplir con la normativa de la ley de compras, sin embargo, expresaron su preocupación sobre la contratación en casos excepcionales, p.ej., en los casos de inexistencia en plaza de proveedores para un producto que se necesita en forma urgente en que se debe contar con la posibilidad de buscar en forma rápida, en otros mercados, el producto requerido o importarlo directamente si es necesario.

⁵⁵, CHILE. Historia de la Ley N° 19.886. Op Cit. p.235

⁵⁶ Ibíd. p.236

En cuanto a la posición del Ministerio de Defensa sobre la inclusión de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad⁵⁷, existía desconfianza y preocupación, sobre todo con respecto a las adquisiciones de armamento, las cuales deben gozar de reserva confidencial. Se hizo presente que, existe una normativa especial que regula las adquisiciones de las Fuerzas Armadas, la Ley N° 18.928, las que se basa en principios prácticamente iguales a la Ley N° 19.886, como los de Transparencia, acceso a la información, igualdad en el derecho a la participación, todas ellas encaminadas a fortalecer la probidad en una materia delicada, como es la de las adquisiciones en el sector Defensa. Con respecto a la adquisición de elementos que dicen relación con la operatividad, si bien parece comparable a las compras de cualquier sector de la Administración, ha existido en las Fuerzas Armadas la concepción de que incluso la decisión administrativa de la compra involucra, de una u otra manera, el elemento del secreto militar.

Finalmente, y luego de un extenso debate, en el Segundo Informe de Comisión de Hacienda del Senado⁵⁸; se decidió incluir a las Municipalidades como entidades públicas regidas por la Ley de Compras; para ello se modificó el artículo 66 de la Ley Orgánica de Municipalidades, la que ahora establece en su inciso primero “La regulación de los procedimientos administrativos de contratación que realicen las municipalidades se ajustará a la Ley de bases

⁵⁷ *Íbid.* p. 237

⁵⁸ Segundo Informe Comisión de Hacienda. Senado. Fecha 12 de mayo de 2003. Cuenta en Sesión 49. Legislatura 348.

sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios y sus Reglamentos”

Sin embargo, la sujeción a la Ley de compras no es estricta, puesto que la Ley Orgánica de Municipalidades en su artículo 8 incisos 4, 5 y 6 contempla montos diversos para la aplicación de los mecanismos de contratación.

Los contratos municipales o las concesiones para la prestación de determinados servicios municipales; o bien para la administración de establecimientos o bienes municipales específicos se adjudicarán mediante Licitación Pública. Esto ocurrirá siempre y cuando los montos de los contratos o el valor de los bienes excedan las 200 UTM. En cambio, se aplicará la Licitación Pública para la concesiones si el total de los derechos o prestaciones que deba pagar el concesionario sea superior a 100 UTM.

En cambio, si los montos de los contratos; el valor de los bienes o los derechos o prestaciones a pagarse por las concesiones son inferiores a los montos señalados, se podrá llamar a propuesta privada. De igual manera, se utilizará este mecanismo de contratación en casos excepcionales, a pesar de que se excedan los montos para la aplicación de una Licitación Pública, especialmente cuando ocurran imprevistos urgentes y otras circunstancias debidamente calificadas por el concejo municipal, en sesión especialmente

convocada para tal efecto y con el voto favorable de la mayoría absoluta de los concejales en ejercicio⁵⁹.

También existen reglas diversas para la aplicación del trato o contratación directa; mecanismo de contratación que se aplicará si no existen interesados o si el monto de los contratos no excediere de las 100 UTM.

Recordemos que, de acuerdo al artículo 5 de la Ley de Compras, las adquisiciones superiores a 1.000 UTM obligatoriamente deben ser adjudicadas mediante Licitación Pública, por lo que el rango establecido en la LOCM es mucho menor. Situación que es permitida por la misma LOCM, de acuerdo a su artículo 66 inciso segundo⁶⁰. Siguiendo la misma idea; la aplicación de la Licitación privada y el trato o contratación directa en la Ley de Compras tiene causales taxativas para su aplicación, las que son muy parecidas a las establecidas en la LOCM.

En cuanto al sometimiento de la CENABAST a la Ley de Compras, se consideró el gran volumen de compras de insumos médicos que ésta realiza, por lo que de todas maneras se excluyó de las excepciones a la Aplicación de la Ley N° 19.886. Sin embargo, las preocupaciones de la misma CENABAST relacionadas con la obtención de productos médicos de forma rápida y

⁵⁹ Art. 8 inciso quinto Ley N° 18.695

⁶⁰ LOCM. Art. 66° inciso 2: Asimismo, el procedimiento administrativo de otorgamiento de concesiones para la prestación de servicios por las municipalidades se ajustará a las normas de la citada ley [Ley N° 19.886] y sus reglamentos, salvo los establecidos en los incisos cuarto, quinto y sexto del art. 8°, de la presente Ley [Orgánica de Municipalidades], disposiciones que serán aplicables en todo caso.

excepcional son eliminadas gracias al establecimiento de las causales de aplicación de Licitación Privada y Contratación directa, especialmente con el artículo 8 de la Ley de Compras letra c) Casos de emergencia, urgencia o imprevisto y la letra d) Casos en que sólo existe un proveedor del bien o servicio.

Si bien, el tema de la exclusión de las Fuerzas Armadas y Fuerzas de Orden y Seguridad de la aplicación de la Ley de Compras fue la más debatida, y la que más posiciones contradictorias tuvo, logró llegarse a un consenso. Estas entidades públicas definitivamente serán regidas por la Ley N° 19.886. Empero, hubo coincidencia en cuanto a que, con toda seguridad, era necesario considerar las particularidades que presentan las compras militares y no militares de las Fuerzas Armadas y de Orden. Es debido a esto, que en la Ley de Compras, artículo 3 letra f) se excluyó de su aplicación a aquellos contratos que versen sobre material de guerra; los celebrados en virtud de las leyes N° 7.144, N° 13.196 y sus modificaciones de las siguientes especies por parte de las Fuerzas Armadas o por las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública: Vehículos de uso militar o policial, excluidas las camionetas, automóviles y buses; equipos y sistemas de información de tecnología avanzada y emergente, utilizados exclusivamente para sistemas de comando, de control, de comunicaciones, computacionales y de inteligencia; elementos o partes para la fabricación, integración, mantenimiento, reparación, mejoramiento o armadura de armamentos, sus repuestos, combustibles y lubricantes. Asimismo, se

exceptuarán las contrataciones sobre bienes y servicios necesarios para prevenir riesgos excepcionales a la seguridad nacional o a la seguridad pública.

Siguiendo la misma idea, el artículo 20 inciso final de la Ley de Compras menciona que, los organismos públicos regidos por la Ley N° 19.886 estarán exceptuados de publicar en el Sistema de Información aquella información de carácter secreto, reservado o confidencial en conformidad a la Ley. La Fuerzas Armadas y las de Orden y Seguridad cumplirán con esta obligación, en conformidad a su legislación vigente sobre manejo, uso y tramitación de esta información.

Sin perjuicio de lo anterior, y en conformidad al artículo 21 de la Ley de Compras, los órganos del sector público no regidos por dicha ley, con excepción de las empresas públicas regidas por ley deberán suministrar la información básica sobre contratación de bienes, servicios y obras; y aquella que determine el reglamento. Al respecto, el artículo 57° letra f) del Reglamento de la Ley de Compras, menciona la información “mínima” que será publicada⁶¹

⁶¹ Art. 57° Reglamento Ley de Compras inciso segundo:

1. El Llamado a contratación
- 2.-Las Bases y/o Términos de Referencia, incluyendo todos los documentos que integren o deban integrar sus anexos.
- 3.- Las respuestas a las preguntas efectuadas por los Proveedores, en los plazos establecidos en las Bases y cualquier modificación efectuada en las bases.
- 4.- La recepción y el cuadro de las ofertas, en el que deberá constar la individualización de los Oferentes.
- 5.- La resolución o acto que resuelva sobre la Adjudicación.
- 6.-El texto del contrato de suministro y servicio definitivo, si lo hubiere.

Adquisiciones del Ministerio de Obras Públicas (MOP)

Al respecto, la Ley de Compras es bastante enfática en su artículo 3 letra e) Quedan excluidos de la aplicación de esta Ley [de compras]: “los contratos relacionados con la ejecución y concesión de obras públicas”. Asimismo, no hubo debate en las discusiones en sala de la Cámara de Diputados como la de Senadores en cuanto a su exclusión del ámbito de la aplicación de la mencionada Ley.

Esto tiene como fundamento la existencia de una normativa especial para la adjudicación de licitaciones y concesiones de obras públicas, conformada por las siguientes Leyes y Decretos: Decreto Supremo 900, Ley de Concesiones de Obras Públicas; Decreto Supremo N° 75 del Ministerio de Obras Públicas, Reglamento de Contratos de Obras Públicas; Decreto N° 48 del Ministerio de Obras Públicas, Reglamento de Contrataciones de Trabajos de Consultoría en Obras Públicas y Decreto N° 956 del Ministerio de Obras Públicas, Reglamento de Concesiones.

No obstante lo anterior, el artículo 3 letra e) inciso 3 de la Ley de Compras, hace aplicable a las contrataciones del Ministerio de Obras Públicas, en adelante MOP, la normativa del capítulo V de esta Ley [de Compras], la cual versa sobre el Tribunal de Contratación Pública; por lo que éste será competente para conocer la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de

contratación del MOP. Sin perjuicio de lo anterior, también son aplicables los artículos, 18º, 19º, 20º y 21º de la mencionada Ley, los cuales exigen al MOP el suministro de información “mínima” para ser publicada en el Sistema de Información.

Al igual que la DCCP; el MOP cuenta con una plataforma informática que contiene un Registro General de contratistas, en conformidad al artículo 5º del Reglamento de Contrataciones de Obras Públicas, Decreto N° 75, en el cual se detallan los contratistas que se encuentran facultados para optar a la construcción de obras públicas que contrate el MOP.

Este Registro General de contratistas es común y único para las Direcciones Generales, Direcciones y Servicios dependientes del MOP e instituciones que se relacionen con el Estado por su intermedio. Este Registro depende de la Dirección General de Obras Públicas y es de conocimiento Público.

Dicho Registro comprende dos apartados; el Registro de Contratistas de Obras Mayores⁶² y el Registro de Contratistas de Obras menores⁶³.

⁶² DECRETO N° 75, Reglamento para Contratos de Obras Públicas, Art. 9 inciso 1: “ Para el efecto de clasificar a los contratistas, el Registro de Obras Mayores estará dividido en las Especialidades de Obras Civiles y de Montaje, las cuales a su vez se dividirán en registros según el tipo de obras y cuya experiencia se desea acreditar”.

⁶³ DECRETO N° 75, Reglamento para Contratos de Obras Públicas, Art. 48 inciso 1: “ Para Obras cuyo presupuesto estimativo, excluido el I.V.A., no exceda de 6.000 Unidades Tributarias Mensuales, la Dirección General de Obras Públicas tendrá un Registro de Obras Menores, que será único para todo el país y que será operado a través de la Secretarías Regionales correspondientes (...)”

De igual manera, el MOP cuenta con un Registro General de Consultores, en conformidad al artículo 5º del Reglamento para Contrataciones de trabajos de consultoría, en el cual se individualizan quienes se encuentran facultados para la ejecución de trabajos de consultoría que contrata el MOP. Dicho Registro es común y único para las Direcciones Generales, Direcciones y Servicios dependientes del MOP y Empresas e Instituciones que se relacionen con el Estado por su intermedio. Funciona con la Dirección General de Obras Públicas y es de conocimiento Público.

Existía la intención de crear un convenio entre la DCCP y La Dirección General de Obras Públicas, en adelante DGOB, el cual pretendía;

Satisfacer la necesidad de la DGOB de modernizar la gestión sus Registros a través del desarrollo e implementación de una solución informática que permitiera mejorar la administración de dichos registros, permitiéndole realizar una mayor y mejor gestión del Sistema de Contratación del MOP y de los inscritos en sus registros⁶⁴. Y principalmente, cumplir con el deber de los órganos de la Administración del Estado de actuar coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones⁶⁵.

⁶⁴CHILE. Dirección de Compras y Contratación Pública.2008, Resolución Exenta N° 0940 B: Aprueba Convenio de colaboración con la Dirección General de Obras Públicas. 22 julio de 2008. Considerando letra i)

⁶⁵ Art.5 inciso 2 LOCBGAE

El año 2008 se materializó dicho convenio, aprobado por resolución exenta N°094B, el cual propendía compatibilizar el Registro de Chile proveedores y el Registro MOP, lo que finalmente redundaría en mayores oportunidades de participación en las licitaciones y aumentaría la transparencia.

Sin embargo, al año siguiente dicho convenio no prosperó, como consecuencia de las restricciones presupuestarias y el marco de acción del proyecto que en definitiva lo hacía inviable, el acuerdo de resciliación de este convenio fue aprobado por Resolución Exenta N° 0931B.

A pesar de que en Chile, a diferencia de la mayoría de las legislaciones a nivel internacional, actualmente no existe un sistema unificado de adquisiciones públicas que incluya las contrataciones de ejecución y construcción obras públicas y las demás adquisiciones del Estado; de todas maneras las contrataciones del MOP deben propender a la coordinación de acciones entre entidades públicas, por lo que de todas maneras debe informar al portal Mercado Público sobre las licitaciones de obras públicas que realice.

Aún cuando el sistema de adquisiciones del MOP funcione bastante bien y en la práctica sea vea como autosuficiente y organizado, es deseable que tal concepción pueda variar en un futuro, logrando un sistema armónico y general de adquisiciones públicas, el cual sea aplicable a la mayoría de las entidades estatales.

2.3.1.3 Obligatoriedad y Fomento de las TIC

En estos últimos años, una gran preocupación de la mayoría de las legislaciones a nivel internacional es la incorporación efectiva de las Tecnologías de la Información y comunicaciones, en adelante TIC, en los procesos de contrataciones públicas. Con lo anterior, lo que se busca esencialmente es el uso eficiente de los recursos públicos; eficiencia en cada etapa del proceso de contratación, mayor transparencia, y mayor responsabilidad de los funcionarios públicos.

Particularmente, el uso de Internet ha revolucionado la forma en que generalmente se han tratado de realizar las gestiones públicas. Cuando los gobiernos incorporan el uso de las TIC para proveer sus servicios, generar eficiencia y transparencia, publicitar sus decisiones; y generar acceso a la información; y en casos más avanzados, interactuar y transar con los ciudadanos se presenta el fenómeno del gobierno electrónico.⁶⁶

El gobierno electrónico consiste en el uso de las tecnologías de la información y la comunicación, particularmente Internet, como una herramienta para alcanzar un mejor gobierno.⁶⁷

⁶⁶ SUÁREZ, G. y LAGUADO, R. 2007. Manual de contratación pública para América Latina. Santiago de Chile. Serie Manuales Cepal (20): p.34

⁶⁷ OECD. 2003. The E-government imperative. [en línea] s.l.

El gobierno electrónico, aplicado a las adquisiciones estatales, acuña el término “*e-Procurement*”, o “Aprovisionamiento electrónico”, concepto que se utiliza para describir el uso de métodos electrónicos, típicamente en Internet, para conducir las transacciones entre las autoridades de contratación pública y los proveedores. El proceso del *e-Procurement* cubre todas las etapas de las adquisiciones; desde la identificación inicial de un requerimiento de bienes y/o servicios, a través del proceso de licitación, hasta la gestión del contrato final y su pago⁶⁸

Los potenciales beneficios de la incorporación de TIC incluyen mayor competencia, al existir un considerable nivel de publicidad, p.ej. Al momento de anunciar electrónicamente los llamados a licitaciones. De igual manera, las TIC fomentan una mejor administración de recursos públicos debido a los ahorros en los costos de transacción, p.ej. El procedimiento de licitaciones en soporte papel, y ahorro de tiempo de los funcionarios públicos. Incluso el uso de las TIC permite impulsar la racionalidad económica debido a la búsqueda de la eficiencia en la organización de los procesos de contratación estatales y la simplificación de dichos procesos, lo que finalmente se traducirá en ahorros fiscales para el Estado.

<<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/APCITY/UNPAN015120.pdf>>[Consulta: 9 de octubre de 2014],p.23

⁶⁸ CORSI,M. 2006. E-procurement Overview [en línea] s.l.

< <http://www.oecd.org/mena/governance/36238198.pdf>> [consulta: 17 de febrero de 2015]p.3

Sin embargo, para que estos beneficios puedan salir a la luz, es necesario identificar los principales obstáculos para la implementación de las TIC; lo que se podrían mencionar a los siguientes; la falta de conocimiento técnico de los funcionarios públicos; la resistencia al cambio y la ausencia de una estandarización técnica en las entidades públicas.

La Ley de Compras y su Reglamento exigen que cada actividad presente en las adquisiciones del Estado se realice mediante medios electrónicos, siendo el soporte papel un medio excepcional para casos específicos⁶⁹.

El Sistema de información se basa en los siguientes principios rectores; la utilización de medios tecnológicos que aseguren su neutralidad, su seguridad, consistencia, confidencialidad y no repudiabilidad; deberá estar basado en estándares públicos e interoperables y permitir el respaldo de su información, el registro de operaciones en su origen y su operación continua.⁷⁰

La DCCP , emitió la Directiva de Contratación N°8, “Instrucciones para la Contratación de bienes y servicios relacionados con Tecnologías de Información y Comunicaciones”, la cual tiene por objetivo entregar pautas y lineamientos a los organismos regidos por la Ley de Compras, para la contratación de bienes y servicios relacionados con las TIC, tales como; Hardware o Software, de análisis de datos, plataformas de datos, de hosting o

⁶⁹ Art. 18 del Reglamento de Compras Públicas.

⁷⁰ Art. 56 del Reglamento de Compras Públicas.

de housing, de externalización, y automatización de procesos de gestión, entre otros.

2.3.2 Eficacia de los criterios pro competitivos legislativos en la práctica

Como ya vimos; la creación de un sistema idóneo para las adquisiciones estatales puede ser bastante problemático tomando en consideración la especie de casuística que existe en la aplicación de cada mecanismo de contratación, ya que, una errónea decisión de diseño en las bases de licitación puede afectar no sólo al correcto uso de los recursos públicos y las relaciones comerciales entre los potenciales proveedores y la entidad pública licitante, sino que puede afectar a largo plazo el mercado en general en que se transan los bienes o servicios que la entidad pública requería. Esto, sin mencionar los efectos negativos que podría acarrear en la ciudadanía al no existir confianza en las actuaciones de la autoridad al momento de administrar y gastar los recursos del Estado. Por tanto, se debe tomar en cuenta que una licitación es un mundo aparte, un mundo complejo cuya forma de configuración tendrá consecuencias no sólo económicas, sino que también sociales, por lo que el diseño de un marco regulador que considere como criterios básicos; el uso de la licitación pública como mecanismo de contratación por excelencia; la aplicación general

de la ley de compras a la mayoría de los organismos públicos y el uso masivo de las TICS debería prevenir o al menos minimizar los efectos adversos de las malas decisiones realizadas al momento de confeccionar las etapas de un mecanismo de contratación específico. Sin perjuicio de lo anterior, los criterios mencionados no son la panacea; no evitarán en todo momento que se produzcan los efectos de corto y largo plazo mencionados en este capítulo, puesto que como se dijo, la importancia de dichos criterios radica en establecer un entorno legal pro competitivo, aún antes de que se inicie el proceso de adquisición de manera que, las entidades estatales, cuenten con un soporte normativo basado en la competencia que de alguna manera los guíe al momento de diseñar los procesos de contrataciones públicas.

En este capítulo vimos cuáles son los efectos a corto y largo plazo en el diseño de licitaciones que podrían afectar la competencia y los criterios basales pro competitivos que toda legislación debería tener para impulsar la competencia en los diseños de contratación. Sin embargo, debemos tomar en cuenta la siguiente preguntas, ¿Qué ocurre en la práctica? ¿Cuáles son los problemas más frecuentes existentes en las legislaciones que limitan o dificultan el desarrollo de la dinámica competitiva en las contrataciones estatales?

Para responder a las siguientes preguntas, tomaremos a Chile como nuestro sujeto de estudio. En las siguientes páginas veremos si el sistema de

contrataciones estatales de nuestro país es suficiente para resguardar la competencia en los procesos de contrataciones estatales.

CAPÍTULO III: DILEMAS EXISTENTES EN EL SISTEMA DE CONTRATACIONES PÚBLICAS EN CHILE

3.1 Antecedentes Generales

Desde la entrada en vigencia de la Ley de Compras el sistema general de contratación pública ha mejorado bastante en Chile puesto que, ya no existen reglamentaciones dispares que permitan a las entidades públicas aplicar discrecionalidad y diferencias radicales de criterios en la selección de oferentes, lo que al fin y al cabo, establece límites al personal estatal y las mismas entidades evitando la generación de cualquier germen de corrupción.

La evaluación del Sistema Nacional de Compras y Contrataciones Públicas de Chile, realizado por el Banco Interamericano de Desarrollo, en adelante BID, fue positiva en todos los aspectos, tanto en el diseño del marco regulatorio; la institucionalidad y el sistema de control. Al respecto, el BID, se refirió con lo siguiente, “En el caso de Chile (---) cuenta con un marco regulatorio moderno y sujeto a escrutinio que promueve la competencia, el debido proceso, la publicidad, el uso de medios electrónicos y la transparencia.”⁷¹

El rol que ha tenido la DCCP como organismo asesor de las adquisiciones estatales ha sido primordial en este cambio, permitiendo que exista un conocimiento más acabado de los procesos de adquisiciones existentes en la

⁷¹ BANCO INTERAMERICANO DEL DESARROLLO.2008. Evaluación del Sistema Nacional de Compras y Contrataciones Públicas (CPAR). Chile.Volumen I.84p.

Ley de Compras a todos los interesados, sean entidades públicas, potenciales proveedores e inclusive los mismos ciudadanos. Al respecto, la DCCP ha coordinado la implementación de variadas plataformas electrónicas cuyo fin es facilitar la inclusión de todo ciudadano al mundo de las contrataciones públicas y hacer más transparente toda actuación realizada tanto por los organismos estatales como los oferentes. Las plataformas mencionadas son las siguientes; en primer lugar, la existencia fundamental del sitio web www.mercadopublico.cl, plaza comercial electrónica de transacciones de bienes y servicios de realizados por la mayoría de las entidades públicas; en segundo lugar la existencia de la plataforma www.chileproveedores.cl, la cual contiene el Registro electrónico oficial de los proveedores del Estado; y en tercer lugar www.chilecompra.cl, plataforma de información y capacitación cuyo objeto es orientar a la ciudadanía sobre todos los aspectos de los procesos de adquisiciones del Estado.

La Ley de Compras y su Reglamento; como normativas que configuran un marco legal de las contrataciones del Estado, son bastante claras, cumpliendo con los estándares internacionales de transparencia, trato igualitario de todos los oferentes y libre competencia. De igual manera, la creación de un Tribunal de Contratación Pública dispuesto a conocer de las acciones de impugnación de los actos ilegales y/o arbitrarios de la administración es un gran avance.

Sin perjuicio de lo anterior, el sistema de contrataciones públicas requiere ahondar en los esfuerzos realizados y se deben realizar cambios sustanciales que tiendan a mejorar y promover la competencia en los procesos de adquisiciones de nuestro país; las principales problemáticas que a nuestro juicio vulneran la competencia son las siguientes: 1) Problemas prácticos de diseño de licitaciones que generan limitación a la competencia; 2) Barreras en el fomento del uso de la contratación pública estratégica, y 3) Problemas en el sistema de pagos.⁷²

3.2 Dilemas existentes en el sistema de contratación pública chileno

3.2.1 Problemas prácticos de diseño de Licitaciones que generan limitación a la Competencia

3.2.1.1 Exceso de formalismo

En conformidad al artículo 13 de la Ley N° 19.880 de Bases de Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la

⁷² Si bien, los problemas de la colusión y la corrupción en los procesos de adquisiciones del Estado son distorsiones gravísimas a la competencia y producen un terrible daño a los mercados y a la confianza de la ciudadanía en las autoridades, es necesario mencionar que en este trabajo de investigación, dichos apasionantes temas no serán incluidos en atención a su profundidad y largo avance en su tratamiento a nivel de derecho comparado y nacional, lo que excedería con creces esta investigación.

Administración del Estado, se exige a las entidades estatales seguir el principio de la no formalización, el cual consiste en que los procedimientos administrativos deben realizarse con sencillez y eficacia, de modo que, las formalidades que se exijan sean aquellas indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado y evitar perjuicio a los particulares. El vicio recaído en el procedimiento o en formalidades de éste debe recaer en algún requisito esencial del mismo que cause perjuicio al interesado.

Actualmente, se ha hecho una práctica habitual por parte de los organismos públicos la exageración de exigencias para el cumplimiento de formalidades en todo tipo de licitaciones, excluyendo a oferentes por el sólo hecho de presentar ofertas con errores formales no sustanciales, infringiendo con esto, no sólo el principio de no formalización, al exigir la presentación de documentación innecesaria para la correcta evaluación de los potenciales oferentes, sino que también violenta el principio de la Libre Concurrencia en las Licitaciones.

Lo mencionado anteriormente puede evidenciarse en diversos dictámenes de la Contraloría General de la República de Chile; al disponer lo siguiente;

La Contraloría General ha debido abstenerse de dar curso a la resolución N° 56, de 2008, de la Dirección de Vialidad, Región Metropolitana, que entre otras medidas, acepta la propuesta presentada por la empresa que indica, para ejecución de la Obra “ Conservación Periódica Camino Estancilla-Valdivia de Paine, Rol G-500(---) Por cuanto el hecho de que uno de los

licitantes no haya presentado los documentos constitutivos de su oferta en “anillado con mica transparente” no constituye causal suficiente para excluirlo del certamen. En efecto, dicha sola circunstancia, no obstante lo previsto en el punto 3.1 de las bases administrativas, no puede servir de fundamento para considerar fuera de las bases a un postulante, al no tratarse de una omisión sustancial que vicie la oferta.^{73/74}

De igual manera se ha pronunciado el Tribunal de Contratación Pública, en adelante TCP, en Sentencia Definitiva en Causa Rol 94-2008, en la cual declara ilegal el Decreto Alcaldicio N° 956, de 2 de diciembre de 2008 de la Municipalidad de Yumbel, que declaró inadmisibile la oferta de la empresa “ALTRAMUZ LIMITADA”; única oferta presentada en la Licitación pública denominada “Concesión Servicios de Aseo y Otros, comuna de Yumbel”, convocada con fecha 10 de noviembre de 2008. La declaración de inadmisibilidad de la oferta estaba basada en que la empresa ya mencionada, no había dado íntegro cumplimiento a los datos exigidos en el formulario N°4 de las Bases Administrativas, la cual constaba de dos páginas. La primera, debía incluir una operación aritmética que finalmente tenía que dar como resultado el valor total anual de la oferta presentada, sin embargo, la empresa Altramuz al

⁷³ Dictamen N° 11.122, del año 2009

⁷⁴ En ese mismo sentido, el órgano contralor se ha pronunciado señalando que “Es útil recordar que el principio de la libre concurrencia de los participantes, consagrado en los art.s 4° y 6° de la ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de servicios, persigue considerar las ofertas de todos los proponentes que han cumplido con los pliegos de condiciones, sin que por errores sin trascendencia y no esenciales queden fuera del Concurso”(33.422, del 2013). De igual manera, véase los dictámenes números 75.915, de 2011; 29.159, de 2012 del mismo órgano contralor.

no mencionar el valor total anual de la oferta en dicha página, la I. Municipalidad de Yumbel declaró como no presentado el formulario N° 4 requeridos en las Bases Administrativas.

Sin perjuicio de lo anterior, el TCP realizó un cuidadoso examen de los documentos presentados y llegó a la conclusión que la oferta de la empresa Altramuz Ltda. efectivamente habría presentado el formulario antedicho; realizando el desglose del valor total de la oferta, no en la primera página sino en la segunda, indicando los subtotales de cada mes en que se impartirían los servicios, determinando el monto total anual expresado en pesos y en palabras; tal como lo exigían las bases administrativas. Por lo que, se consideró que la I. Municipalidad de Yumbel “confunde la falta de presentación del documento con la omisión de información“. Debido a lo anterior, el TCP declara ilegal el decreto alcaldicio ya mencionado que desecha la oferta de la empresa Altramuz Ltda.

Dicha causa fue reclamada ante I. Corte de Apelaciones de Santiago, causa Rol N° 6250-2009, la cual fue rechazada en atención a la vulneración del principio de no formalización al argumentarse lo siguiente por la I. Corte de Apelaciones, “No puede resultar admisible que se permita hacer primar un criterio tan estrictamente formalista como el aplicado por el municipio de dicha comuna”. Reafirmando el criterio del TCP.

3.2.1.2 Imposición de prohibiciones o inhabilidades no previstas por la Ley

Un error recurrente en la aplicación de los principios fundamentales de la contratación pública al momento de diseñar bases de licitación es el establecimiento de inhabilidades para la contratación con la Administración del Estado no contenidas en el artículo 4 incisos 6 y 7 de La Ley N° 19.886⁷⁵; vulnerando expresamente el principio de Libre concurrencia al prohibir la participación de potenciales oferentes en los procesos de contratación de suministros de bienes y prestación de servicios.

Por ser práctica constante, la Contraloría General de la República se ha pronunciado con severidad al respecto, argumentando lo siguiente;

En relación a la abstención de toma de razón de la resolución N° 672 de 2008, del Servicio de Salud Metropolitano Sur, mediante el cual se aprueban las bases administrativas y técnicas de la licitación pública para el servicio de aseo del complejo asistencial Barros Luco, por no ajustarse a derecho; al respecto, es dable reparar el numeral 1.5 de las bases administrativas en estudio, en cuanto señala que, sin perjuicio de las inhabilidades contenidas en

⁷⁵ Recordemos que dichas inhabilidades tienen relación con la prohibición que tienen los organismos públicos, empresas y corporaciones del Estado, de suscribir contratos administrativos de provisión de bienes o prestación de servicios con los funcionarios directivos del mismo órgano o empresa; personas unidas a ellos por vínculos de parentesco o con sociedades de personas de las que aquellos formen parte.

los incisos 1º y 6º del artículo 4º de la Ley Nº 19.886, no podrán participar en la licitación; aquellas empresas o empresas relacionadas que tengan entre sus socios a una o más personas que presten servicios al Ministerio de Salud , Servicios de Salud, Secretarías Regionales Ministeriales o a sus organismos dependientes , como trabajadores independientes o que posean una participación social igual o superior al 50%(...) En efecto, las únicas inhabilidades para contratar con el Estado se encuentran contempladas precisamente en el artículo 4º de la citada ley Nº 19.886, siendo improcedente la estipulación de otras que no tengan origen legal.⁷⁶

Asimismo, la Contraloría se abstenido de tomar razón de la resolución Nº 283, de 2010, del Servicio de Vivienda y Urbanización Metropolitano, que aprueba las bases Administrativas y Técnicas para la realización de la Licitación Pública “Convenio de Conservación de Parques y Espacios Públicos en Ciudad Parque Bicentenario”, por lo que se le hicieron observaciones en el punto Nº 5 de las Bases denominadas, Requisitos para participar en la Licitación.-Acápite, “Participante”;

Procede objetar la exigencia de No estar afecto a alguna inhabilidad o incompatibilidad señalada en la Ley de Probidad Administrativa (Ley Nº 19.653), dado que no se refieren a la participación en licitaciones y, a este respecto, como lo ha señalado la jurisprudencia de esta entidad de control no

⁷⁶ Dictamen Nº 28.867, de 2008.

procede fijar otras inhabilidades para participar , diversas a las previstas en los inciso primero y sexto del artículo 4º, de la citada ley N° 19.886.”⁷⁷/⁷⁸

Otra forma de violentar el principio de la libre concurrencia es el establecimiento de prohibiciones de participación no generalizadas, como se ha mencionado en el Dictamen N° 50.166 de 2007, la cual resuelve las peticiones y reclamaciones del funcionarios público de iniciales G.N, personal del Servicio Nacional de Geología y Minería,

Conforme a lo mencionado por el señor G.N., y según aparece de los antecedentes tenidos a la vista en esta oportunidad, la señalada entidad ha convocado a licitaciones públicas para contratar servicios relacionados con la ejecución de diversos cursos de capacitación, en cuyas bases ha establecido la prohibición de participar a sus funcionarios.” Debido a esta infundada restricción de participación al personal del Servicio Nacional de Geología y Minería, la Contraloría ha recalcado el siguiente criterio “Según lo dispuesto en el artículo 9 de la ley N° 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado , los concursos públicos deben regirse por los principios de libre concurrencia de los oferentes y de igualdad ante las bases, lo cual implica, entre otras cosas , que en estas últimas no pueden contemplarse requisitos o prohibiciones que no se encuentren orientados a la generalidad de los interesados, condición que no se reúne en la situación que se analiza, toda vez

⁷⁷ Dictamen N° 67.130, de 2010.

⁷⁸ Véase también dictámenes N° 72.511, de 2009; N° 19.534, de 2008; N° 50.609, de 2008; y N° 47.667, de 2008.

que en las mencionadas bases se establece una limitación que afecta exclusivamente a los empleados del Servicio Nacional de Geología y Minería, y únicamente por su condición de tales, sin que, por lo demás, se advierta el motivo en que se sustenta dicha exclusión⁷⁹

3.2.1.3 Exigencia de experiencia a los oferentes

De acuerdo al artículo 38 del Reglamento de la Ley de Compras, las entidades públicas tienen por objeto seleccionar la mejor oferta o mejores ofertas, de acuerdo a criterios técnicos y económicos para evaluar de la forma más objetiva posible las ofertas recibidas. Entre estos criterios técnicos y económicos, se podrá considerar el precio, la calidad técnica, asistencia técnica e inclusive la experiencia de los proveedores. Sin embargo, en variadas ocasiones la exigencia de experiencia, tanto en la provisión de suministros y en la prestación de servicios se exige no como criterio de evaluación establecidos en las bases, sino como requisito para participar en una licitación determinada lo que vulnera el principio de la Libre concurrencia de los oferentes.

⁷⁹ Una forma inversa de restricción, es la limitación de participación a algunos oferentes que cumplan determinados requisitos, Dictamen N° 20.401, de 2008 “Debe objetarse lo contemplado en el punto 2 de las bases administrativas, en cuanto establece que “Pueden participar en esta propuesta personas jurídicas cuyo giro o actividad principal sea Desarrollo e Implementación de Software(...), ya que no es admisible restringir sólo a personas jurídicas la participación de oferentes en una licitación pública, acorde con lo prescrito en los art. 4º y 7º, letra a) de la Ley N° 19.886.” Veremos más adelante que una forma particular de esta restricción es la exigencia de experiencia en las licitaciones públicas.

En Dictamen N° 41.106, de 2007, la Contraloría General estableció claramente que en relación a los requisitos de participación establecidos en las bases administrativas y técnicas de la Licitación Pública para contratar servicios de administración, fabricación, control e inspección y oficinas de atención de usuarios de la Tarjeta Nacional Estudiantil; la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas;

No se ajusta a lo dispuesto en los artículo 4º y 6º de la citada Ley N° 19.886, toda vez que en virtud de dichos preceptos no es posible impedir la libre concurrencia de los oferentes a los procesos concursales, en cuanto a que sean personas naturales o jurídicas, ni establecer requisitos de experiencia, sin perjuicio de la atribución de la entidad convocante para establecer este último como requisito de evaluación, de acuerdo al artículo 38º del decreto 250, de 2004, ya citado”⁸⁰

Con el mismo criterio, dicho órgano contralor a mencionado que; “Las Bases no pueden impedir la libre concurrencia imponiendo, como condición para

⁸⁰ Los requisitos establecidos en las bases administrativas, técnicas y sus anexos, punto VI establecían que “pueden participar en la presente Licitación pública, personas jurídicas que se encuentren inscritas en el portal www.chilecompra.cl, que tengan experiencia comprobada en la provisión de los servicios requeridos y que acrediten las autorizaciones respectivas para realizar el control e inspección de las T.N.E. en los medios de transporte público colectivo de pasajeros a las cuales postula”

participar, una determinada experiencia, sin desmedro de considerar dicho elemento como un factor a evaluar”⁸¹

Asimismo, si se establece en las bases administrativas o técnicas el requisito de experiencia como criterio de evaluación, éste deberá ser establecido de una forma objetiva y específica, “otorgando una ponderación determinada a todos los rangos de experiencia que se consideren dentro del factor técnico a evaluar.”⁸²

Otra forma de vulneración del principio de la libre concurrencia, íntegramente relacionada con la restricción de oferentes en atención a su experiencia, es la exclusión del procedimiento de contratación a oferentes por comportamiento contractual anterior con el Estado.

Sobre esta práctica, se ha referido la Contraloría General en Dictamen N° 73.049, del 2014, al pronunciarse sobre ciertas irregularidades ocurridas en el proceso de grandes compras, es decir, compras mayores a 1.000 UTM, por el Servicio Electoral, a través de convenio marco de servicios de impresión. La empresa Asociados Undurraga Impresiones Limitada indica que, el Servicio Electoral, efectuó las invitaciones correspondientes a los proveedores adjudicados incorporados al convenio marco, realizando reuniones informativas en las que comunicó que se reservaba el derecho de “no considerar las

⁸¹ Dictamen N° 37.976, de 2007. Aludiendo a la misma jurisprudencia administrativa, véase los dictámenes N° 7.300, N° 20.401 y N° 33.966, todos de 2008.

⁸² Dictamen N° 34.956, de 2008.

cotizaciones de empresas que no hubiesen cumplido con procesos de compra anteriores”, caso en que se encontraba la recurrente, por lo que su oferta fue desestimada. Al respecto, la DCCP informa que existe una irregularidad en las invitaciones realizadas por el Servicio Electoral, puesto que no se realizaron por medio del Sistema de Información, como lo exige el artículo 14 bis del Reglamento de Compras, sino que se efectuaron por medio de correos electrónicos, lo que de por sí constituye una irregularidad.

El artículo 14 bis ya mencionado, establece que la entidad pública que requiera hacer compras mayores a las 1.000 UTM y cuyos proveedores estén incluidos en un convenio marco deben ser invitados por el Sistema de Información. La entidad deberá seleccionar la oferta más conveniente según resultado de cuadro comparativo que deberá confeccionar sobre la base de los criterios de evaluación y ponderaciones definidas en las bases de licitación del convenio marco respectivo, en lo que les sea aplicable. En el caso de estudio, el criterio de evaluación “conducta contractual anterior de los oferentes”, fue un establecido internamente por el SERVEL e informado de forma irregular a los oferentes. La Contraloría, fue enfática al mencionar lo siguiente;

Considerando que las bases de licitación que rigieron el convenio marco de que se trata no establecieron como criterio de evaluación el “comportamiento contractual anterior” de los oferentes, no procedió que el SERVEL calificara a la recurrente sobre la base de ese factor, ni la excluyera

del referido proceso de grandes compras por dicha consideración”, declarando, por tanto, el proceso de grandes compras incoado por el SERVEL no fue ajustado a derecho.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 38º inciso 5 del Reglamento de la Ley de compras permite que se podrán considerar como criterios de evaluación técnicos y económicos “el comportamiento contractual anterior del oferente”, sin embargo, dicho criterio no puede ser utilizado para evitar la participación de un oferente a un proceso de contratación determinado.

3.2.1.4 Exigencia de inscripción en el Registro de Proveedores

De acuerdo al artículo 16 de la Ley de Compras, existirá un Registro electrónico oficial de contratistas de la Administración a cargo de la DCCP. Tal como menciona dicha Dirección en su sitio web⁸³; este Registro de proveedores tiene por objeto acreditar la idoneidad comercial, financiera y técnica de las empresas proveedoras del Estado. En tal registro, se inscribirán todas las personas naturales y jurídicas, chilenas o extranjeras que no tengan causal de inhabilidad para contratar con el Estado. Actualmente, la DCCP está a cargo de dicho registro, el cual tiene una plataforma electrónica propia denominada www.chileproveedores.cl. Sin perjuicio de lo anterior, la inscripción a este registro no es gratis, el mismo

⁸³ www.chilecompra.cl

artículo 16 inciso 2 de la Ley de compras recalca que la DCCP podrá fijar las tarifas semestrales o anuales de incorporación que deberán pagar los contratistas, a fin de costear los gastos operacionales del registro. Las tarifas están divididas en categorías y precios, dependiendo de si el proveedor es una microempresa, una Pyme o una gran empresa.

Como el principio de libre competencia es un pilar fundamental, no sólo de la Ley de Compras, sino que también de todo el sistema de contrataciones públicas; la idea es que en los procedimientos de contratación no exista traba alguna para que los oferentes puedan participar como proveedores del Estado; por lo tanto y siguiendo con tal criterio, la exigencia de inscripción en el Registro de Proveedores no debería ser obligatoria. Es importante poner énfasis en esto, debido a que la Ley de Compras ni su Reglamento lo dicen expresamente. A pesar de ello, tal criterio puede desprenderse del artículo 16 ya mencionado. En primer lugar, dicho artículo es claro al decir que las tarifas a cobrar no deben impedir o limitar el libre e igualitario acceso de los contratistas al registro, recalcando que se debe respetar el principio de no discriminación y libre competencia; y en segundo lugar, tal artículo 16 inciso cuarto establece que los organismos públicos podrán exigir a los proveedores su inscripción en el registro de contratistas y proveedores, para poder suscribir los contratos definitivos. De lo anterior se puede desprender que, las entidades estatales, tienen cierta discrecionalidad para exigir la inscripción al registro, por lo que si éstas no lo estiman necesario, las personas naturales y/o jurídicas no inscritas

podrían participar en los procedimientos de contrataciones estatales. Asimismo, y sólo en el caso en que las entidades públicas lo estimen necesario y lo exijan en las respectivas bases de licitación, la necesidad de inscripción en el registro sólo podría exigirse para suscribir los contratos de provisión de bienes o prestación de servicios definitivos. 'Por lo tanto, de ninguna forma la exigencia de estar inscritos en el registro de contratistas podría ser un requisito para participar en los procedimientos de contratación pública ni para ser motivo de exclusión de ellos, ya que infringiría el principio de igualdad de trato a los oferentes y el de libre competencia.

Así lo ha considerado la Contraloría General de la República en su abundante jurisprudencia administrativa;

Cabe objetar que el numeral 3.2 de las bases establezca como requisito para participar en la licitación, la obligación de que los oferentes se encuentren inscritos en el Registro Electrónico Oficial de Proveedores del Estado, pues tal exigencia contraviene lo dispuesto en los artículos 4º y 6º y 16º de la Ley 19.886, toda vez que el inciso cuarto de este último precepto- en armonía con el artículo 66, del decreto N° 250, de 2004(...).- solo permite requerir esa inscripción para la suscripción del contrato definitivo.⁸⁴

⁸⁴ Dictamen N°61.981, de 2010. Véase dictámenes del mismo órgano contralor; N° 41.106, de 2007; N° 15.925, de 2008; N° 19.534 y N° 28.867, ambos de 2010.

3.2.1.5 Renovaciones automáticas de contratos de suministro y de prestación de servicios

Una forma recurrente de vulneración, no sólo al principio de libre competencia, sino a la aplicación de la regla general, las licitaciones públicas, se encuentra en la utilización de cláusulas de renovación automática de los contratos adjudicados en una licitación específica de manera que, la posibilidad de encontrar potenciales oferentes en la realización de una nueva licitación para la provisión de los mismos bienes o servicios ya adjudicados en una licitación anterior, se ve restringida debido a una especie de “favoritismo” existente entre la entidad pública que incluye dichas cláusulas en las bases de licitación y el oferente que se adjudicó el contrato determinado.

Al respecto, el artículo 12 del Reglamento de la Ley de Compras se refiere a las renovaciones u opciones de renovación de los contratos adjudicados, prohibiendo a las entidades públicas suscribir contratos de Suministro y Servicios que contengan cláusulas de renovación automática u opciones de renovación para alguna de las partes, cuyos montos excedan las 1.000 UTM, a menos de que existan motivos fundados para establecer dichas cláusulas y así se hubiese señalado en las bases.

Debe hacerse una aclaración al respecto, lo que la Ley de compras prohíbe expresamente es la renovación u opción de renovación de los contratos de suministro y prestación de servicios; no así con las prórrogas, ya que son

materias distintas. Las prórrogas están permitidas de forma excepcional en el artículo 10 número 7, letra a) al referirse a las circunstancias en que proceden la Licitación privada o el Trato directo; al mencionar lo siguiente;

Si se requiere contratar la prórroga de un contrato de suministro o servicios, o contratar servicios conexos, respecto de un contrato suscrito con anterioridad, por considerarse indispensable para las necesidades de la Entidad y sólo por el tiempo en que se procede a un nuevo proceso de compras, siempre que el monto de dicha prórroga no supere las 1.000 UTM.

En cuanto a los montos; es comprensible que la prohibición sea expresa para aquellos contratos de suministros o prestación de servicios mayores a las 1.000 UTM puesto que, en aquellos casos, se debe aplicar la regla general de los mecanismos de contratación, la Licitación Pública. Sin embargo, dicha prohibición de renovación u opción no está claramente establecida para aquellos contratos inferiores a dichos monto por lo que, en la práctica, estaría permitido. Sin embargo, si las renovaciones sucesivas del contrato alcanzaren un monto igual o superior a las 1.000 UTM debería aplicarse de todas maneras este artículo 12 del Reglamento para así no dejar margen a cualquier tipo de burla a este precepto.

La jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República ha sido fecunda al pronunciarse sobre este tema, teniendo como principal criterio el de no aceptar dichas cláusulas de renovación;

La práctica de acordar la continua prórroga de un contrato, cuya vigencia se extienda indefinidamente, pugna con el principio de transparencia y el de libre concurrencia consagrado en el artículo 9º de la Ley N° 18.575(...) De ese modo, resulta necesario que una vez terminada la vigencia de la prórroga que se viene aprobando, la continuidad del servicio involucrado se asegure mediante un nuevo contrato, a través del mecanismo de selección del proveedor que sea procedente.⁸⁵

En cuanto a la procedencia de las renovaciones automáticas de forma excepcional, el artículo 12 de la Ley de compras establece dos requisitos copulativos, 1) la existencia de motivos fundados; y 2) que dicha procedencia haya sido señaladas en las bases. Al respecto, la contraloría ha sido enfática; la misma jurisprudencia ha indicado que los motivos fundados que deben explicitarse en las bases deben consistir en razones específicas y acotadas que justifiquen establecer una cláusula de renovación y no causales de carácter genérico. Al referirse de la duración de la existencia de dichos motivos se ha mencionado que;

Cabe agregar que los motivos de que aquí se trata han de existir no sólo al momento de elaborar las bases y de suscribir los contratos que contengan las cláusulas de renovación automática o de opciones de renovación, sino que además al tiempo de hacerse efectiva la potestad de renovar la convención

⁸⁵ Dictamen N° 42.345, de 2008.

correspondiente , cualquiera sea la fórmula que se haya concebido al efecto comoquiera que toda atribución sólo puede ejercerse en la medida en que existan los hechos que la suponen.⁸⁶

3.2.1.6 Aplicación infundada del mecanismo de Licitación Trato Directo

Como se ha explicado en los capítulos anteriores, la aplicación de los diferentes tipos de mecanismos de contratación pública está debidamente reglamentada tanto en la Ley de Compras como en su Reglamento. Siendo el mecanismo de selección de proveedores con mayor utilización la licitación pública, en atención a su mayor transparencia y participación de potenciales proveedores en comparación a los otros métodos de contratación, lo que terminan siendo mecanismos excepcionales.

La aplicación de la licitación privada y el trato o contratación directa requieren para su procedencia, la existencia de causales específicas, las que son reguladas en el artículo 8 de la Ley de compras y en el artículo 10 de su Reglamento.

En la práctica existen en su mayoría aplicaciones infundadas del mecanismo de contratación Trato directo o contratación directa, el cual es el método de

⁸⁶ Dictamen N° 9.023, de 2008.

elección con menor transparencia y el que otorga menores posibilidades de creación de competencia en los procesos de contratación.

Dicha concepción de excepcionalidad de la licitación privada y el trato directo ha sido recogida en la Jurisprudencia de la Contraloría General de la República;

El procedimiento de trato directo constituye una excepción al sistema general de propuesta pública, el cual procede en los casos que se enumeran en aquellas disposiciones [artículos 7 y 8 de la Ley de compras y el artículo 10º del Reglamento], para cuyos efectos se debe acreditar tanto la concurrencia de las circunstancias que configuran tales causales, como la autorización de la procedencia de esta forma de contratación por medio de una resolución fundada, la que debe publicarse en el Sistema de Información de Compras y Contrataciones Públicas.⁸⁷

Asimismo, no basta para acreditar el fundamento de la contratación por trato directo, la sola referencia a las disposiciones legales y reglamentarias que contienen la causal que se invoca, tampoco lo es la mera cita a motivos de funcionamiento interno del servicio al invocarse la necesidad inespecífica de contar con determinados textos, sustrayendo para su adquisición la Licitación Pública.⁸⁸

⁸⁷ Dictamen N° 13.960, de 2013.

⁸⁸ Dictamen N° 121, de 2009.

3.2.2 Necesidad de fomento de una Contratación Pública Estratégica.

Antes de comenzar, es necesario diferenciar qué es lo que se entiende por Contratación Pública Simple y la Contratación Pública Estratégica. La Contratación Pública Simple, es la concepción más común utilizada por la mayoría de las legislaciones estatales con el objeto de obtener bienes y servicios; el criterio preponderante en las adquisiciones de este tipo es buscar solamente suministros y servicios al precio más bajo posible. Podríamos definir una Contratación Pública simple como meramente una “Relación transaccional en la que un comprador (una entidad pública) busca productos y servicios al precio más bajo”. Este enfoque, es caracterizado por una interacción limitada entre el comprador y el vendedor”⁸⁹. Sin embargo, esta concepción estrecha de la contratación pública ha ido variando con los años, desde una perspectiva meramente económica hacia una perspectiva de generación de políticas, sociales, medioambientales e inclusive económicas a través del proceso de adquisiciones estatales.

⁸⁹DEYANSKA, A. y HJARTARSON, J. 2014. Spend Smarter, Not More: Leveraging the Power of Public Procurement. [en línea] Ontario, Canadá.
< <http://cmemec.ca/uploads/media/507uyhilz.pdf> > [consulta: 5 de enero de 2015]

Así lo señaló el ex Ministro de Hacienda del Reino Unido, Gordon Brown, el año 2002, “Creo que la mayoría de ustedes estaría de acuerdo en que hace 50, 20 o incluso 10 años atrás la idea de que Hacienda podría interesarse en temas como el espacio público, la calidad del diseño de las contrataciones públicas, estándares medioambientales, descentralización, regionalismo y exclusión social sería casi impensable. Sin embargo, ahora sabemos que estas interrogantes, no solo son vitales para el éxito y dinámica económica de las comunidades, sino que también son el corazón de la agenda para el progreso social y económico⁹⁰

Efectivamente, ya es una preocupación de los diversos organismos internacionales la disparidad de criterios sobre cómo abordar las adquisiciones estatales. Por lo que, actualmente, se intenta fomentar que la contratación pública deje de ser únicamente utilizada como un mecanismo de resguardo de los escasos recursos fiscales, sino que también funcione como un mecanismo de progreso destinado no solo a aumentar los ahorros fiscales, sino que pueda ser un medio de fomento de políticas inclusivas; pro empleo, medioambientales, económicas y especialmente sociales. Este cambio de enfoque se denomina “Contratación Pública Estratégica”.

⁹⁰THE GUARDIAN. 2002. Full Text: Gordon Brown’s speech to the Urban Summit in Birmingham.[en línea] Viernes, 1 de noviembre de 2002
<<http://www.theguardian.com/society/2002/nov/01/urbandesign.politics> > [consulta: 20 de enero de 2015].

Los beneficios de la Contratación Pública Estratégica son reconocidos; en primer lugar, permite ahorrar dinero a largo plazo; una Contratación Pública Simple destinada sólo a obtener bienes o servicios solamente en atención al precio y no a la calidad de dichos suministro o servicios, puede acarrear un mayor costo para los contribuyentes a largo plazo, puesto que en variadas ocasiones, dichos suministros o servicios mal hechos, pero baratos, tendrán que ser reemplazados y forzosamente deberá realizarse otro proceso de contratación. El fomento de la Contratación Pública estratégica permitirá a la entidad pública encontrar proveedores más eficientes que, si bien, pueden ofrecer productos o servicios a un precio mayor, permitirá a la entidad pública maximizar sus beneficios a largo plazo debido a que, al no ser el precio el único criterio para adjudicar un contrato de suministro de bienes y servicios y dar prioridad a otros criterios como la innovación en los procesos de producción de los bienes; o la experiencia en el otorgamiento de servicios, usualmente bajarán los costos a largo plazo debido a los cambios innovadores que realizarán los potenciales proveedores para maximizar las utilidades, lo que finalmente creará ahorros fiscales que podrían ser utilizados en otras políticas gubernamentales.

En segundo lugar, la Contratación Pública Estratégica puede impulsar la innovación en la economía debido a que, una perspectiva estratégica en las adquisiciones estatales, permitirá a las entidades públicas considerar a la

innovación y el potencial de comercialización como un criterio en las decisiones de los mecanismos de contratación⁹¹

En tercer lugar, la aplicación de criterios estratégicos en la contratación puede robustecer el nivel de participación en los procesos de licitación y fomentar el crecimiento de las pequeñas y medianas empresas a través de políticas inclusivas; y de igual manera puede permitir el aumento de la tasa de empleabilidad y creación de trabajos a largo plazo.

La legislación chilena ha tomado en cuenta la importancia de incluir criterios estratégicos en las adquisiciones del Estado y ha plasmado dicha preocupación en varias disposiciones de la Ley de Compras y su Reglamento, entre ellas; el artículo 20, que prohíbe a la entidad licitante atender al posible precio del bien o servicio para adjudicar un contrato de suministros y servicios. Igualmente; y en búsqueda de resguardo de los derechos laborales y previsionales de los trabajadores, se efectuaron dos modificaciones realizadas a la Ley de Compras; la Ley N° 20.238, publicada el 19 de enero de 2008, con el fin de asegurar la protección de los trabajadores y la libre competencia en la provisión de bienes y servicios de la administración del Estado; y la Ley N° 20.787, publicada el 30 de octubre de 2014, la cual asegura los derechos de las manipuladoras de alimentos de establecimientos educacionales.

⁹¹ DEYANSKA, A. y HJARTARSON, J. 2014 Op Cit. p. 5

Asimismo, la DCCP ha impartido Directivas con criterios estratégicos; entre ellas; Directiva de Contratación Pública N° 12 “Implementación de medidas pro empleo en el mercado público”; y la Directiva N° 13; Instrucciones para realizar contrataciones sustentables en el mercado público chileno”. De la misma forma, la DCCP ha creado programas dirigidos a proveedores PYMES; con el objeto de capacitar y fomentar la inclusión de las PYMES en los procesos de contratación pública; El programa Mentores para el Mercado Público, el cual consiste en asesoría personalizada entregada por un empresario con experiencia en determinados rubros a las PYMES y; el Programa de Gestión Comercial, el cual pretende entregar herramientas de aprendizaje y conocimientos que permitan identificar ventajas competitivas.

Sin embargo; el fomento de la participación de las PYMES en los procesos de contratación debe ser aún más directo, existiendo una mayor injerencia de las PYMES y sus representantes en cada etapa de diseño de bases de licitaciones y todas las actividades que tengan relación con las adquisiciones del Estado. Lo que se intenta proponer es una presencia activa dentro de las licitaciones, que no solo resguarde los intereses de las PYMES frente a las entidades estatales, sino que sea un agente propulsor de nuevas políticas que traduzca las necesidades y preocupaciones de las PYMES en hechos palpables.

Asimismo, se requiere que el sistema de contrataciones estatales chileno se consolide como un medio para plasmar diversas políticas económicas, sociales y medioambientales. Y especialmente, sea un instrumento para promover e impulsar políticas de competencia entre los oferentes.

3.2.3 Problemas en el Sistema de Pagos a Proveedores:

La consideración de la importancia de la etapa de la finalización de un proceso de contratación pública; su ejecución y los controles existentes de ella ha tomado cada vez más espacio en las discusiones doctrinarias. Efectivamente, no sólo es importante que exista transparencia, publicidad y control del procedimiento de contratación mismo, sino que también es importante el desarrollo del contrato realizado entre el Estado y un contratante privado; especialmente toma importancia la publicidad y control del cumplimiento de las contraprestaciones de cada uno. Por un lado, si se transparenta el cumplimiento de las prestaciones contractuales existirá mayor seguridad para el potencial proveedor sobre el comportamiento contractual de un determinado organismo público, lo que a final de cuentas, determinará si es rentable o no para un proveedor participar en nuevos llamados a licitaciones realizadas dicho organismo público. Por ejemplo, si una entidad pública suele retrasar habitualmente los pagos a sus proveedores, lo más probable es que el

nivel de participación de las futuras licitaciones que realice la mencionada entidad, disminuya.

Por otro lado, permite a las entidades estatales constatar el comportamiento contractual de los potenciales proveedores; sin embargo, como vimos en los apartados anteriores, la consideración de este criterio por ningún motivo puede ser causa de exclusión de un oferente pero, si puede tener consecuencias negativas en la evaluación como consecuencia de un menor puntaje en los criterios de evaluación establecidos previamente en las bases de licitación.

Por lo tanto, y de acuerdo al artículo 18 de la Ley de Compras, “Los organismos públicos regidos por esta ley deberán (--) desarrollar todos sus procesos de adquisición y contratación de bienes, servicios y obras a la que alude la presente ley, utilizando solamente los sistemas electrónicos o digitales que establezca al efecto la Dirección de Compras y Contratación Pública”. Esto implica que se requiere publicidad de todos los actos del proceso de contratación e inclusive los de ejecución del acto final de dicho proceso; el contrato administrativo y el cumplimiento de sus prestaciones.

Al respecto, CLAUDIO MORAGA, se ha pronunciado mencionando lo siguiente; Las obligaciones que pesan en los organismos administrativos de licitar y contratar a través de un medio electrónico y de publicar en el o los sistemas de información que establezca la Dirección de Compras y Contratación Pública la información básica relativa a sus contrataciones, atacan

medularmente uno de los aspectos menos desarrollados en la institucionalidad de la contratación administrativa, a saber, la divulgación de información al final de los procesos de licitación.

El cumplimiento de las obligaciones contractuales de los organismos públicos, especialmente el problema del retardo en los pagos se ha vuelto un problema para la DCCP. Dicha preocupación comenzó el año 2006 con la dictación por parte de DCCP de la Directiva para implementar la Circular N° 23, del Ministerio de Hacienda, relativa al plazo de pago a proveedores. La Directiva recomienda que el plazo de pago a los proveedores sea en el menor tiempo posible y no mayor a 30 días corridos; y contados desde la fecha de recepción de las facturas correspondientes, tal plazo es de 45 días corridos en caso de servicios de salud.

Este requisito deberá ser establecido obligatoriamente en las bases de licitación o términos de referencia, tal como lo indica el artículo 22 del Reglamento de la Ley de compras que exige como contenido mínimo de las bases la condición, plazo y modo en que se compromete el pago del contrato de suministro y prestación de servicios.

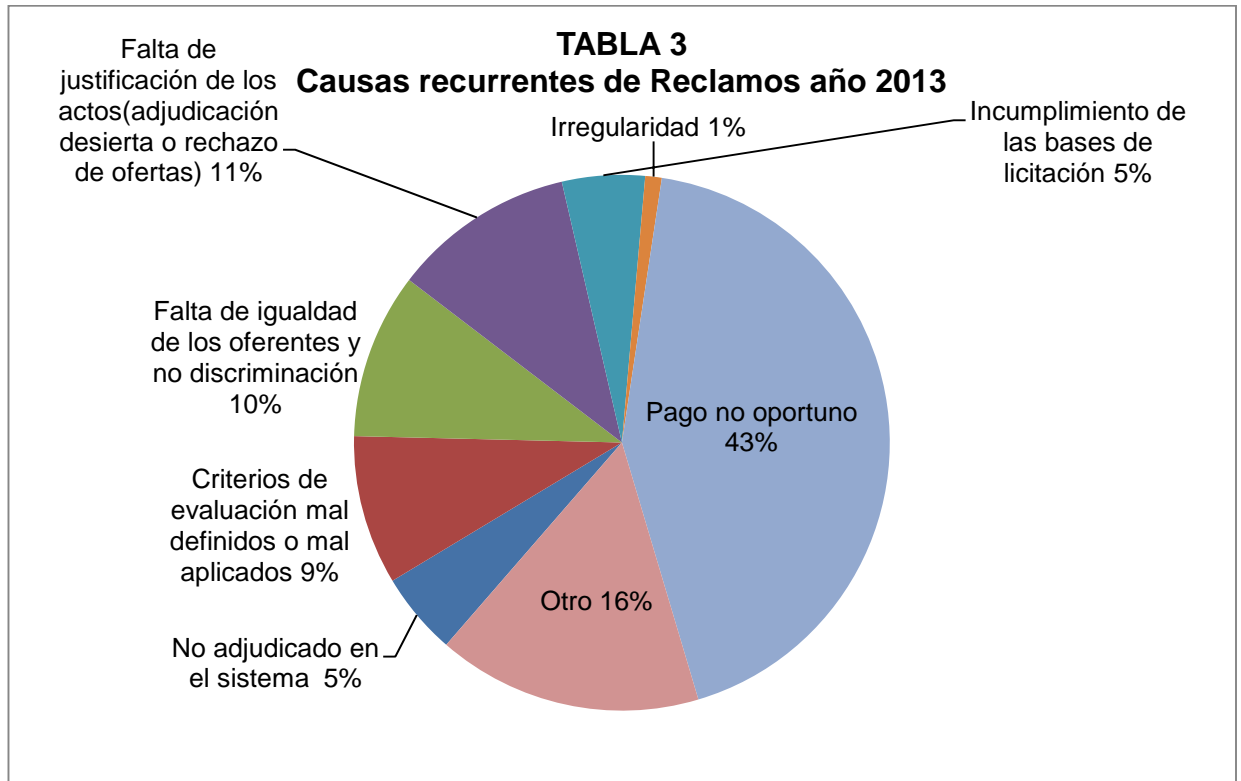
Para determinar el cumplimiento de dicha directiva, la DCCP en cooperación con el Ministerio de Hacienda creó un formulario en línea de ingreso de reclamos, tanto de potenciales irregularidades en un proceso de licitación y los no pagos de las entidades públicas. Asimismo, creó una plataforma electrónica

denominada www.analiza.cl, la cual tiene por objeto demostrar el ranking de reclamos por tipo de organismo. En Mayo del año 2013, para poder supervisar y promover buenas prácticas en los procesos de contratación estatales, la DCCP lanzó el Observatorio de Compras Públicas, plataforma electrónica que incluye un sistema de alerta, monitoreo, gestión activa y asesoría especializada a las instituciones compradoras, como herramientas de detección de brechas y puntos de mejoras en las compras públicas.⁹²

Sin perjuicio de lo anterior, el no pago o el retardo del mismo a los proveedores es un tema que a pesar de los años no logra disminuir. En relación a las causas recurrentes de reclamos, el 43% de ellos corresponde al reclamo de no pago oportuno por parte de las entidades públicas, hecho que es preocupante tomando en consideración las implicancias a largo plazo que tendrá esa práctica en el fomento de la participación a licitaciones por parte de potenciales proveedores. Tal tema es aún más inquietante cuando la DCCP no cuenta con facultades fiscalizadoras que controlen el comportamiento individual y autónomo de cada organismo público o proveedor⁹³.

⁹² DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN Y COMPRAS PÚBLICAS. 2013. Diálogo con la ciudadanía Cuenta Pública 2013 [en línea] Santiago, <http://www.chilecompra.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=1579&Itemid=1090>[consulta: 4 de marzo de 2015]

⁹³DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN Y COMPRAS PÚBLICAS. 2013.Op cit.



Fuente: Gobierno de Chile, Ministerio de Hacienda, Dirección de Chilecompras, “¿Cómo mejorar los procesos de compras públicas?”

Debido a lo anterior, es imperioso que se genere un sistema de control más efectivo y ordenado de los pagos. En el capítulo siguiente, se propondrá un estilo de propuesta de solución al sistema de pagos de la contratación pública chileno en atención a la experiencia del derecho comparado.

CAPÍTULO IV:

PROPUESTA DE SOLUCIONES

4.1 Antecedentes Generales

En el capítulo anterior, hicimos un recuento de los principales dilemas existentes en los procesos de contratación regidos por la Ley de Compras y su Reglamento. Es por ello, que no podemos estar ajenos a dichas preocupaciones y debemos estudiar posibles soluciones que, si bien, no mejorarán de forma inmediata el sistema de adquisiciones chilenos, pueden ser un buen punto de partida para realizar cambios menores, pero sustanciales que aseguren de una forma más cabal y armónica los principio rectores de la Ley de Compras; y en especial, resguarden en cada etapa de los mecanismos de contratación la competencia entre los oferentes. Como soluciones a los tres problemas aludidos en el capítulo anterior daremos tres posibles soluciones respectivas basadas en el Derecho Comparado, especialmente Estados Unidos y el Reino Unido, entre ellas; 1) Profesionalización de los Funcionarios Públicos en Adquisiciones; 2) Dos pasos esenciales para fomentar un Sistema de Contratación Pública Estratégica; y 3) Criterios para mejorar el Sistema de Pagos en las Contrataciones Públicas Chilenas

4.2 Profesionalización de los Funcionarios Públicos en Adquisiciones

Una buena forma de poder solucionar los problemas existentes en la aplicación práctica de las disposiciones contenidas en la Ley de Compras y su Reglamento reside principalmente en la forma en que se conciben y se capacitan los funcionarios públicos encargados de las adquisiciones estatales. Muchas veces, estos funcionarios, carecen de las habilidades necesarias para poder realizar una compra de forma eficiente puesto que, el personal administrativo de las entidades públicas, en la mayoría de los casos, no ostenta el cargo exclusivo de “comprador público” ni tiene la formación profesional necesaria para encauzar correctamente un proceso de adquisiciones estatales, ya que, como dijimos anteriormente, una licitación puede tener efectos drásticos en la economía y en la competencia en el corto y largo plazo, por lo que cada vez es más necesario que las entidades públicas puedan crear un sistema de capacitación y entrenamiento de funcionarios estatales, coherente, ordenado y jerarquizado en conformidad al nivel de complejidad de la licitación; y ;fomentar un programa intensivo de educación y acreditación de las capacidades necesarias que deberá ostentar el personal administrativo en cada entidad pública.

En Chile, el principal impulsor de la profesionalización de los compradores públicos ha sido la DCCP al implementar una serie de cursos-presenciales y a distancia- con el objeto de preparar a los funcionarios públicos para enfrentar la

prueba de Acreditación de Competencias en Compras Públicas. Esta prueba se realiza cada año con el fin de verificar las competencias y conocimientos de quienes intervienen en los procesos de adquisiciones estatales. Dicha prueba es escrita la cual, contiene 60 preguntas agrupadas en dos secciones; selección múltiple y casos de decisión en temáticas relacionadas con las compras públicas, gestión de abastecimiento, sistema electrónico de compras y normativa relacionadas⁹⁴. Hasta ahora 31.336 funcionarios se han acreditado en gestión de abastecimientos en los últimos diez años desde la creación del Sistema de Chile Compras. Los usuarios del Sistema de Información acreditados, se distribuyen entre los siguientes perfiles: 6.670(48%) supervisores; 5.460(39%) compradores; 826(6%) auditores y 1.044 (7%) abogados.⁹⁵

Esta Acreditación, de acuerdo al artículo 5 bis del Reglamento de la Ley de Compras, es obligatoria “Los usuarios de las entidades licitantes deberán contar con las competencias técnicas suficientes para operar el Sistema de Información(...) Tales competencias técnicas estarán referidas a los distintos perfiles de usuarios y comprenderán materias relacionadas con gestión de

⁹⁴ DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN Y COMPRAS PÚBLICAS. 2014. Proceso de Acreditación en Gestión de Abastecimiento 2014.[en línea] Santiago, <http://www.chilecompra.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=1748:se-inicia-proceso-de-acreditacion-en-gestion-de-abastecimiento-2014&catid=381:noticias-2014&Itemid=1095> [Consulta: 4 de marzo de 2015]

⁹⁵ DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN Y COMPRAS PÚBLICAS.2013. ChileCompra 10 años modernizando al Estado. [en línea] Santiago, <http://www.chilecompra.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=1579&Itemid=1090>[consulta: 5 de marzo de 2015]

abastecimiento, uso del portal, aplicación de la normativa y conceptos de ética y probidad en los Procesos de Compra, entre otros.”

Sin perjuicio de lo anterior, no sólo los compradores públicos pueden participar en este proceso de acreditación, sino que también particulares que deseen acreditar sus competencias en compras públicas. Para realizar esto deben llenar una solicitud inscripción que proveerá la DCCP.

Las Entidades deberán efectuar sus procesos de compras, a través la autoridad competente, o las personas en las cuales se haya delegado el ejercicio de facultades suficientes.⁹⁶

Para el uso del Sistema de Información cada entidad deberá informar el nombre de un representante haciéndole llegar a la DCCP una copia de los antecedentes legales correspondientes. Una vez confirmado el poder del representante; la DCCP le otorgará una clave maestra para operar en el Sistema de Información. Clave, que le permitirá participar en los procesos de compra y permitirá a otros funcionarios públicos de la entidad pública determinada participar en procesos de compra, mediante la entrega de claves secundarias por parte del representante.

El sistema de capacitación y acreditación de competencias en gestión de abastecimiento de la DCCP, si bien, intenta otorgar una cierta seguridad sobre las habilidades básicas que deben ostentar los funcionarios públicos usuarios

⁹⁶ Art. 5 del Reglamento de la Ley de Compras.

del Sistema de Información al momento de enfrentarse al diseño de un proceso de contratación; a nuestro juicio es insuficiente y poco organizado.

Veamos cómo se regula el entrenamiento, capacitación y acreditación de competencias de los compradores públicos en Estados Unidos.

En cuanto al sistema de adquisiciones estatales Federales, existen dos organismos que intervienen en el proceso de profesionalización de los funcionarios públicos: La Oficina de Política sobre Contrataciones Federales; *Office of Federal Procurement Policy- OFPP*,⁹⁷ y el Instituto de Adquisiciones Federales; *Federal Acquisition Institute- FAI*.⁹⁸ .

La OFPP, es parte de la Oficina de Administración y Presupuesto; *Office of Management and Budget*, su objetivo es promover la economía, eficiencia y efectividad en los procesos de adquisiciones a lo largo de todos los gobiernos federales. Su jefe de servicio es el Administrador, quien debe proveer directrices de políticas en las contrataciones públicas y ejercer liderazgo en el desarrollo de los sistemas de adquisiciones en las entidades públicas federales, las que se denomina “*executive agency*”. Su objetivo específico en relación a la profesionalización de funcionarios públicos es aprobar y dirigir las actividades

⁹⁷ESTADOS UNIDOS. [s.a.].Office Of Federal Procuremet Policy [en línea]< https://www.whitehouse.gov/omb/procurement_default/> [consulta: 10 de enero de 2015]

⁹⁸ESTADOS UNIDOS. [s.a.]. Federal Acquisition Institute. [en línea]< <http://www.fai.gov/drupal/>> [consulta: 10 de enero de 2015]

de la FAI, incluso recomendar al Administrador General de Servicios un presupuesto suficiente para dichas actividades⁹⁹.

Existe un fondo específico de entrenamiento de la fuerza de trabajo en las adquisiciones públicas, el que es administrado por el Administrador General de Servicios a través del Instituto de Adquisiciones Federales¹⁰⁰.

La misión principal del Instituto de Adquisiciones Federales está focalizada en impulsar y promover el desarrollo de la profesionalización en la fuerza de trabajo dedicada a las adquisiciones públicas, a nivel gubernamental. Para ello, podrá asistir y orientar a las entidades públicas en la identificación y reclutamiento de candidatos altamente calificados para participar en los diversos campos existentes en las contrataciones federales. También, podrá evaluar la efectividad de las capacitaciones y el desarrollo de programas para fomentar una “carrera” funcionaria en el personal de adquisiciones. Por otro lado, el Instituto marca su presencia no sólo en las entidades estatales sino que también en el mundo civil al promover el establecimiento y la utilización de programas académicos en colegios y universidades relativos a los diversos ámbitos existentes en las compras públicas.

⁹⁹ ESTADOS UNIDOS. The United States Code. 2011. Title 41: Public Contracts, 4 de enero de 2011(§1101)

¹⁰⁰ ESTADOS UNIDOS. Senate and House Of Representatives. 2003. Services Acquisition Reform Act. 3 de septiembre de 2003. (§ 102)

La OFFP y la FAI trabajan conjuntamente para establecer programas de certificación. Cada programa incluye educación, capacitación y requerimientos de experiencia para cada cargo, los cuales constan de diversos niveles de entrenamiento en atención a la posición del funcionario dentro del proceso de contrataciones y la complejidad del tipo de compra. Estos cursos de capacitación pueden ser impartidos tanto por la FAI, la Universidad de Defensa de las Adquisiciones; *Defense Acquisition University- DAU*; ¹⁰¹ y otras entidades gubernamentales a través del Administrador de Carreras en Adquisiciones; *Acquisition Career Manager- ACM*; cuya función es inspeccionar y administrar las capacitaciones y la certificación de los funcionarios públicos compradores dentro de la entidad pública específica. Otras universidades pueden impartir cursos de capacitación no sólo para empleados fiscales sino que también para la ciudadanía, sin perjuicio de ello, los cursos deben haber sido previamente verificados por la FAI y compatibilizados por la DAU.

A pesar de que existen innumerables funcionarios estatales que se encargan de participar en todos los niveles del proceso de gestión de abastecimiento público, debemos mencionar aquellos cargos profesionales de mayor relevancia.

¹⁰¹DEFENSE ACQUISITION UNIVERSITY. [s.a.] DAU Careers.[en línea] <<http://www.dau.mil/default.aspx>>[Consulta: 11 de enero de 2015]

- Oficial Jefe de Adquisiciones; *Chief Acquisition Officer- CAO*¹⁰²: El Oficial Jefe de Adquisiciones es designado por el Jefe de Servicio de cada entidad gubernamental, y su deber primordial es la Gestión de las adquisiciones. Debe inspeccionar el desarrollo de las actividades realizadas en los procesos de adquisiciones y el cumplimiento de las finalidades establecidas en los programas de adquisiciones de la entidad pública respectiva. Asimismo, fomentará el uso general de los procedimientos de contratación abiertos¹⁰³, estableciendo políticas, y prácticas que aseguren que la entidad pública reciba el número suficiente de ofertas o propuestas competitivas.

- Ejecutivo Senior de Adquisiciones; *Senior Procurement Executive-SPE*: El jefe de servicio de la entidad correspondiente designará al SPE. Este funcionario es responsable de la dirección de la administración del sistema de contrataciones de la entidad pública, incluyendo la implementación de las políticas, regulación y estándares propios de la entidad. En aquellos organismos federales en la cual no exista un SPE, reemplazará el cargo el CAO; si ambos coexisten el jefe de servicio deberá asegurarse que el SPE reporte directamente al CAO.

¹⁰² ESTADOS UNIDOS. 2011. Op cit. (§1702)

¹⁰³ En la legislación chilena el símil sería la Licitación Pública.

- Defensores de la Competencia; *Advocates for Competetion*¹⁰⁴: Cada Jefe de Servicio deberá designar para cada proceso de adquisiciones en particular, un oficial o empleado público para desempeñarse como defensor de la competencia. El Jefe de Servicio deberá proveer al defensor de la competencia con el staff o la asistencia necesaria para llevar a cabo sus deberes y responsabilidades, tales como especialistas en ingeniería, operaciones técnicas, administración de contratos, gestión financiera, administración de suministros, y la utilización de políticas dedicadas al beneficio de pequeñas empresas. Como deberes esenciales se encuentran los siguientes; promover los procesos de contratación abierta, enfrentar las barreras existentes en dichos procesos, las innecesarias declaraciones de necesidad; de especificaciones detalladas y de cláusulas contractuales gravosas.

- Oficial de Contrataciones; *Contracting Officer*: Es aquella autoridad que suscribe, administra, y/o termina contratos. Son responsables de asegurar el cumplimiento de todas las acciones necesarias para una contratación efectiva; asegurar el cumplimiento de los términos del contrato, salvaguardando los intereses de Estados Unidos, en sus relaciones contractuales.

¹⁰⁴ ESTADOS UNIDOS. 2011.Op Cit. (§1705)

- Delegado del Oficial de Contrataciones; *Contracting Officer's Representative*: Funcionario designado por el Oficial de Contrataciones, el cual debe ser calificado en conformidad a su capacitación y experiencia proporcionalmente a las responsabilidades que se delega, por tanto, debe contar con la certificación adecuada y mantener dicha acreditación mientras desempeña su cargo. Tiene la función de asistir técnicamente al Oficial de contrataciones en la administración del contrato.

En definitiva, el sistema de capacitación de funcionarios realizado por la DCCP debe fortalecerse y propender a la coherencia en las capacitaciones en los procesos de compras, tanto de los cargos públicos que participan en el proceso de abastecimiento estatal como en las competencias necesarias para dichos cargos. De igual manera, los organismos públicos deberían establecer como cargo un Administrador de las carreras funcionarias, el cual debería velar por el cumplimiento del proceso de acreditación por parte de todos los funcionarios públicos involucrados en compras públicas, implementando un sistema complejo de entrenamiento basado en niveles de competencia, en conformidad a las aptitudes necesarias para enfrentar cada proceso de licitación que se desarrolle. En cuanto a los organismos destinados a impartir estos cursos; debería fomentarse la inclusión de ellos en las mallas curriculares de las Universidades, las cuales deberían ser autorizadas por la DCCP con el

fin de concientizar a la sociedad y especialmente a los organismos públicos sobre la profesionalización de la carrera funcionaria “Comprador Público”.

Igualmente, el cargo de Defensor de la Competencia en los procesos de adquisiciones es una novedad que bien podría beneficiar al sistema de contrataciones en Chile. Como vimos en el capítulo anterior, la mayoría de los errores de aplicación de los principios rectores de la Ley de Compras y su Reglamento, tenían como efectos restringir la competencia mediante barreras de entrada, ya sea exigiendo requisitos de experiencia para participar, o cierta inscripción en los Registro de Contratistas; e incluso la exclusión de oferentes por su comportamiento contractual anterior.

Para Chile, sería correcto implementar un Comité de Defensa de la Competencia en Adquisiciones, la cual tendría entre sus funciones la revisión y evaluación de las bases de licitación; analizando la necesidad de exigir condiciones específicas para participar en el proceso de contratación o cualquier tipo de restricción a la competencia; debería en igual forma, revisar la procedencia de la aplicación del trato directo con el objeto de desincentivar el uso indiscriminado de ese mecanismo de contratación fomentando en todo momento la aplicación de la Licitación Pública.

Los funcionarios que formen parte de este Comité de Defensa de la Competencia en Adquisiciones deberían ser profesionales con experiencia en campos relacionados con derecho, especialmente con conocimientos en Libre

Competencia, Ingeniería, finanzas, Administración de Recursos y Abastecimiento, entre otros relacionados.

En cuanto a la necesidad de progresos; la cuenta pública del año 2013 de la DCCP, tomó en consideración la urgencia de perfeccionar el sistema de acreditación; por lo que actualmente se intenta diseñar un proceso de acreditación diferenciado por tipo de responsabilidad administrativa, acorde al rol y competencias requeridos para el proceso de compras públicas¹⁰⁵. Sin embargo, creemos firmemente que dicho sistema debe rediseñarse incluyendo un Comité de Defensa de la Competencia en Adquisiciones, y el cargo de Administrador de Carreras funcionarias en cada organismo público. De igual modo, sería deseable impulsar la impartición de cursos de capacitación en Universidades los cuales, deberían ser acreditados por la DCCP para promover a nivel público y privado la carrera “Comprador Público”

¹⁰⁵ DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN Y COMPRAS PÚBLICAS.2013. ChileCompra 10 años modernizando al Estado.[en línea] Santiago, <http://www.chilecompra.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=1579&Itemid=1090>[consulta: 5 de marzo de 2015]

4.3 Dos pasos esenciales para fomentar un Sistema de Contratación Pública Estratégica

4.3.1 Mejora de oportunidades de participación en contrataciones públicas para Pequeñas y Medianas Empresas (PYMES)

La participación de las PYMES y especialmente de las MIPE (Micro y Pequeñas Empresas) se ha vuelto una necesidad en los procesos de contrataciones estatales debido a los beneficios que esto generará en la competencia y en el mercado en general. La DCCP, en la conmemoración de los diez años de la publicación de la Ley de Compras, ha mencionado lo siguiente;

La MIPE ha aumentado sus ventas en el Mercado Público en el 2013, lo que se ha elevado por sobre el 44%, lo que corresponde a 1.927 millones de dólares (...) Esto es muy positivo, porque supera en cinco veces lo que ocurre en la economía nacional, donde este segmento alcanza menos del 10% de participación de los montos.¹⁰⁶

¹⁰⁶ DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN Y COMPRAS PÚBLICAS. 2013. Informe Proveedores Micro y Pequeños en ChileCompras [en línea] Santiago, < <http://www.chilecompra.cl/phocadownload/Noticias/informe%20mipe%20web.pdf>>[consulta: 4 de marzo de 2015]

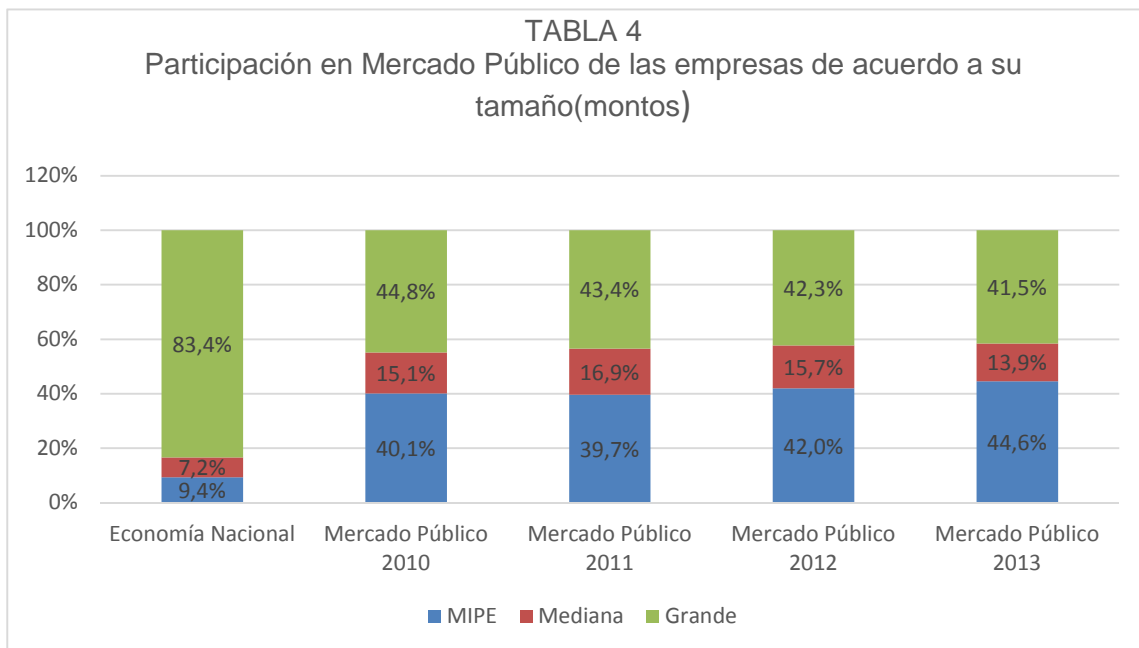
El año 2013, la DCCP crea el Consejo PROPYME¹⁰⁷ con el objeto de potenciar la participación de las PYMES en el Mercado Público. Es una instancia de carácter consultiva y coordinada por la DCCP, cuyo fin será;

Generar una propuesta de acciones para promover la participación de las MIPES en el sistema de compras públicas, de manera que este segmento de empresas genere negocios rentables, con productos y servicios de calidad, y se consoliden como proveedores del Estado.¹⁰⁸

¹⁰⁷ El Consejo sesionará 5 veces al año, en forma bimensual, siendo constituido por los siguientes actores de los mundos públicos y privados:

- Confederación Nacional de la Micro pequeña y Mediana Empresa de Chile (Conapyme).
- Cámara de Comercio de Santiago (CCS).
- Confederación Gremial Nacional Unida de la Mediana, Pequeña, Microindustria, Servicios y Artesanado de Chile (Conupia).
- Confederación del Comercio Detallista y Turismo de Chile (Confedech).
- Corporación de Fomento de la Producción (Corfo).
- Servicio de Cooperación Técnica (Sercotec).
- Ministerio de Economía.
- Cámara Nacional de Comercio (CNC).
- Asociación Chilena de empresa de Tecnologías de la información A.G (ACTI).
- Asociación de empresas de alimentos de Chile (ChileAlimentos).
- Asociación Metropolitana de organismos técnicos de capacitación (AGMO)
- Cámara Chilena de la Construcción.
- Dirección ChileCompra (Ministerio de Hacienda).
- Asociaciones Gremiales Regionales.

¹⁰⁸ CHILE. Dirección de Compras y Contratación Pública Resolución Exenta N° 0200B: Crea Consejo ProPyme para potenciar la participación de las Pymes en el Mercado Público, 17 de abril de 2013.



Fuente: Dirección de Compras y Contrataciones del Estado.

En cuanto a la legislación Federal Norteamericana, el Título 13 del Código de Regulaciones Federales; *Code of Federal Regulation- CFR*; y el Acta de las Pequeñas Empresa; *Small Business Act*, regulan los intereses de las Pequeñas Empresas¹⁰⁹, estableciendo beneficios en relación a las

¹⁰⁹ La Administración de las Pequeñas Empresas (*Small Business Administration- SBA*) establece los criterios estándar para determinar qué empresa es considerada pequeña, con el objeto de ser beneficiario de los programas gubernamentales para pequeñas empresas. Los tamaños estándar han sido establecidos por tipos de actividad económica o industria, generalmente bajo el criterio del Sistema de Clasificación de la Industria Norte Americana (NAICS)- *CODE OF FEDERAL REGULATIONS*, Title 13, §121.101. En Chile, los estándares para diferenciar entre microempresa, pequeña y mediana empresa son los siguientes en conformidad a la Ley N°20.416 que establece el “Normas Especiales para las Empresas de Menor Tamaño”.

Microempresas: Empresas cuyos ingresos anuales por ventas y servicios y otras actividades del giro, no hayan superado las 2.400 UF en el último año calendario.

Pequeñas empresas: Empresas cuyos ingresos anuales por ventas y servicios y otras actividades del giro, sean superiores a 2.400 UF, pero inferiores a 25.000 UF en el último año calendario.

adquisiciones estatales, lo que se denomina “*Small Business Concern*”¹¹⁰. El encargado de velar por el cumplimiento de dichos programas de contratación en beneficio de las Pequeñas empresas es la Administración de las Pequeñas Empresas; *Small Business Administration- SBA*, organismo que está bajo la dirección general y la supervisión del Jefe de Estado. Su jefe de servicio es el Administrador, el cual será nombrado por el Jefe de Estado con el acuerdo del Senado. Deberá ser un civil, con sobresalientes calificaciones, reconocido por su empatía con los problemas y necesidades de las pequeñas empresas.

La finalidad de la SBA, entre muchas, es asegurar a las Pequeñas Empresas tengan una participación justa en la totalidad de las adquisiciones; contratos de bienes, servicios y obras del gobierno. La SBA tiene un Centro de Representantes en los procesos de adquisiciones; *Procurement Center Representative –PCR*; los que están presentes en cada organismo público, de manera que, puedan impulsar la mayor cantidad de programas y políticas en beneficio de las Pequeñas Empresas. Entre otras funciones, puede reservar ciertos procesos de contratación para la competencia entre las Pequeñas Empresas, coordinar las actividades de contratación y revisar procesos de

Medianas empresas: Empresas cuyos ingresos anuales por ventas y servicios y otras actividades del giro, sean superiores a 25.000 UF, pero inferiores a 100.000 UF en el último año calendario.

¹¹⁰ *Small Business Concern*, se refiere a aquella empresa interesada que “no es dominante en el campo de operaciones”. Dicha dominación debe darse en relación a variados factores, entre ellos, volumen del negocio, número de empleados, recursos financieros, estatus competitivo o posición en el mercado, control de materiales, procesos, patentes, licencias, instalaciones, ventas de terreno y la naturaleza de su actividad comercial. (*Code of Federal Regulation*, Title 48- *Federal Acquisition Regulation Policy §1401*)

adquisiciones anteriores, pudiendo impugnar algunas decisiones tomadas por el Oficial de Contrataciones del respectivo organismo federal.¹¹¹

Si bien, el sistema de protección a las PYMES en relación a los procesos de contrataciones públicas no es tan agresivo como el sistema Norteamericano, de todas maneras, el Consejo PROPYME debería tener mayor injerencia en la creación de políticas de contratación en beneficio de las PYMES, permitiendo una inspección a nivel general de todos los procedimientos de contrataciones de los diversos organismos estatales; sugiriendo cambios en los criterios de aplicación de garantías de seriedad, los que en variadas ocasiones tienden a ser muy elevadas lo que coarta la participación de las MIPES y PYMES en los procesos de adquisición.

4.3.2 Ampliar las posibilidades de implementar una contratación pública sustentable y social.

En derecho comparado, el uso del concepto “*Green procurement*”, se ha generalizado en la mayoría de los países de la Unión Europea, Canadá, Estados Unidos, Japón, entre otros. De acuerdo al Plan de Acción Nacional para una Contratación Pública Sostenible para Reino Unido;

¹¹¹ ESTADOS UNIDOS. [s.a.]. Procurement Center Representatives. [en línea] < <https://www.sba.gov/content/procurement-center-representatives> > [consulta: 10 de enero de 2015]

La Contratación Pública sostenible es un proceso en el cual las organizaciones públicas concilian sus necesidades de bienes, servicios, obras y utilidades de una manera que consiga la mejor calidad precio sobre una base sostenible que logre generar beneficios, no sólo para la organización misma, sino que también para la sociedad y la economía, minimizando los daños al medio ambiente.¹¹²

Por lo tanto, una contratación sustentable no sólo tiene por objeto evitar daños al medio ambiente, sino que también persigue objetivos económicos al evitar gastos innecesarios en las contrataciones mediante la búsqueda de la mejor calidad precio de los bienes y servicios requeridos; y también sociales, como por ejemplo; la reducción de la pobreza, igualdad de género, mejoras en las condiciones laborales, entre otras.

Los beneficios de utilizar la contratación pública como una herramienta para alcanzar objetivos económicos, sociales y medioambientales son palpables; por un lado otorga un incentivo a los potenciales proveedores del Estado para mejorar su comportamiento competitivo al realizar una mayor inversión para alcanzar economías de escala y aumentar la productividad, respetando en lo posible el medio ambiente. Asimismo, los beneficios sociales colaterales tendrían un impacto en el aumento del empleo y reducción de la pobreza. Por

¹¹² DEPARTMENT FOR ENVIRONMENT, FOOD AND RURAL AFFAIRS. 2006. Procuring the future [en línea] UK.
<https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/69417/pb11710-procuring-the-future-060607.pdf>[Consulta: 20 de febrero de 2015]

otro lado, permitiría aumentar la concienciación a nivel estatal de la importancia de la adquisición de productos sustentables.

Sin embargo, la implementación de un sistema de contratación pública sustentable es complejo y no está exento de problemas.

Un primer problema son los costos de implementación que, en la mayoría de los casos son bastante altos. Los productos sustentables son mucho más costosos que los normales¹¹³, por lo que si se desea incluir esto como un criterio para adjudicar un contrato muchas veces se pagará un precio mayor al contemplado en los planes anuales de compra; y las posibilidades de obtener ahorros fiscales a largo plazo se verán cada vez más reducidas.

Como solución a los altos costos de implementación, para disminuir los costos iniciales, aquellas entidades públicas que se adhieran al criterio de contratación pública sustentable deberán aplicar tal criterio en bienes y servicios que tengan periodos de amortización breves o tengan una alta tasa de recuperabilidad de las ganancias¹¹⁴. De igual manera, se espera que las entidades públicas cuenten con un filtro de necesidades y prioricen qué bienes o servicios sería deseable que contaran con certificación medioambiental.

¹¹³ UNITED NATIONS ESCAP. [s.a.]. Green Public Procurement.[en línea] <[http://www.unescap.org/sites/default/files/33.%20FS-Green-Public Procurement.pdf](http://www.unescap.org/sites/default/files/33.%20FS-Green-Public%20Procurement.pdf)> [consulta: 20 de febrero de 2015],p.27

¹¹⁴ *Ibíd.* p.2

Un segundo problema, es la falta de conocimiento entre los funcionarios públicos sobre qué productos o servicios son considerados poco dañinos para el medioambiente. Por lo que, una forma de solución sería la capacitación de dichos funcionarios en relación a qué productos o servicios cuentan con un sello ecológico; esto podría formar parte del proceso de acreditación de competencias en compras públicas.

Un tercer problema tiene relación con el impacto que la contratación pública sustentable tiene en los mercados. No es esperable que estos criterios sustentables puedan ser utilizados en sectores en los que el Estado tiene poco poder de impacto para influir en el mercado, ya que, las entidades estatales no pueden esperar encontrar alternativas de bienes o servicios sustentables a precios competitivos en mercados en los que existen pocos competidores.¹¹⁵ Por lo tanto, los criterios sustentables de contratación deben ser priorizados en atención a los tipos de bienes o servicios que sea estrictamente necesario la utilización de sellos ecológicos.

En cuanto a su aplicación en las adquisiciones públicas de Chile; la DCCP ha creado una plataforma electrónica especial denominada www.comprassustentables.cl; la cual considera que las compras sustentables “son aquellas en las que la decisión de compra está asociada no sólo a factores económicos, sino también sociales y ambientales, los que son

¹¹⁵ Ibid.p.2

aplicados a todo el ciclo de vida del producto o servicio”. Para la DCCP los criterios de evaluación sustentable tienen relación con la eficiencia energética de los productos, impacto medioambiental de la solución, condiciones de empleo; y remuneración de la empresa y contratación de personas con capacidades especiales por parte de las mismas.

Al respecto, la DCCP, con fecha 23 de mayo de 2011, aprobó la directiva de contratación Pública N° 13, denominada “Instrucciones para realizar contrataciones sustentables en el mercado público chileno”. Cabe mencionar que nuestro país se adelantó en incorporar criterios sustentables en las contrataciones públicas en comparación a la mayoría de los países de ALC y, siendo un gran avance en nuestro sistema de adquisiciones. A nuestro juicio, esta directiva es somera, pero precisa.

De acuerdo a la mencionada directiva N° 13, para que un procedimiento de contratación tenga características sustentables; “debe ser diseñado de tal forma que se permita considerar y evaluar, en los casos que corresponda, la sustentabilidad del bien o servicio que se requiera.” Por lo que podemos ver, la DCCP permite en cierto sentido discrecionalidad para que las entidades públicas determinen que bienes o servicios deben contener características sustentables en sus procedimientos de contratación. De igual manera, permite que los criterios de sustentabilidad de un producto o servicio puedan evaluarse

también en sus procesos de producción, distribución, operación y finalmente su deshecho, si esto fuere posible o así correspondiere.

Sin embargo, la discrecionalidad está limitada; ya que los criterios de evaluación de sustentabilidad de un bien o servicio deben estar correctamente determinados en las bases de licitación, tal como lo menciona el artículo 23 del Reglamento de la Ley de Compras¹¹⁶; y corresponder a la naturaleza del bien o servicio requerido, siendo objetivas, no arbitrarias y aplicables a todos los oferentes.

A pesar de este pequeño gran avance, aún las contrataciones públicas sustentables en Chile están en pañales. Así lo ha señalado la misma DCCP;

Sin duda falta mucho por avanzar en materia de compras sustentables, actualmente la regulación no contempla todas las condiciones mínimas, no está clara la responsabilidad del productor, no hay decisión específica respecto de si la cadena será de responsabilidad ampliada o acotada, sólo contamos con buenas intenciones de algunas empresas.

Se requiere además, preparación específica en los compradores públicos para implementar compras sustentables, ya que analizar los productos

¹¹⁶ Art. 23 Reglamento de la Ley de Compras: “Las Bases podrán contener, en lenguaje preciso y directo las siguientes materias: (...)3. Puntajes o ponderaciones que se asignen a los Oferentes, derivados del cumplimiento de normas que privilegien el medioambiente, contratación de discapacitados, y demás materias de alto impacto social. Estos puntajes o ponderaciones no podrá, en caso alguno, ser los únicos que se consideren para determinar la adjudicación de la oferta más conveniente.”

y servicios con una visión de costo total no es una práctica natural, y por tanto los beneficios de realizar compras sustentables son aún menos visibles.

Por otro lado en materia de desarrollo de mercado, Chile no cuenta con una gama amplia de empresas de reciclaje ni tiene un fuerte desarrollo en materia de certificación de procesos productivos.

Sin embargo, actualmente es viable lograr pequeños y rápidos avances, de bajo costo y alta visibilidad, como la instalación de criterios de este tipo en parte de las compras públicas o la generación de listas de productos que deben considerar criterios de impacto social y ambiental en sus procesos de contratación, a ser utilizadas como guía por los compradores públicos, lo que abre las puertas para avanzar rápido, en virtud de la posibilidad de replicar buenas experiencias.

4.4 Criterios para mejorar el Sistema de Pagos en la Contratación Pública Chilena

Como se mencionó en el capítulo anterior, un problema que requiere de una especial atención de las autoridades; es el pago atrasado de los contratos administrativos, objetos del procedimiento de contrataciones estatales.

El no pago oportuno de las contraprestaciones contractuales involucra varios perjuicios a la economía especialmente en uno de sus núcleos más importantes; el crecimiento de las PYMES. Las cuales, no verán retribuidas las inversiones realizadas en los procesos de contratación como consecuencia de los pagos retrasados. Incluso, y en caso extremos, el no pago o retraso de él podría causar la insolvencia de dichas PYMES.

Las causas de los retrasos en los pagos tienen relación con la burocracia existente en la cadena del sistema de contratación estatal, las autorizaciones necesarias para liberar los fondos públicos.

Actualmente, no hay una regulación específica de la etapa final de los procesos de adquisiciones, la finalización del contrato administrativo y el cumplimiento de las contraprestaciones; los tipos de pagos existentes, las posibilidades de realizar pagos adelantados, los intereses que podrían cobrarse en caso de no pago, instancias administrativas para recurrir en caso de no pago o retraso del mismo. Todo esto se regula unilateralmente en las bases de licitación por parte de la autoridad pública, por lo que para el contratante adjudicado, un contrato administrativo de prestación de servicios sería una especie de contrato de adhesión. Esto podría acarrear en un abuso por parte de las entidades públicas.

A fin de cuentas, lo que realmente se requiere es un sistema que permita a los proveedores tener la seguridad de que sus pagos se realizarán

oportunamente; y si no se realizan o se retrasan, que sus reclamaciones serán oídas y resueltas en un tiempo adecuado.

Al respecto, la DCCP tiene a disposición de la ciudadanía en general y especialmente a los proveedores del Estado, la plataforma Observatorio ChileCompra, la cual tiene por objeto promover las buenas prácticas en los procesos de adquisiciones. En dicha plataforma está disponible un formulario de reclamo, en las que los proveedores pueden demostrar sus inquietudes con respecto al comportamiento contractual de la entidad pública correspondiente, la DCCP revisará el reclamo de los formularios en línea y dará las respuestas correspondientes. Si el proveedor no se encuentra satisfecho con la respuesta, la DCCP, iniciará gestiones con el organismo involucrado. También el reclamo se derivará al Jefe de servicio determinado, quien deberá lo más pronto posible, plazo de 48 horas, responder al proveedor y solucionar los problemas administrativos existentes en los procesos de ejecución de los contratos de suministros y prestación de servicios.

Existe una plataforma de Ranking de Reclamos que permite a los proveedores interesados consultar sobre el comportamiento contractual general de las entidades estatales y el número de reclamos asociados, y el número de reclamos respondidos.

También, la DCCP ofrece un sistema de gestión de reclamos o Servicio de Mediación de Reclamos, cuyo objetivo principal es “lograr generar por parte del

comprador público, respuestas adecuadas a las consultas o reclamos que los proveedores realizan y que en algunas oportunidades requieren de análisis más en profundidad o bien de aclaraciones conceptuales sobre el uso del sistema de compras públicas y la normativa vigente.¹¹⁷”

El Ministerio de Hacienda no ha estado ajeno a esta situación; por lo que estableció la plataforma “Chile Paga”, que tiene por objetivo monitorear el comportamiento de pago de los distintos organismos y servicios públicos del gobierno. También, dicho Ministerio, a través de su unidad de gestión fiscalizará el cumplimiento de los pagos por las entidades públicas; y permitirá la consulta de facturas, para que los proveedores puedan darle seguimiento a sus facturas emitidas.

En cuanto al Derecho Comparado, existe una constante preocupación por el retardo de los pagos de los contratos de suministro y prestación de servicios, por lo que El Parlamento y Consejo Europeo han dictado la Directiva 2011/7/EU “Combatiendo el retraso de los pagos en las transacciones comerciales”, con el fin de asegurar el apropiado funcionamiento de los mercados internos, fomentando la competencia de los particulares, y en especial de las PYMES. En su artículo 4° regula las transacciones entre privados y las autoridades

¹¹⁷ DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN Y COMPRAS PÚBLICAS.2013. ChileCompra 10 años modernizando al Estado. [en línea] Santiago http://www.chilecompra.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=1579&Itemid=1090 [consulta: 5 de marzo de 2015]

públicas, en su N°3, dispone que los Estados miembros deberán asegurar que en las transacciones comerciales en las que el deudor es una entidad pública:

El período de pago no exceda ninguno de los siguientes límites:

- 30 días siguientes a la fecha de recepción de la factura o cualquier requerimiento de pago equivalente
- Si la fecha de recepción de la factura u otros requerimientos de pago es incierta, será 30 días siguientes a la fecha de recepción de los bienes y servicios por parte de la entidad pública.
- Si el deudor recibe la factura u otros requerimientos de pago de forma anticipada a la entrega de los bienes y servicios, la fecha de pago será la de 30 días siguientes a la fecha de recepción de los bienes y servicios;
- Si se requiere un procedimiento de verificación o aceptación, establecido previamente en el contrato de bienes y servicios y la entidad pública recibe la factura o el requerimiento de pago equivalente con anterioridad a la fecha en que la verificación o aceptación toma lugar, el pago deberá realizarse 30 días después de la fecha de verificación o aceptación.

Sin perjuicio de lo anterior, existen excepciones a dichas reglas, en caso de los servicios de salud, los que tendrán un plazo máximo de 60 días.

En relación a lo anterior, el Reino Unido con fecha 16 de marzo de 2013, ha incorporado la Directiva 2011/7/EU en su legislación, modificando la antigua regulación sobre el tema denominada “*Late Payment Of Commercial Debts de 1998*” y sus modificaciones del año 2002. Originando “*The Late Payment Of Commercial Debts de 2013*”, las modificaciones principales versan sobre lo siguiente:

- Si la entidad pública no paga al proveedor en la fecha límite, estará obligada a pagar el saldo insoluto. De forma adicional, el interés que generará el saldo insoluto aumentará por cada día de retraso. Esto puede ser reclamado por el proveedor de forma automática y sin necesidad de recordatorio.
- La tasa de interés por el retardo estará establecida en un 8% superior a la tasa de interés referencial del Banco de Inglaterra.
- Las autoridades públicas no estarán autorizadas para fijar una tasa de interés inferior.

El sistema de pagos de la contratación pública chilenos requiere fomentar las buenas prácticas en el pago oportuno de las obligaciones contractuales con los particulares; para ello sería necesario que la DCCP tuviera mayores competencias para fiscalizar el comportamiento contractual de las entidades públicas, las cuales deberían confeccionar anualmente un informe sobre el estado de pago de todos los contratos de suministros y prestaciones de

servicios realizados en el año, publicando dicho reporte en el Sistema de Información.

Sería deseable que pudiese regularse la aplicación de intereses por el incumplimiento de los deberes contractuales por parte de los organismos públicos¹¹⁸, y disminuir la discrecionalidad y el abuso que ejercen los funcionarios estatales para establecer la fecha de pago injustas, puesto que la obligación de pagar los bienes o servicios obtenidos por parte de la entidad pública será realizable en el plazo que indique la entidad pública correspondiente en las bases de licitación, siendo aplicable la ley en caso de que nada se diga, lo que exige con urgencia una modificación del artículo 65 del Reglamento de la Ley de Compras.

¹¹⁸ En cuando el incumplimiento de las prestaciones contractuales por parte del proveedor se ha establecido en la Ley de Compras y en el Reglamento una Garantía por incumplimiento del contrato, pudiendo establecer multas. El rango de estas cauciones varían entre un 5% y un 30% del valor total del contrato.

CONCLUSIONES

Al comenzar esta investigación, mencionamos que una de las preocupaciones más relevantes del sistema de contratación pública chileno a 11 años desde la entrada en vigencia de la Ley N°19.886 y su Reglamento, era precisamente la existencia de un resguardo de la competencia en los procesos de contrataciones y establecer la suficiencia de tal resguardo.

En cuanto a la existencia de un resguardo a la competencia en el sistema de contrataciones público chileno, podemos decir lo siguiente.

En esta investigación pudimos determinar que el sistema de contrataciones público chileno y los mecanismos de adquisiciones establecidos en la Ley de Compra y su Reglamento, son estructuralmente coherentes y otorgan directrices adecuadas a las entidades públicas sobre qué mecanismos deben aplicarse en un caso particular y las etapas que conforman una Licitación Pública.

Asimismo, incluyen en su regulación las directrices que hemos recomendado en esta obra para resguardar legalmente un entorno competitivo; la Licitación o Propuesta Pública es la regla general en el sistema de contrataciones chileno. De igual forma, la aplicación de la Ley de compras a la mayoría de las entidades estatales, como forma de disminuir la discrecionalidad de los funcionarios públicos, es una realidad; siendo las Empresas públicas creadas

por ley la única excepción. Debido a que, a pesar de que las contrataciones realizadas por el Ministerio de Obras Públicas para la ejecución y concesiones de obras, sea una excepción aparente, pesa la obligación de informar sus adquisiciones en el Sistema de Información. No obstante, creemos que sería imperioso modificar la Ley de compras con el propósito de incluir las adquisiciones del MOP.

El uso de las TIC también es fomentado por el sistema de contrataciones chileno, puesto que se exige obligatoriamente a las entidades públicas registrar electrónicamente en el Sistema de Información todos sus procesos de adquisiciones y contratación de bienes y servicios.

En cuanto a la suficiencia del resguardo a la competencia en el sistema de contrataciones público chileno, podemos decir lo siguiente.

Pudimos establecer tres problemas existentes en el sistema de adquisiciones chileno; en primer lugar, son evidentes los problemas prácticos que acarrea la aplicación de la Ley de Compras y su Reglamento. Los funcionarios públicos que diseñan los procesos de licitación no tienen una base adecuada de conocimientos para diseñar un proceso de contratación que resguarde la competencia, muchas veces establecen en sus bases de licitación barreras de entrada a la participación de los oferentes, lo que finalmente afectará la dinámica competitiva de ellos. Por tanto, existe una falta de consolidación de un sistema de profesionalización de los empleados públicos compradores, que

sean capaces de identificar los efectos de corto y/o largo plazo en la competencia y sepan determinar qué decisiones son las adecuadas para enfrentar dichos efectos.

Por otro lado, un segundo problema identificado tiene relación con la consolidación de un sistema de compras público estratégico. El sistema chileno de adquisiciones ha incorporado tímidamente diversos criterios estratégicos en su normativa, especialmente en el resguardo de los derechos sociales y laborales de los oferentes. La DCCP ha sido un gran impulsor de políticas que fomentan la participación de las PYMES; recomendando criterios que intentan regular un sistema de compras públicas sustentable. Sin embargo, a nuestro juicio, falta un sistema unificado y sólido que exija consideraciones de políticas estratégicas en todos los procesos de adquisiciones. Esto también tiene relación con la necesidad de profesionalización de los empleados públicos compradores, quienes deben utilizar sus conocimientos de diseño de licitaciones en búsqueda de políticas económicas, sociales y medioambientales. De igual manera, se requiere de la presencia activa en todas las etapas de los procesos de adquisiciones de representantes de las PYMES, especialmente el consejo PROPYME; mayores potestades de la DCCP para fomentar el uso de criterios sustentables en las licitaciones; y finalmente, la presencia de un comité de defensa de la competencia el cual tendrá como rol principal impulsar la creación de políticas competitivas y revisar todos los procesos de contrataciones para evitar cualquier restricción a la competencia.

Como tercer y último problema que ha despertado nuestra preocupación, es el retraso en el pago a los proveedores. Hemos descubierto que un gran porcentaje de reclamos de los proveedores hacia las entidades públicas es el no pago oportuno de sus prestaciones. Este problema debe ser considerado como uno de los más graves en el sistema de contrataciones chileno; ya que a largo plazo tendrá como consecuencia el desincentivo de los oferentes para participar en los futuros procesos de contratación, debido a la incertidumbre de no recuperación de sus inversiones mermando la competencia que pudiese existir en cada licitación. Creemos que debe crearse un sistema de pago oportuno que indique consecuencias onerosas para la entidad pública que retrase sus pagos, como la indicación de intereses a cobrar, según la usanza del derecho comparado; y modificaciones a las disposiciones de la Ley de compras y su Reglamento que establezcan discrecionalidad a los empleados públicos compradores para establecer fechas de pago.

Como consecuencia de lo anterior, podemos colegir que el sistema de contrataciones públicas chileno basado en la Ley N°19.886 y su Reglamento, sí resguarda la competencia en sus disposiciones, sin embargo, no es suficiente para resguardar la competencia a nivel práctico, ya que se requiere una mayor especialización de los funcionarios públicos compradores; un sistema que propenda y fortalezca la aplicación de criterios estratégicos en las adquisiciones públicas, y finalmente consolide un sistema de pago oportuno a las contraprestaciones de los proveedores.

BIBLIOGRAFÍA

- ARGENTINA. Poder Ejecutivo.2012. Decreto N° 893: Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. 7 de junio de 2012.
- BANCO INTERAMERICANO DEL DESARROLLO.2008. Evaluación del Sistema Nacional de Compras y Contrataciones Públicas (CPAR). Chile. Volumen I.pp.235
- CHILE. Ministerio de Hacienda.1960. Decreto con Fuerza de Ley 353: Ley Orgánica de la Dirección de Aprovechamiento del Estado, abril 1969.
- CHILE .Ministerio del Interior. Ley N°18.575: Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, 5 de diciembre de 1986.
- CHILE .Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Ley N°19.880: de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, 29 de mayo de 2003.
- CHILE. Historia de la Ley N° 19.886: Ley de Bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. Mensaje presidencial, Chile, 30 de julio 2003.
- CHILE. Ministerio de Hacienda. 2003. Ley N°19.886: de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, 30 de julio de 2003.
- CHILE. Ministerio de Hacienda. 2004. Decreto N° 250: Reglamento de la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, 24 de septiembre de 2004.
- CHILE. Ministerio de Obras Públicas.2004. Decreto N°75: Reglamento para Contratos de Obras Públicas, 01 de diciembre de 2004.

- CHILE. Ministerio del Interior. 2006. Ley N°18.695: Orgánica Constitucional de Municipalidades, 26 de julio de 2006.
- CHILE. Dirección de Compras y Contratación Pública.2008, Resolución Exenta N° 0940 B: Aprueba Convenio de colaboración con la Dirección General de Obras Públicas. 22 julio de 2008.
- CHILE. Dirección de Compras y Contratación Pública Resolución Exenta N° 0931B: Aprueba Resciliación de Convenio de colaboración con la dirección General de Obras Públicas.10 de agosto de 2009.
- CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción .Ley N° Normas Especiales para las Empresas de Menor Tamaño, 3 de febrero de 2010.
- CHILE. Dirección de Compras y Contratación Pública Resolución Exenta N° 0200B: Crea Consejo ProPyme para potenciar la participación de las Pymes en el Mercado Público,17 de abril de 2013.
- CORREA,I.2002.Manual de Licitaciones Públicas.[en línea] Santiago de Chile,ILPES<http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5583/S2002616_es.pdf?sequence=1> [Consulta:15 de septiembre de 2014]
- CORSI,M. 2006.E-procurement. [en línea] s.l. <<http://www.oecd.org/mena/governance/36238198.pdf>> [consulta: 17 de febrero de 2015]
- DEFENSE ACQUISITION UNIVERSITY. [s.a.] DAU Careers.[en línea] <<http://www.dau.mil/default.aspx>>[Consulta: 11 de enero de 2015]
- DEYANSKA, A. y HJARTARSON, J. 2014. Spend Smarter, Not More: Leveraging the Power of Public Procurement. [en línea] Ontario, Canadá. < http://cmemec.ca/_uploads/_media/507uyhilz.pdf> [consulta: 5 de enero de 2015]
- DEPARTMENT FOR ENVIRONMENT, FOOD AND RURAL AFFAIRS. 2006. Procuring the future [en línea] UK.<https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/69417/pb11710-procuring-the-future-060607.pdf >[Consulta: 20 de febrero de 2015]

- DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN Y COMPRAS PÚBLICAS. 2013. Diálogo con la ciudadanía Cuenta Pública 2013 [en línea] Santiago, <
http://www.chilecompra.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=1579&Itemid=1090>[consulta: 4 de marzo de 2015]

- DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN Y COMPRAS PÚBLICAS. 2013. Informe Proveedores Micro y Pequeños en ChileCompras [en línea] Santiago,<
<http://www.chilecompra.cl/phocadownload/Noticias/informe%20mipe%20web.pdf>>[consulta: 4 de marzo de 2015]

- DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN Y COMPRAS PÚBLICAS. 2014. Proceso de Acreditación en Gestión de Abastecimiento 2014. [en línea] Santiago,
http://www.chilecompra.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=1748:se-inicia-proceso-de-acreditacion-en-gestion-de-abastecimiento-2014&catid=381:noticias-2014&Itemid=1095 [Consulta: 4 de marzo de 2015]

- DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN Y COMPRAS PÚBLICAS.2013. ChileCompra 10 años modernizando al Estado. [en línea] Santiago, <
http://www.chilecompra.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=1579&Itemid=1090>[consulta: 5 de marzo de 2015]

- DURÁ,P. 2003. Teoría de las Subastas y Reputación del Vendedor.[en línea] Madrid, Dirección de Estudios de la Comisión Nacional de Mercado Valores.<https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/MONOGRAFIAS/TEORIA_SUBASTAS.PDF>[Consulta: 10 de septiembre de 2014]

- ESTADOS UNIDOS. Senate and House Of Representatives. 2003. Services Acquisition Reform Act. 3 de septiembre de 2003.

- ESTADOS UNIDOS. General Services Administration.2005.Federal Acquisition Regulation. Marzo de 2005.

- ESTADOS UNIDOS. The United States Code. 2011. Title 41: Public Contracts, 4 de enero de 2011.

- ESTADOS UNIDOS.Federal Register.2014. Code Of Federal Regulations.01 de Enero de 2014.

- ESTADOS UNIDOS. [s.a.]. Procurement Center Representatives. [en línea]< <https://www.sba.gov/content/procurement-center-representatives>> [consulta: 10 de enero de 2015]
- ESTADOS UNIDOS. [s.a.].Office Of Federal Procuremet Policy [en línea]< https://www.whitehouse.gov/omb/procurement_default/> [consulta: 10 de enero de 2015]
- ESTADOS UNIDOS. [s.a.]. Federal Acquisition Institute. [en línea]< <http://www.fai.gov/drupal/>> [consulta: 10 de enero de 2015]
- FEDERAL ACQUISITION INSTITUTE. [s.a.].Certification and Career Development Programs [en línea] < <http://www.fai.gov/drupal/>> [consulta: 23 de febrero de 2015]
- FISCHER, R. 2010. Organización Industrial. CEA-DII. Universidad de Chile.pp.145
- FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA, Sesión III Mejorando la eficacia en las licitaciones públicas: combatiendo la colusión y la corrupción: 18 y 19 de septiembre de 2012. 2012.República Dominicana, Santo Domingo, OCDE p.15
- MERCADO PÚBLICO. s.f. Licitaciones de Convenio Marco[en línea] s.l. <<https://www.mercadopublico.cl/Portal/MP2/secciones/comovender/licitaciones-convenio-marco.html>> [consulta: 16 de octubre de 2014]
- MORAGA,C.2007.Contratación Administrativa. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 311 pp.
- OECD.2003. The E-goverment imperative.[en línea] <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/APCITY/UNPAN015120.pdf> > [Consulta: 9 de octubre de 2014].p.23
- OCDE. 2009.Lineamientos para combatir la Colusión entre oferentes en las Licitaciones Públicas [en-línea]<<http://www.oecd.org/competition/cartels/42761715.pdf>> [consulta: 23 de octubre de 2014] pp.18
- OCDE. 2013. Panorama de las Administraciones Públicas 2013. Madrid, Instituto Nacional de la Administración Pública.pp.307

- OCDE. 2014. Panorama de las Administraciones Públicas 2014. Madrid, Instituto Nacional de la Administración Pública. 307p. (Serie Estudios y Documentos)
- OFFICE OF MANAGEMENT AND BUDGET.[s.a.] Office Of Federal Procurement Policy [en línea] <https://www.whitehouse.gov/omb/procurement_default/> [consulta: 10 de febrero de 2015]
- OFFICE OF TRADING. 2004. Assessing the impact of public sector procurement on competition [en línea]. London, United Kingdom. <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.oft.gov.uk/shared_oftr/reports/comp_policy/oft742a.pdf> [consulta: 15 de diciembre de 2014] pp.35
- REINO UNIDO. Secretary Of State. 2013. The Late Payment of Commercial Debts Regulation 2013. 16 de marzo de 2013.
- SANCHEZ, A. 2013. Public Procurement and Competition: Some Challenges Arising from recent developments in EU Public Procurement Law [en línea] Leicester, United Kingdom, Bovis, C. (ed.) Research Handbook on European Public Procurement, Forthcoming. <<http://ssrn.com/abstract=2206502>> [Consulta: 16 de Diciembre de 2014]. pp.48
- SUÁREZ, G. y LAGUADO, R. 2007. Manual de contratación pública para América Latina. Santiago de Chile. Serie Manuales Cepal (20): pp.24
- THE GUARDIAN. 2002. Full Text: Gordon Brown's speech to the Urban Summit in Birmingham. [en línea] Viernes, 1 de noviembre de 2002 <<http://www.theguardian.com/society/2002/nov/01/urbandesign.politics>> [consulta: 20 de enero de 2015].
- UNIÓN EUROPEA. Parlamento y Consejo Europeos. 2014. Directiva sobre Contratación pública 2014/24. 26 de febrero de 2014. pp.178
- UNITED NATIONS ESCAP. [s.a.]. Green Public Procurement. [en línea] <<http://www.unescap.org/sites/default/files/33.%20FS-Green-Public-Procurement.pdf>> [consulta: 20 de febrero de 2015]