



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

CONSIDERACIONES SOBRE EL RÉGIMEN DE COMPRAS PÚBLICAS

Estudio de la Ley N° 19.886 y de su Reglamento desde la perspectiva del análisis
funcional y el análisis económico del derecho

Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autor

FELIPE BASUALTO REYES

Profesor Guía

RAÚL LETELIER WARTEMBERG

Santiago de Chile

2018

*“I shall be telling this with a sigh
somewhere ages and ages hence:
two roads diverged in a wood, and I—
I took the one less traveled by,
and that has made all the difference”.*

ROBERT FROST

A mis padres y mi familia,
por el amor y el trabajo.

ÍNDICE

RESUMEN.....	13
INTRODUCCIÓN.....	15
CAPÍTULO I:	
LOS OBJETIVOS DE LA LBCA EN LA DISCUSIÓN LEGISLATIVA.....	19
§1.1. El Proyecto del Ejecutivo y sus antecedentes materiales	19
1.1.1. Antecedentes materiales del Proyecto.....	20
1.1.2. El Proyecto del Ejecutivo y la indicación sustitutiva	22
§1.2. La discusión parlamentaria del Proyecto y la Ley final	24
1.2.1. La discusión del Proyecto en el Congreso.....	24
1.2.2. Síntesis: la ley promulgada	27
1.2.3. Comentario final.....	28
CAPÍTULO II:	
VENTAJAS DEL SISTEMA DE COMPRAS PÚBLICAS VIGENTE EN CHILE.....	31
§2.1. La Dirección de Compras y Contratación Pública (DCCP)	31
2.1.1. Dos bases funcionales: centralización y e-procurement.....	32
2.2.2. Síntesis	37
§2.2. Los procedimientos de selección	37
2.2.1 Unificación de la normativa aplicable	38
2.2.2. La licitación pública como base normativa de los procedimientos de selección ..	38
2.2.3. El convenio marco como base procedimental-funcional del sistema	40
§2.3. La lógica económica del sistema: costos de transacción y economías de escala	42
2.3.1. Costos de transacción.....	42
2.3.1.1. Marco teórico	42
2.3.1.2. Costos de transacción y unificación normativa.....	43
2.3.1.3. Costos de transacción, centralización y e-procurement.....	44
2.3.2. Agregación de la demanda.....	48

2.3.2.1. Aprovechamiento de economías de escala	48
2.3.2.2. Convenios marco y costos de transacción	50
§2.4. Síntesis: Expresión matemática de los beneficios del sistema	51

CAPÍTULO III:

DESVENTAJAS, COSTOS Y RIESGOS DEL SISTEMA DE COMPRAS PÚBLICAS53

§3.1. Aspectos problemáticos de la centralización y el e-procurement	55
3.1.1. Costos directos del sistema.....	56
3.1.1.1. Costos institucionales.....	56
3.1.1.2. Costos de funcionamiento	57
3.1.2. Problemas y costos asociados a la utilización del marketplace.....	59
§3.2. Problemas asociados a los procedimientos de adjudicación en general	60
3.2.1. Prolegómenos: formalismo y la libre competencia como límites.....	61
3.2.2. Límites estructurales de los procedimientos de selección. La subasta y sus problemas metodológicos	62
3.2.2.1. La configuración procedimental del procedimiento licitatorio por el RLBCA	62
3.2.2.2. La subasta. Marco teórico.....	64
3.2.2.3. Eficiencia sobre el método utilizado en Chile	66
3.2.3. Concentración del mercado.....	67
3.2.4. El riesgo de la colusión en un proceso licitatorio.....	68
3.2.4.1. La repartición de cuotas de mercado.....	69
3.2.4.2. Sabotaje del proceso competitivo.....	69
§3.3. Problemas asociados a los procedimientos de adjudicación en particular	70
3.3.1. Convenio Marco.....	70
3.3.1.1. Presupuesto: estandarización del bien o servicio	70
3.3.1.2. Desincentivo a la competitividad	71
3.3.1.3. Reducción de las oportunidades para las PYMES.....	73
3.3.1.4. El riesgo implícito del convenio marco.....	74
3.3.1.5. Tiempo de duración del convenio marco.	75
3.3.1.6. ¿Inaplicabilidad en organismos descentralizados?	75
3.3.2. Licitación pública	76
3.3.2.1. Ineficiencia en casos complejos.....	77

§3.4. Síntesis: expresión matemática de la relación ventajas/desventajas, costos y riesgos ...	78
3.4.1 Desventajas, costos y riesgos.....	78
3.4.1.1. La fórmula	80
3.4.2. La inecuación final: ventajas versus desventajas, costos y riesgos	80
CONCLUSIONES.....	83
BIBLIOGRAFÍA.....	93

ÍNDICE DE FIGURAS Y TABLAS

Figura 1 - Comparación entre el procedimiento análogo y el procedimiento electrónico	46
Figura 2 - Flujos de información comparados: Contratación Tradicional v/s Contratación Electrónica	48
Figura 3 - Comportamiento comparado del precio unitario.....	68
Figura 4 - Tipos de acuerdos marco existentes.....	72

ABREVIATURAS

Constitución Política de la República	: CPR, o “la Constitución”
Contraloría General de la República	: CGR, o “la Contraloría”
Dirección de Compras y Contratación Pública	: DCCP
Fiscalía Nacional Económica	: FNE
Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios	: LBCA, o “la Ley”
Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado	: LOCBGAE, o “la Ley de Bases”
Reglamento de la Ley N° 19.886, contenido en el D.S N° 250 de 2004, del Ministerio de Hacienda	: RLBCA, o “el Reglamento”
Tribunal de Defensa de la Libre Competencia	: TDLC
Tribunal de la Contratación Pública	: TCP

RESUMEN

El siguiente trabajo de investigación tiene como propósito abordar tanto los aspectos positivos como los negativos de la implementación del sistema de compras públicas vigente en Chile.

Establecido por la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicios y su respectivo Reglamento, el Decreto Supremo N° 250 de 2004 del Ministerio de Hacienda, el actual sistema general de compras públicas ha introducido tres aspectos novedosos respecto del sistema antiguo y que resultan los pilares operacionales del régimen de compras vigente en Chile, a saber: el establecimiento del Sistema de Información de Compras y Contrataciones del Sector Público, marketplace en el cual se adjudican los contratos y se concretan las adquisiciones de bienes y servicios del sector público; la unificación de la normativa para la contratación pública y el establecimiento de los convenios marco como herramienta para la adquisición cotidiana de bienes y servicios por parte de los órganos de la Administración; así las cosas, es posible afirmar que transforman el carácter del sistema, convirtiéndolo en un sistema que tiende hacia la centralización de las labores de adjudicación a la vez de ser fuertemente automatizado, lo cual presenta beneficios operacionales y económicos a la vez que costos y aspectos problemáticos.

A partir de las herramientas que otorgan el análisis funcional y el análisis económico del derecho, se presentará una revisión de la literatura existente sobre los aspectos teórico-prácticos presente en un sistema de compras públicas como el establecido por la LBCA y su Reglamento, con el propósito de identificar las principales ventajas y desventajas, costos y riesgos asociados a la implementación del sistema, para finalmente presentarlos como una inequación matemática.

PALABRAS CLAVE: Relación calidad-precio, Dirección de Compras y Contratación Pública, uniformidad, centralización, e-procurement, costos de transacción, especialización, convenio marco, economías de escala, procesos de licitación, subasta, concentración, bid rigging, sobreprecio.

INTRODUCCIÓN

Como consecuencia necesaria del proceso de privatización de las empresas estatales y la liberalización de la economía -ambas como dos caras de una misma moneda- en conjunto con el fenómeno descrito en la dogmática como “huida del derecho administrativo”, la figura del contrato administrativo ha adquirido un rol protagónico en la gestión del Estado. Discutida su naturaleza por un sector de la doctrina en un principio¹, e incluso resistida por algunos ordenamientos jurídicos (vg. r., Alemania, Italia y los países de la tradición del common law²), los contratos administrativos se han consolidado en la legislación nacional como instrumentos de gestión pública y de intervención estatal en la economía, asumiendo que el cumplimiento de los objetivos de la Administración en función de la satisfacción de las necesidades públicas requiere, en mayor o menor medida, la colaboración activa de los particulares. En ese sentido, las figuras del aprovisionamiento y de la prestación de servicios adquieren central importancia.

Más allá de las modificaciones legales y reglamentarias que versan sobre cuestiones muy particulares que se han introducido en el último tiempo, el sistema de compras públicas está pronto a cumplir 15 años de vigencia. Este sistema de aplicación general está configurado en gran parte sobre lo establecido en la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicios y su respectivo

¹ Por ejemplo, CORDERO se cuestiona: “¿Qué hace que un contrato de suministro suscrito por una Administración Pública sea diferente de aquel que suscribe una empresa de organización medianamente compleja? En nuestra opinión, solo el sujeto y los fondos públicos comprometidos”. CORDERO (2015), p. 425.

² ARIÑO ORTIZ (2007), pp. 79 y ss.

Reglamento, el Decreto N° 650 de 2004 del Ministerio de Hacienda³. Dicha ley se discutió en el marco del proceso denominado de Modernización del Estado y se discutió en torno a los estándares de probidad y transparencia que el sistema de compras públicas debía cumplir.

A pesar del alto impacto que ejerce el Estado sobre el mercado de bienes y servicios, las evaluaciones del sistema de compras públicas solo han girado en torno a aspectos particulares es esta, en específico, los principios que rigen la actividad contractual del Estado aplicados a la legislación vigente. Por contrapartida, la necesaria tarea de evaluar sistemáticamente no ha sido del todo abordada⁴. Una evaluación general como la que se propone en este trabajo exige analizar las ventajas, desventajas, riesgos y desafíos del sistema para su posterior sistematización. Dicho análisis funcional de la legislación sobre compras requiere ordenarse en torno al criterio de eficiencia, entendida esta como es la capacidad de lograr un efecto deseado a través de mínimo uso de recursos o tiempo posibles.

Metodología: la necesidad de un análisis funcional

La elaboración de un análisis funcional del todo el sistema de compras públicas configurado por la Ley y su Reglamento encuentra dificultades en (i) la escasa literatura nacional sobre análisis global de dicha política pública, literatura que concentra sus esfuerzos o en la caracterización de los contratos administrativos, o en el estudio de los principios informadores de la actividad contractual de la Administración, o en aspectos puntuales del sistema, y (ii) debido a las priorización por parte del legislador de los objetivos a cumplir por parte de la Ley para modificar la forma en que se constituye el

³ Además del sistema de compras configurado por la Ley N° 19.886 y su Reglamento, general para los órganos de la Administración del Estado, existen otros sistemas de compras de aplicación especial regulados en distintos cuerpos normativos en atención a la especialidad del organismo público del que trate. Ejemplos de aquello son: la LOC de Municipalidades, la LOC del Congreso Nacional, la Ley N° 18.928 sobre adquisiciones y enajenaciones de bienes corporales e incorporales muebles y servicios de las FF.AA., entre otras normas especiales.

⁴ Con todo, es necesario destacar el notable trabajo de sistematización sobre el control de la contratación administrativa realizado por Claudio MORAGA (2013): “La Contraloría General de la República y la contratación administrativa”.

mercado público. En efecto, dicha ley tiene su origen en la década de 1990 en el proceso de reformas estructurales a la Administración denominado “modernización del Estado”⁵, su discusión se desarrolló en medio del revuelo que causó el descubrimiento de numerosos casos de corrupción dentro de diversos órganos de la Administración y, debido a esto, la discusión del proyecto de ley presentado por el Ejecutivo⁶ se desarrolló con miras a elevar los estándares de probidad y transparencia del sistema de compras públicas; así, consideraciones centrales para todo sistema de contratación administrativa, como las que dicen relación a las implicancias económicas de un sistema que está orientado a gestionar de la forma más eficiente posible los recursos públicos pasaron a un segundo plano.

Con todo, desentrañar la lógica implícita tanto de la Ley como del Reglamento es posible; es más, resulta indispensable para la evaluación del funcionamiento del sistema. Así, solo se explica la fuerte presencia formalista y los principios de legalidad, igualdad entre los oferentes y probidad y transparencia como elementos que informan el sistema de compras públicas con la finalidad de hacerlo más eficiente, esto es, en términos económicos, que el funcionamiento del sistema sea lo menos costoso posible para la Administración y que el precio final de cada contrato suscrito con un particular esté dentro de los márgenes del precio en que dicho bien o servicio se transa en el mercado.

Estructura de investigación

El presente trabajo de investigación se compone de 4 capítulos. En el primero de ellos se analiza el rol que cumplió la discusión legislativa en torno a la fijación de objetivos del actual régimen de contratación para el sector público.

Posteriormente, en el capítulo segundo, se precisarán los beneficios que logra el funcionamiento del nuevo régimen a partir de las innovaciones introducidas en dos aspectos: (i) en el rol de la Dirección de Compras y Contratación Pública en la gestión de

⁵ Para una revisión crítica del proceso de modernización de la gestión pública, véase TELLO (2011), pp. 246-61.

⁶ Mensaje del Ejecutivo N° 9.341 de fecha 27.10.1999. En HISTORIA DE LA LEY N° 19.886, pp. 1 y ss.

la información sobre las compras públicas y las consecuencias de este modelo parcialmente centralizado; y (ii) el efecto que genera el establecimiento de normas comunes para la suscripción de contratos de suministro y prestación de servicios tanto para la Administración como para los particulares.

En el capítulo tercero se expondrán y analizarán los elementos sistemáticos que representan desventajas, riesgos y desafíos del régimen contractual del sector público, tanto para la Administración como para los particulares. Se hará especial énfasis en los límites que presentan las herramientas sistémicas y procedimentales a la hora cumplir con los objetivos fijados en la ley; más precisamente, en los límites de los modelos de contratación aplicables y con prácticas nocivas dentro del sistema que implican riesgos para los particulares, y, por ende, costos eventuales para la Administración.

Finalmente, se presentarán las conclusiones de la investigación.

CAPÍTULO I: LOS OBJETIVOS DE LA LBCA EN LA DISCUSIÓN LEGISLATIVA

El sistema de compras públicas vigente en Chile está regulado casi en su totalidad por la LBCA y por su respectivo Reglamento. En pos de los objetivos de aumentar los estándares de probidad, transparencia, eficiencia y control, se configura en torno a tres elementos clave, a saber: uno de orden procesal -los procedimientos de selección del co-contratante-, y dos de orden orgánico, los cuales son la Dirección de Compras y Contratación Pública y el Tribunal de la Contratación Pública.

En el presente capítulo se presentará un estudio de los objetivos de la ley en torno a los términos en que se planteó el Proyecto de Ley enviado por el Ejecutivo y la indicación sustitutiva presentada ante el Congreso Nacional y como se desarrolló la discusión legislativa de la misma.

§1.1. EL PROYECTO DEL EJECUTIVO Y SUS ANTECEDENTES MATERIALES

Como ya se dijo, la reforma al sistema de compras públicas surge como necesidad en el contexto del proceso denominado de “modernización del Estado”. A finales de la década de 1990 el sistema de compras públicas resultaba ser excesivamente burocrático, en el cual la agencia central de compras de ese entonces –Dirección de Aprovechamiento del Estado, DAE- constituía un obstáculo para la gestión eficiente de las compras públicas.

La DAE fue el organismo responsable durante décadas de planear y operar centralmente el abastecimiento de todos los servicios públicos. La evaluación del rol que cumplía en el sistema era lamentable: si bien el propósito de existencia del organismo era loable, el sistema del cual la DAE era la piedra angular perdió en eficiencia con el

transcurso del tiempo, y tornándose excesivamente burocrático⁷. Como reacción a ese obstáculo institucional, diversos organismos se vieron en la necesidad de generar sus propios procedimientos de compra, lo que tuvo un impacto significativo: en primer lugar, convirtió a la DAE en una institución obsoleta⁸; luego, generó una gran dispersión normativa: podía existir, para cada organismo público, uno o varios procedimientos específicos que variaban según el organismo contratante o el objeto del contrato, lo que también hizo más dificultosa para los particulares la labor de preparar ofertas ante la proliferación de reglas de contratación.

La búsqueda de mejores estándares de gestión de las políticas públicas asociadas a grandes volúmenes de adquisiciones y servicios, sumada a la necesidad de alcanzar mejores estándares de transparencia, simplicidad e incorporación de TICs en pos de cumplir con los requerimientos mínimos exigidos en los tratados comerciales, motivaron al Gobierno del Presidente Frei a presentar un proyecto de Ley que reformulara sustancialmente el régimen de adquisiciones de la Administración, dando cierre definitivo a la DAE, supeditándolo a la aprobación del Proyecto.

1.1.1. Antecedentes materiales del Proyecto

Como antecedentes directos de la reforma del sistema de adquisiciones públicas, es posible mencionar tres hitos: la conformación de la Comisión de Ética Pública sobre la Probidad y la Prevención de la Corrupción, el Consejo de Auditoría Interna de la Presidencia de la República, y el informe de Comité Interministerial de Modernización de la Gestión Pública.

La *Comisión de Ética Pública* señaló como objetivo de un nuevo sistema de adjudicación y contratación el garantizar la total transparencia y objetividad a través de todo el íter adjudicatorio; en específico, una nueva ley debía ser capaz de garantizar

⁷ En sesión de la Comisión de Hacienda del Senado, la Subsecretaria de Hacienda de ese entonces hizo presente que “la DAE es la que compra, y a la cual los Ministerios pueden comprar, pero que la DAE es una institución extremadamente burocrática, a pesar de que se ha reducido su tamaño. Para tomar una decisión respecto de compras importantes es necesario que se reúnan en un consejo 12 subsecretarios, ejemplificó, por lo que el sistema no es operativo” (HISTORIA DE LA LEY, p.185).

⁸ HUSSMANN (2004), p. 14.

transparencia y objetividad respecto de (i) la decisión misma de contratar con un particular para la satisfacción de las necesidades relativas al suministro de bienes y de prestación de servicios, debiendo establecerse como regla general la obligación de fundar dicha decisión; (ii) la preparación y publicación de las bases administrativas; y (iii) el proceso de adjudicación, el cual debía ser configurado hacia la consagración del elemento precio como única variable, con el fin de evitar la discrecionalidad del acto de adjudicación y toda otra irregularidad⁹.

Para el *Consejo de Auditoría Interna de la Presidencia de la República* resultaba necesario “asegurar la transparencia en el uso de los recursos públicos, sustentando las contrataciones en principios básicos de ética pública que promuevan y favorezcan la transparencia y publicidad, la libre concurrencia y competencia de oferentes, la sujeción estricta a las bases establecidas para cada procedimiento, de parte de todos los involucrados y la igualdad de trato para todos los participantes”. Con ese objetivo, recomendaba las siguientes medidas: (i) establecer como regla general la licitación pública, (ii) el establecimiento de causales objetivas y generales para la procedencia de otros mecanismos de contratación, (iii) la creación de un registro de proveedores del Estado y (iv) la creación de un sistema de adjudicación electrónica de propuestas del Estado¹⁰.

A juicio del *Comité Interministerial de Modernización de la Gestión Pública*, una reforma integral al sistema de compras debía estar enfocada no solo en solucionar los aspectos problemáticos en lo que transparencia y probidad se refiere (o por lo menos, no de forma exclusiva ni prioritaria) sino a superar una serie de falencias que representaban un deterioro en términos de eficiencia del mismo (ganancias en precio y competencia en el mercado), véase dispersión normativa, canales limitados de información de oportunidades, ralentización de los procesos de adjudicación y excesiva concentración de las decisiones de compra. Así, añadió otros objetivos para la reforma en comento, a saber:

⁹ COMISIÓN DE ÉTICA PÚBLICA (1996), p. 235 y ss.

¹⁰ CONSEJO DE AUDITORÍA INTERNA DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, citado en HISTORIA DE LA LEY, p. 27.

- *Aborro y gestión de las compras públicas.* El nuevo sistema de compras debía mejorar la eficiencia y eficacia de los procesos adjudicación y contratación por parte de organismos de la Administración.
- *Aumentar la competitividad dentro del mercado público,* facilitando el acceso y aumentar la competencia de nuevos proveedores en el mercado de las compras y contrataciones del Sector Público.
- *Mejorar la calidad de los contratos adjudicados e incentivar el desarrollo* de mejores productos y servicios que se presten a los diversos organismos del Estado¹¹.

1.1.2. El Proyecto del Ejecutivo y la indicación sustitutiva

Con estos antecedentes disponibles, el Ejecutivo utilizó los insumos generados en estas instancias y elaboró un proyecto de ley que fue enviado 27 de octubre de 1999 al Congreso Nacional, cuyo Mensaje arroja varias luces respecto de cuestiones centrales de esta reforma integral. Un ejemplo de esto es que, en palabras del Ejecutivo, era necesario que el desarrollo del debate sobre la organización del sistema de adquisiciones públicas se iniciase desde la responsabilidad en la gestión, en específico, desde la responsabilidad del gasto fiscal; entonces, los ámbitos de acción de este nuevo sistema de adquisiciones para el sector público son el control contable y el control de legalidad (que involucra un control externo a la entidad contratante) y la responsabilidad en la gestión misma del gasto¹² (entendiendo esta responsabilidad ya sin una eventual coacción externa, sino que como principio rector de la actividad administrativa en comento)¹³. Así, el establecimiento de este punto de partida concuerda con los principios de eficiencia

¹¹ COMITÉ INTERMINISTERIAL DE MODERNIZACIÓN DE LA GESTIÓN PÚBLICA (1998), p. 3.

¹² Se entiende como “accountability” ya no la sola rendición de cuentas (esto es, la traducción literal del término) sino más bien la obligación que le asiste a un funcionario de una institución o a un órgano de la misma de revelar, explicar y justificar las responsabilidades conferidas cuyos orígenes pueden ser políticos constitucionales, estatutarios o contractuales. ATKINSON (1993), pp. 5 y ss.

¹³ HISTORIA DE LA LEY, p. 2.

administrativa¹⁴ en miras a proteger la integridad del patrimonio fiscal, pues, tal como señala el Ejecutivo en la declaración de objetivos del Proyecto,

“El tema de las adquisiciones públicas merece una atención urgente, con el fin de lograr un uso eficiente de los recursos, compras de mejor calidad, ahorros presupuestarios y mayor transparencia en los actos del Estado, lo que hace más fácil prevenir el fraude y la corrupción”¹⁵.

Un punto aparte merece el trato que hace el Proyecto respecto del proceso de descentralización que ya en ese tiempo comenzaba a experimentar la Administración. El Mensaje aclara que, si bien existen buenas razones para defender la descentralización de las funciones del Estado (de hecho, es vista la descentralización como algo en general deseable), cuando se habla sobre la elección de un sistema de compras públicas el debate debe alejarse de los términos en que se desarrolla aquella discusión para centrarse en la conveniencia económica de la opción tomada, en este caso, en la eficiencia del sistema mismo. En ese sentido, si bien es posible imaginar circunstancias en las cuales un sistema descentralizado de compras resulte mayormente eficiente, para el Ejecutivo “existen circunstancias en que se obtienen menores costos por medio de la centralización de algunas compras”¹⁶. Es precisamente en medio de este debate, a propósito de la descentralización de la actividad administrativa, que surgen dos elementos que constituyen una ventaja para su actividad contractual, a saber: el *aprovechamiento de economías de escala* y la *especialización* del órgano encargado de llevar a cabo dicha labor.

Con fecha 3 de mayo de 2001, el Ejecutivo formuló una indicación por la que sustituyó íntegramente el Proyecto original¹⁷. Más allá de cuestiones de sistematización y

¹⁴ A decir de MUÑOZ, la implicancia práctica del principio de eficiencia en toda actividad administrativa obliga a que “las mejores soluciones técnicas tengan correspondencia con una adecuada solución económica y al satisfacer las demandas de la sociedad, se logre la ecuación política y social óptima, en el marco de una acción administrativa, eficaz, eficiente y efectiva”. MUÑOZ (1994), p. 17.

¹⁵ *Íbidem*.

¹⁶ HISTORIA DE LA LEY, *ibidem*.

¹⁷ El Proyecto original enviado al Congreso el año 1999 fue discutido mínimamente, en parte, por el bajo interés que demostró el Ejecutivo en la iniciativa. Fueron dos hechos contingentes que motivaron al gobierno del presidente Ricardo Lagos a reestructurar el proyecto de ley y rediseñar la

técnica legislativa, este nuevo texto mantuvo sustancialmente el contenido del texto propuesto en el Mensaje, a lo que agregó dos cuestiones relevantes que no habían sido tratadas, a saber: la creación del Tribunal de Contratación Pública y la inclusión de los convenios marco como procedimiento de contratación.

§1.2. LA DISCUSIÓN PARLAMENTARIA DEL PROYECTO Y LA LEY FINAL

1.2.1. La discusión del Proyecto en el Congreso

En palabras del diputado Escalona, los esfuerzos de la tramitación legislativa de la iniciativa legal debían conducir a “disponer de una legislación marco aplicable a la administración pública, que establezca principios generales y mecanismos necesarios para una gestión de compras transparentes, eficientes y eficaces”¹⁸. Al respecto, varios fueron los temas que relucieron durante la discusión parlamentaria. A continuación, se presentarán, de forma sistematizada, los tópicos que concentraron las intervenciones más relevantes.

1° Transparencia y probidad. Se hizo énfasis en la dispersión y disparidad normativa como obstáculo a la debida transparencia del sistema, lo que ha conducido a una desigual y confusa reglamentación en aspectos tales como volúmenes de gastos para determinar los mecanismos de contratación¹⁹ (umbrales de aplicación de los distintos mecanismos de contratación, en especial de la licitación pública), los sistemas de registro de contratistas

institucionalidad pública en la materia, a saber: (i) el destape de los hechos de corrupción (casos MOP-Gate e Indap), en los cuales se utilizaron diversos contratos para beneficiar ilegítimamente a ciertos funcionarios del aparato del Estado y militantes de partidos de gobierno; y (ii) los procesos de negociación de los tratados de libre comercio con Estados Unidos y la Unión Europea, los cuales forzaron al Estado de Chile a cumplir con estándares más estrictos sobre institucionalidad de compras. Es sobre esta indicación sustitutiva que se desarrolla casi la totalidad del debate legislativo de la materia.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 83.

¹⁹ *Ibidem*.

para cada entidad, los mecanismos de precalificación de los particulares concurrentes y acerca de los mecanismos de control de la actividad contractual.

En la misma línea, se instó al Ejecutivo a consagrar los criterios de evaluación necesarios para determinar la propuesta más ventajosa en los procedimientos concursales de forma reglamentaria²⁰, a lo que finalmente accedió, pero optando por una fórmula meramente enunciativa²¹ y no taxativamente como se pretendió en su momento, lo que otorga mayores grados de flexibilidad a los poderes adjudicadores (sea un organismo público en particular o la DCCP de forma centralizada).

2° Ambito de aplicación (organismos). Otro aspecto discutido fue el ámbito de aplicación de la nueva ley respecto a los organismos de la Administración a los cuales se le aplicaría, en particular, sobre la pertinencia de extender su ámbito de aplicación a las municipalidades y las Fuerzas Armadas. Respecto de las primeras, representantes de la Asociación de Municipalidades hicieron ver que no era necesaria su inclusión ya que la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades contenía disposiciones que refuerzan la transparencia de la actividad contractual (v. gr. la obligación de aprobar a iniciativa del alcalde, con acuerdo del concejo, políticas y normas generales sobre licitaciones, adquisiciones, concesiones y permisos; la obligación de aprobar un Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones Municipales). Respecto de las segundas, representantes del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Armadas y Carabineros señalaron como razón de exclusión por razones de seguridad nacional, incluso en lo que concierne a la adquisición de elementos meramente operativos²². Dichas exclusiones fueron rechazadas por unanimidad por la Comisión de Hacienda del Senado.

²⁰ *Op. cit.*, p. 193.

²¹ El inc. 5° del art. 38 RLBCA señala “Se podrán considerar como criterios técnicos o económicos (...) así como cualquier otro criterio que sea atingente de acuerdo con las características de los bienes o servicios licitados y con los requerimientos de la entidad licitante”.

²² *Op. cit.*, pp. 187-8.

3° Umbrales de aplicación. Fue objeto de debate la determinación de los umbrales máximos para la utilización de la licitación privada y el trato directo, existiendo una moción de los diputados Tuma, Ortiz y Jaramillo para hacer obligatorio el uso de la licitación pública cuando las contrataciones superen las 350 unidades tributarias mensuales²³; esto con el objeto de aplicar dicho procedimiento de contratación a un rango mucho más amplio de contratos públicos, otorgando mayor transparencia a los procedimientos de compras. Dicha indicación parlamentaria fue rechazada por la Comisión de Hacienda de la Cámara sin mayor discusión.

4° Eficiencia. El ministro García hizo énfasis en “la magnitud de los eventuales ahorros si se optimiza la gestión del sistema de compras públicas (...) además del escaso uso de la información de compras públicas disponible”. Así, el diputado Ortiz destaca la incorporación de convenios marco “por medio de los cuales se provee a los organismos públicos de herramientas para comprar de manera ágil y económica, por la vía de negociar en forma consolidada, manteniendo la independencia de su gestión administrativa”²⁴; también el diputado Escalona señaló que esta herramienta permite “la negociación, por parte de la Dirección de Compras, de condiciones favorables a las que puedan adherir las entidades públicas, obtenidas en consideración al volumen”²⁵.

5° Competitividad. Un aspecto importante para el funcionamiento de un sistema de compras fuertemente formalizado es el incentivo a la competitividad del sistema. Durante la votación del proyecto en la Comisión de Hacienda del Senado, el Ejecutivo presentó una indicación modificatoria al art. 30 letra g) del Proyecto de Ley, a propósito de las funciones de la DCCP, a fin de que esta tuviese por función “promover la máxima competencia posible en los actos de contratación de la Administración, desarrollando iniciativas para incorporar la mayor cantidad de oferentes”, además de “ejercer una labor

²³ *Op. cit.*, p. 52.

²⁴ *Op. cit.*, p. 49.

²⁵ *Op. cit.*, p. 84.

de difusión hacia los proveedores actuales y potenciales de la Administración, de las normativas, procedimientos y tecnologías utilizadas por esta²⁶.

6° Barreras de entrada al mercado de los contratos públicos. Existe permanente riesgo de que las normas que regulan la contratación administrativa se conviertan en una barrera de entrada para potenciales proveedores. En torno a la inclusión del artículo 5° inciso final (“En todo caso, la Administración deberá propender a la eficacia, eficiencia y ahorro en sus contrataciones”) se generó una interrogante en atención al grado de dificultad que le asistiría a ciertas empresas concurrentes respecto de la prueba de la eficiencia y eficacia, lo que seguramente desfavorecería especialmente a las PYMEs, ante lo cual el diputado Zaviezo puntualizó que las exigencias de eficacia, eficiencia y ahorro se dirigen a la Administración y no a las empresas participantes²⁷. En la misma línea, respecto de las condiciones de las garantías de seriedad como requisito para la participación de los oferentes en un proceso de adjudicación, se planteó que el monto de estas no puede desincentivar la participación de los particulares, es decir, dichas garantías de seriedad no pueden convertirse en una barrera de entrada²⁸.

1.2.2. Síntesis: la ley promulgada

Como resultado final de la tramitación del proyecto, la LBCA presenta cambios significativos respecto del régimen de adquisiciones que vino a reemplazar, logrando configurar, a juicio de la Comisión de Hacienda del Senado²⁹, un sistema *centralizado en cuanto a su normativa y descentralizado en su aspecto operacional*³⁰. Las principales novedades que presenta la LBCA son, entre otras:

²⁶ *Op. cit.*, p. 204.

²⁷ *Op. cit.*, p. 57

²⁸ *Op. cit.*, pp. 58-9.

²⁹ *Op. cit.*, pp. 180-1.

³⁰ Solo aquí y en *infra*, nota 40, debe entenderse por *centralización normativa* la uniformidad y aplicación general de las reglas establecidas por la ley (en ese sentido, la LBCA sistematiza el régimen de compras públicas), y por *descentralización operacional* a que la DCCP es un órgano jurídicamente descentralizado (por tener personalidad jurídica de derecho público, por tener patrimonio propio y por adoptar

- i. *Ámbito de aplicación.* Frente a la dispersión normativa imperante antes de su entrada en vigor, la LBCA logró establecer un *marco normativo único y uniforme* para las compras y contrataciones; por lo mismo, se avocó a determinar de forma clara *a qué organismos se le aplican* estas normas comunes, superando la incertidumbre propia del régimen antiguo, para el cual el establecimiento de la licitación pública como regla general era letra muerta.
- ii. *Procedimientos de contratación.* Una vez superada la dispersión, la LBCA se enfocó en (i) *sistematizar todo lo relativo a los procedimientos de contratación*, haciéndolos más precisos y transparentes; (ii) *establecer reglas claras para la ejecución, modificación y extinción* de los contratos; (iii) *establecer los requisitos y prohibiciones generales aplicables a los particulares* que participen en el mercado público; y (iv) *determinar las garantías exigidas* para contratar.
- iii. *Sistema (operacional) de contratación.* Finalmente, en lo que a aspectos operacionales se refiere, la LBCA *introdujo el Sistema Electrónico de Información e Intermediación de Compras y Contrataciones del Sector Público* como gran novedad, afianzando la intervención electrónica en el rubro. Así mismo, *crea el Registro de Contratistas*.

Respecto de los dos últimos ítems, en siguiente capítulo se analizarán las ventajas que ofrece la introducción del nuevo sistema operacional en el régimen de contrataciones del Estado y la sistematización de los procedimientos de contratación que establece la LBCA.

1.2.3. *Comentario final*

Una mirada detallada del proceso legislativo en comento permite señalar que el legislador fijó sus esfuerzos en asegurar tres aspectos clave presentes en cualquier sistema de adquisiciones, y con particular énfasis en los dos primeros, a saber: la probidad de la

autónomamente las decisiones que correspondan dentro de su competencia, siendo tutelada por la Presidencia de la República a través de un Ministerio.). Posteriormente se entenderá por centralización o descentralización a la forma en que se adjudican los contratos de la Administración, a saber: por un solo organismo especializado o por cada organismo que requiera satisfacer una necesidad concreta.

motivación de actividad contractual del sector público, la transparencia y competencia en los procesos que se llevan a cabo por los diversos organismos públicos y la eficiencia en el resultado final del íter contractual. Así, existieron intuiciones en el sentido correcto respecto de la importancia de una correcta configuración del sistema de adquisiciones, a pesar de no existir por parte del legislador una claridad conceptual meridiana.

De forma implícita, los términos en que se desarrolló el debate legislativo hacen eco de lo que la literatura especializada estima como fundamental: para los académicos que se dedican al estudio de las adquisiciones estatales, el verdadero propósito de cualquier marco normativo de compras públicas es, antes que cualquier otro, constituir un sistema institucional orientado a que dichas adquisiciones se desarrollen apegadas al principio de eficiencia³¹, es decir, que el Estado busque en sus procesos de compra la obtención de la mejor relación calidad-precio^{32 33} disponible en el mercado de bienes y servicios (o value for money). El énfasis que se hizo en la discusión sobre las normas regulatorias de la contratación pública -como los requisitos básicos de transparencia y licitación competitiva- se debe a que estas deben ser diseñadas para asegurar que la relación calidad-precio no se vea perjudicada por un comportamiento ineficiente, una mala conducta deliberada -v.gr. un comportamiento corrupto-³⁴, dando cuenta de que estos aspectos son condiciones necesarias de un sistema eficiente, comportándose como

³¹ “The efficiency of the procurement process should be a primary goal of every procurement system”, RACCA ET AL., (2010); “Cost control is definitely a key issue in public (and private) procurement”, ALBANO ET. AL. (2010b), p. 1.

³² La fórmula de SANDERSON precisa: “Quality has a role to play in the helping local authority to provide the right services at the right time, in the right place to the right people (and for the right price)”. Citado en MORAGA (2007), p. 21.

³³ Al respecto, existe un caso especial. Tal como señala ARROWSMITH, la Directiva 2004/18/CE no tendría como propósito central el garantizar una contratación pública eficiente para garantizar la asignación efectiva de recursos a través del mercado, cuestión que los Estados miembros deben abordar dentro de los límites que las directivas de la UE impongan. ARROWSMITH (2012), pp. 83-95.

³⁴ *Op. cit.*, p. 48.

sendas garantías del sistema para cumplir dicho objetivo final, mas no como propósitos autónomos o más importantes³⁵.

Teniendo en cuenta esto, puede ser objeto de debate la conveniencia de positivizar otros objetivos de carácter secundario claves para el buen funcionamiento de la economía³⁶ y que, sin embargo, no encuentran acogida actualmente en el ordenamiento jurídico chileno³⁷; de lo contrario, si estos propósitos no son consagrados en la legislación positiva, los contratos adjudicados por los distintos organismos de la Administración motivados por objetivos de política pública podrían entrar en colisión constante con los principios que informan la legislación sobre contratación administrativa³⁸.

³⁵ *A contrario sensu*, se ha señalado que: “la reforma al mercado de las compras públicas en Chile se desarrolló con el objetivo central de transparentar este mercado”. GOYA y BARRAZA (2007), p. 2. También se ha considerado que la integridad es el objetivo primordial por sobre la eficiencia, como también que el principio de igualdad de trato es un objetivo independiente de la relación calidad-precio. DEKEL (2008), p. 237.

³⁶ Ejemplos de esto es la utilización de la contratación pública como herramienta para alcanzar la integración territorial del mercado comunitario por parte de la Unión Europea (COMISIÓN EUROPEA (2003), pp. 4 y ss.) y, en los últimos años, para alcanzar los objetivos de innovación y sostenibilidad ambiental (COMISIÓN EUROPEA (2004), pp. 1 y ss.) o en el incentivo a la diversificación de la economía a través de la reserva de ciertos contratos a las PYME por parte de EE.UU (MEYER y FATH (2001), p. 560).

³⁷ MEYER y FATH, *op. cit.*, pp. 559 y ss.

³⁸ Un ejemplo de esto se puede observar en el caso “ENASA con I.M. de Cauquenes”. La Municipalidad introdujo un criterio en las Bases de Licitación por el cual se exigió el compromiso de contratar el cien por ciento del personal que se desempeñaba en la empresa que había prestado servicios en la comuna, con el propósito de incentivar el empleo local. En el fallo que acogió la denuncia de ENASA, el TDLC estimó que “25° las exigencias referidas *podrían resultar en una discriminación a favor de operadores que ya se encuentran ofreciendo el servicio*, o bien de potenciales operadores locales, por cuanto ambos grupos tienen ventajas de información sobre los trabajadores de la comuna aptos para las labores en cuestión. Si, como sostiene la Municipalidad, se requieren trabajadores con experiencia, esta cualidad se puede adquirir en cualquier otra localidad”, desatendiendo el propósito de incentivo a la economía y desarrollo de la comuna. TDLC, Rol C-72-2005, sentencia de 07.12.2005.

CAPÍTULO II: VENTAJAS DEL SISTEMA DE COMPRAS PÚBLICAS VIGENTE EN CHILE

Habiendo reconstruido los objetivos perseguidos por el legislador a la hora de establecer el régimen de adquisiciones vigente en nuestra legislación, en el presente capítulo se desglosarán las ventajas funcionales asociadas a los elementos innovadores dentro de la estructura del sistema de compras públicas; en específico, se tratarán las ventajas que presentan la creación de la DCCP y el establecimiento de procedimientos de contratación comunes para la Administración³⁹. Finalmente, y a modo de síntesis, se presentará una fórmula matemática que representa la desagregación de ventajas que presenta la estructura de contratación y que influye directamente en la obtención de precios más bajos por parte de la Administración.

§2.1. LA DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA (DCCP)

La gran novedad introducida por la LBCA al sistema de compras públicas respecto del régimen derogado una vez entró en vigencia es la presencia de un organismo descentralizado⁴⁰ denominado Dirección de Compras y Contratación Pública. Al contrario de la antigua DAE, organismo encargado de ciertas adquisiciones públicas al que vino a reemplazar, la DCCP no realiza directamente las compras del sector público para la Administración de manera centralizada, sino que se constituye como un organismo encargado la adjudicación de los contratos para que los organismos públicos

³⁹ Si bien no se encuentra dentro del propósito de este trabajo, es necesario mencionar que la mayor innovación que presenta la LBCA es respecto del control externo de la actividad contractual de la Administración, (i) creando el *Tribunal de la Contratación Pública* como instancia especializada de impugnación, y (ii) estableciendo la *acción de impugnación* como procedimiento de control.

⁴⁰ Ver *supra*, nota 30.

emitan finalmente las órdenes de compra. Precisando los ámbitos en que se desenvuelve la DCCP en este rol de gestión según el art. 30 LBCA, es posible distinguir los siguientes roles que cumple, a saber:

- a) Rol de supervisión del funcionamiento del sistema. La DCCP deberá (i) *licitar* la operación del Sistema Electrónico de Información e Intermediación de Compras y Contrataciones del Sector Público y velar por su correcto funcionamiento; y (ii) *administrar, mantener actualizado y licitar* la operación del Registro de Contratistas y Proveedores.
- b) Rol de contratación. La DCCP tendrá la facultad de (i) *suscribir convenios marco*, pudiendo actuar de oficio o a petición de distintos organismos de la Administración; y (ii) *licitar bienes o servicios* en representación de uno o más organismos públicos.
- c) Rol asesor. La DCCP debe *prestar asesorías*, tanto para (i) los organismos públicos en la planificación y gestión en los procesos de contratación y adquisición, como para (ii) los particulares interesados en el funcionamiento de dichos procesos.
- d) Rol de información y promoción. En este rol, la DCCP deberá (i) *ejercer una labor de difusión* hacia los proveedores actuales y potenciales de la Administración, de las normativas, procedimientos y tecnologías utilizadas por esta; además, deberá (ii) *promover la máxima competencia posible* en los actos de contratación de la Administración, desarrollando iniciativas para incentivar la participación de la mayor cantidad de oferentes.

2.1.1. Dos bases funcionales: centralización y e-procurement

Que la DCCP sea la piedra angular del sistema de compras públicas es consecuencia de la intervención que tiene en sus aspectos más importantes, actuando de facto como el ente regulador de todo el sistema⁴¹. Así, de los dos primeros roles que

⁴¹ Se ha dicho que, ante la falta de un órgano que formalmente sea el regulador de todo el sistema, “este vacío institucional ha sido llenado en buena parte y de manera informal por Chilecompra que, si bien tiene algunas de estas funciones oficialmente asignadas, hay otras muy importantes como son la de

ejerce, es posible concluir que las bases funcionales del sistema de compras públicas establecido por la LBCA son la *centralización de los procesos de contratación* y el *establecimiento de la contratación electrónica (o e-procurement)*.

Sobre la primera de estas características, es posible observar que la tendencia a la centralización no ha sido completamente acogida por el legislador, tal cual sucede en el derecho comparado⁴². Esta centralización se manifiesta en dos facetas, a saber: la centralización de la contratación y la centralización de la información.

En cuanto a la contratación, la centralización se manifiesta a través de la facultad de suscripción de convenios marcos y de licitar bienes y servicios en representación de uno o varios organismos públicos. Si bien la DCCP está facultada para suscribir convenios marco de suministros de bienes con los particulares, convenios a los cuales los organismos de la Administración deberán acudir para el suministro de bienes (salvo excepciones presentadas más adelante⁴³), es necesario señalar que la suscripción de dichos convenios marco (i) no será obligatoria para las municipalidades, sin perjuicio de que éstas, individual o colectivamente puedan adherir de forma voluntaria a los mismos, y (ii) no será obligatoria para las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública respecto de la adquisición de los bienes y servicios que respectivamente determinen sus autoridades logísticas. El resguardo de la autonomía financiera de estos organismos públicos autónomos es garantizado por esta vía.

Debido a estas exclusiones, es posible concluir que el sistema de compras públicas vigente en nuestra legislación es parcialmente centralizado o, de forma más precisa, que tiende fuertemente a la centralización de sus operaciones mas sin centralizarlas de forma completa, ya que no todas las adjudicaciones de la Administración se realizan necesariamente bajo la modalidad convenio marco y pudiendo algunos organismos públicos utilizar otros procedimientos de contratación según estimen más convenientes.

redactar políticas, proponer enmiendas al marco legal, realizar evaluación del desempeño del sistema como un todo, entre otras, que no están formalmente asignadas”. CHILECOMPRA, p. 7.

⁴² En general, todos los sistemas de compras públicas se ubican en un rango de posibilidades que contempla ciertos grados de centralización que nunca es total, a excepción de Etiopía, que ha centralizado dicha actividad administrativa por completo. ALBANO (2014), p.6.

⁴³ Ver *infra*, pp. 74-5.

Dicho de otra forma, el sistema de compras públicas es parcialmente centralizado en su faz orgánica.

Donde sí se manifiesta una centralización total es en el ámbito de la información, ya que la Ley le asigna a la DCCP la función de supervisar el correcto funcionamiento del Registro de Proveedores y del Sistema de Información de Compras y Contrataciones, plataforma virtual a través de la cual deben realizarse todas las operaciones en el sistema, tanto para los poderes adjudicadores como para los particulares que participan en cada uno de los procesos de compra.

Para facilitar la centralización de la información, el legislador estimó como trascendental el uso de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones (TICs) en la configuración del sistema de compras, con el objetivo de que a corto plazo dicho procedimiento fuere comprendido de forma íntegra en la automatización. Así, el Gobierno estimó, en su Mensaje, que:

“A corto plazo, esto (las operaciones de contratación) se debe traducir en realizar, por medios electrónicos, las notificaciones de avisos de licitación y la divulgación de la información requerida a los proveedores. A través de dichos sistemas, los proveedores podrán listar sus productos y precios en los catálogos electrónicos y, así, las entidades contratantes podrán comparar condiciones y adquirir en forma electrónica el bien de mejor valor, que cumpla con sus necesidades”⁴⁴.

El artículo 18 consagra la incorporación al sistema de contratación de las TICs, cuestión que se enmarcó en un proceso transversal a toda la Administración. Doctrinariamente, la Administración pública electrónica supone:

“un nuevo modelo de administrar basado en la aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación en el desarrollo de las actividades administrativas con dos dimensiones diferenciadas: de un lado, la dimensión interna, que comprende la aplicación de las TIC en el trabajo administrativo interno y en las relaciones interadministrativas; y, de otro lado, la dimensión externa, referida a la aplicación de las TIC con el objetivo de

⁴⁴ MENSAJE DEL EJECUTIVO, p. 6.

ofrecer servicios públicos y procedimientos administrativos en sede electrónica a los administrados”⁴⁵.

La consecuencia concreta de la aplicación de las TICs a la configuración del sistema de compras públicas es que toda la información que se genere a partir de los procesos de adquisición estará almacenada en el Sistema de Información o en el Registro de Proveedores a través de una plataforma virtual en la cual es uso de Internet es indispensable (excluyendo otro tipo de aplicaciones cuyo funcionamiento no depende de la conexión a la web; por ejemplo, órdenes de compra vía teléfono o fax)⁴⁶. Dicho esto, y a partir de los tipos de herramientas electrónicas para la realización de transacciones que la literatura ha distinguido (siendo de menor a mayor complejidad: el e-MRO, el ERP basado en web, el e-sourcing, la información electrónica, y la licitación electrónica junto con la reverse e-auction), la forma en que está configurado el Sistema de Información posibilita la interacción de los organismos públicos con los proveedores de bienes y servicios requeridos, permitiendo a su vez el desarrollo en tiempo real de todas las etapas del íter contractual desde la publicación del requerimiento de un bien o servicio hasta la emisión de las órdenes de compra. A esta plataforma virtual se le denomina *marketplace*⁴⁷.

Según lo establecido en el artículo 18 LBCA:

Artículo 18.- Los organismos públicos regidos por esta ley deberán cotizar, licitar, contratar, adjudicar, solicitar el despacho y, en general, desarrollar todos sus procesos de adquisición y contratación de bienes, servicios y obras a que alude la presente ley, utilizando solamente los sistemas electrónicos o digitales que establezca al efecto la Dirección de Compras y Contratación Pública (...)

Los organismos públicos regidos por esta ley no podrán adjudicar contratos cuyas ofertas no hayan sido recibidas a través de los sistemas electrónicos o digitales establecidos por la Dirección de Compras y Contratación Pública. No obstante, el reglamento

⁴⁵ MARTÍNEZ (2009), pp. 202-3.

⁴⁶ DE BOER ET AL (2001), p. 120.

⁴⁷ MAHDILLOU y AKBARY (2014), p. 40 y ss., y DE BOER ET AL, *op. cit.*, p. 121.

determinará los casos en los cuales es posible desarrollar procesos de adquisición y contratación sin utilizar los referidos sistemas⁴⁸.

La Comisión Europea define como contratación pública electrónica como “la utilización de medios electrónicos en el tratamiento de las operaciones y en la comunicación por parte de los organismos del sector público a la hora de adquirir bienes y servicios o licitar obras públicas”⁴⁹. A partir de esta definición, es posible incluir que el citado artículo establece un sistema de contratación electrónica estricta, es decir, que el uso de las TIC es obligatorio tanto para los organismos públicos como para los particulares que concurren al proceso de contratación y, además, dicha obligación comprende todo el proceso de adquisición, desde su inicio (la publicación de las bases) hasta su conclusión (ya sea la adjudicación de un contrato o la orden de compra, según el caso); de forma más precisa, el proceso de adquisición que la LBCA establece abarca la necesidad inicial de identificación y especificación por parte de los usuarios a través de las etapas de búsqueda, abastecimiento y negociación de contratos y colocación de pedidos, e incluye mecanismos que registran el recibo, activan el pago y respaldan la evaluación posterior al suministro⁵⁰.

Entre las posibles ventajas que presenta la contratación electrónica desarrollada en plataformas marketplace, la doctrina comparada enumera las siguientes:

- (i) la reducción de los costos de transacción
- (ii) emisión más rápida de órdenes de compra;
- (iii) ampliación de opciones de proveedores;
- (iv) procesos de adquisición estandarizados y más eficientes;
- (v) incremento del control sobre los gastos de adquisición (menos compras inconformistas) e incremento de la eficiencia laboral del empleado;
- (vi) alternativas más accesibles para los compradores;
- (vii) disminución de trámites administrativos repetitivos, y

⁴⁸ Destacado propio.

⁴⁹ COMUNIDAD EUROPEA (2012), p. 2.

⁵⁰ CROOM y BRANDON-JONES (2009), p. 447.

(viii) flujos de trabajo de adquisición rediseñados⁵¹.

2.2.2. *Síntesis*

Es en torno a estas bases funcionales del sistema -centralización y contratación electrónica- que se enmarcan las otras funciones de la DCCP, a saber: la licitación de la operación del Registro de Contratistas y Proveedores y la licitación de la operación del Sistema de información y de otros medios para la compra y contratación electrónica de los organismos públicos, velar por su correcto funcionamiento y actuar como contraparte del operador de estos sistemas. Tanto el Registro de Contratistas y Proveedores como el Sistema de Información de Compras y Contrataciones constituyen la base operacional mediante el cual el Estado adquiere bienes y servicios.

§2.2. LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN

Al contrario de lo que ocurre con los contratos entre particulares, el proceso de formación del consentimiento para la contratación de los órganos de la Administración está fuertemente reglamentado, adoleciendo de vicio de nulidad toda aquella transacción que se desvíe sustancialmente de dichas reglas; en el mismo sentido, la elección de contratante por parte de la Administración tampoco está abandonada a los designios de la arbitrariedad funcionaria, sino que, por mandato del art. 7º inc. 1º de la CPR deberá elegirlo en la forma que prescribe la ley.

La determinación de las condiciones de una transacción entre privados es fruto de un libre proceso de negociación de intereses entre oferente y demandante. En el caso de un contrato administrativo, la legislación otorga herramientas a la Administración que buscan replicar –dentro de los márgenes que impone el marco normativo del derecho público- las condiciones generales del mercado con el fin de satisfacer una necesidad

⁵¹ NEEF (2001), pp. 28 y ss.

pública determinada; así, el Estado ha configurado distintos modelos de negociación para la selección del co-contratante.

2.2.1 Unificación de la normativa aplicable

En este sentido, el primer aspecto digno de destacar es que el régimen legal vigente para las compras públicas vino a superar el contexto de dispersión normativa. La LBCA sistematizó los modelos de negociación existentes en distintos cuerpos legales y reglamentarios y estableció normas comunes aplicables de forma general a toda la Administración del Estado⁵², prescribiendo distintos procedimientos de selección de co-contratantes para la celebración de contratos de suministro y de prestación de servicios a los cuales los órganos de la Administración recurren dependiendo de la complejidad de la transacción, a saber: la licitación pública, la licitación privada, el trato directo y la adquisición vía convenios marco.

2.2.2. La licitación pública como base normativa de los procedimientos de selección

En segundo lugar, al establecer el catálogo de procedimientos de selección, la LBCA no estableció un régimen general o supletorio, y solo se remitió a establecer una norma de cuantía para la aplicación obligatoria de la licitación pública (“será obligatoria cuando las contrataciones superen las 1.000 unidades tributarias mensuales”)⁵³. Sin embargo, a partir de lo establecido en el artículo 9º de la LOCBGAE, los contratos administrativos “se celebrarán previa propuesta pública en conformidad a la ley”, mientras que “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

⁵² Salvo las excepciones previstas en el art. 1 inc. 2 de la LBCA: “se entenderán por Administración del Estado los órganos y servicios indicados en el artículo 1º de la Ley N° 18.575, salvo las empresas públicas creadas por ley y demás casos que señale la ley”.

⁵³ El Proyecto del Ejecutivo sí contemplaba una regla general explícita, estableciendo su artículo 15 que “la Administración adjudicará los contratos que celebre mediante Licitación Pública, Licitación Privada o Contratación Directa (...) La Administración usará normalmente la Licitación Pública como mecanismo de adjudicación. Sólo se admitirá la licitación privada en los casos que señale el Reglamento y previa resolución fundada que la autorice”. Posteriormente se eliminó esta regla general.

directo”. Ergo, el carácter excepcional de la aplicación de otros procedimientos contractuales (“*previa resolución fundada*”) permiten señalar que el procedimiento concursal abierto constituye la base normativa del sistema de adquisiciones públicas, en lo que a formas de contratación se refiere. Dicha aseveración se ve fortalecida por lo prescrito por el art. 8 LBCA (“Procederá la licitación privada o el trato o contratación directa *en los casos fundados que a continuación se señalan...*”) y por el art. 9 inc. 2 (“No obstante, y en casos fundados, las Entidades podrán realizar sus procesos de contratación *a través de la Licitación Privada o el Trato o Contratación Directa*”) e inc. 10 (“*La Licitación Privada o el Trato o Contratación Directa proceden, con carácter de excepcional, en las siguientes circunstancias (...)*”) del Reglamento.

El establecimiento de la licitación pública como norma general de contratación administrativa es del todo coherente con el principio de libre concurrencia de los participantes que informa toda la actividad convencional del Estado, a tal punto de ser considerado por la doctrina como un principio positivizado por el legislador a partir del amplio reconocimiento que la doctrina y jurisprudencia administrativa han hecho de él. Según MORAGA,

“toda persona es un potencial contratante del Estado. El ordenamiento jurídico le reconoce a ella el derecho de participar en una licitación y de contratar con la Administración sin que autoridad o persona alguna pueda impedirlo, puesto que ello sería manifestación de una discriminación arbitraria (Artículo 19 N° 2 y 22 CPR)”⁵⁴.

De esta forma, tanto el principio de libre concurrencia de los particulares es el corolario normativo como la licitación pública es corolario procedimental del principio económico de competencia. La doctrina administrativa ha entendido el principio de libre concurrencia de los particulares como protección y garantía de la igualdad de acceso a la contratación con la Administración y de los intereses económicos de la Administración mediante la promoción de la máxima competencia posible⁵⁵, lo que ha sido posible

⁵⁴ MORAGA, *op. cit.*, pp. 108-9.

⁵⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), p. 716.

configurar a partir de un procedimiento abierto para así aprovechar sus ventajas esperadas⁵⁶. De este modo, a decir de CELIS:

“De acuerdo con la jurisprudencia administrativa, el principio jurídico de libre concurrencia de los participantes 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 de concurso. La lógica que funda el principio consiste en que mientras más numerosas sean las ofertas válidas que concurren a una licitación, mayor es el ámbito de acción de la Administración para elegir la propuesta más satisfactoria al interés público, en la medida, naturalmente, que no se transgredan los principios de estricta sujeción a las bases y de igualdad de los licitantes”⁵⁷.

2.2.3. El convenio marco como base procedimental-funcional del sistema

Con todo, y a pesar de su consagración como regla general para la adjudicación de los contratos administrativos, la utilización de la licitación pública como herramienta de adquisiciones sigue siendo normativamente residual pues para su aplicación por los organismos de la Administración se exige una condición: la consulta previa al catálogo de convenios marco suscrito por la DCCP.

El numeral 14 del art. 2 RLBCA define Convenio Marco como un “procedimiento de contratación realizado por la Dirección de Compras, para procurar el suministro directo de bienes y/o servicios a las Entidades, en la forma, plazo y demás condiciones establecidas en dicho convenio”, cuya suscripción por parte de la DCCP se efectuará, en virtud del artículo 16 RLBCA, “de acuerdo a la Ley de Compras y su reglamento”. Como el convenio marco es una herramienta cuyo propósito es adquirir grandes volúmenes de compra⁵⁸ (superior a las 1000 U.T.M), la adjudicación del convenio marco se realizará generalmente previa licitación pública.

⁵⁶ “With free entry and an absence of collusion, prices will be driven to marginal costs, and those costs will be minimized, as firms compete for survival; competition also serves as an important driver of innovation, and firms can learn from one another and improve their offers”. ANDERSON y KOVACIC (2009), p. 70.

⁵⁷ CELIS (2010), p. 461 (destacado propio), a partir de la siguiente jurisprudencia administrativa: CGR, dictamen N° 14.133, de fecha 16.04.2002; y CGR, dictamen N° 49.350, de fecha 04.11.2003.

⁵⁸ Ver *infra*, pp. 48-50.

Conjuntamente, el art. 30 letra d) LBCA prescribe como obligación para los organismos públicos el uso como primera opción de compra de los bienes y servicios disponibles a través de los convenios marco vigentes, es decir, se debe consultar el catálogo electrónico antes de proceder a llamar a una licitación pública o privada, o la suscripción de un contrato en forma directa. Estas últimas opciones estarán permitidas a los organismos contratantes cuando “por su propia cuenta obtengan directamente condiciones más ventajosas. En este caso deberán mantener los respectivos antecedentes para su revisión y control posterior por parte de la correspondiente entidad fiscalizadora”.

En este punto es posible distinguir la gran diferencia entre la DCCP y la DAE como ente especializado para las adquisiciones del sector público: mientras la antigua DAE realizaba directamente todo el proceso de contratación, acto de adquisición inclusive, la labor de la DCCP radica principalmente (mas no de forma exclusiva) en obtener y fijar para la Administración las condiciones más ventajosas para la adquisición de bienes y servicios, hecho material que está sujeto a las necesidades de cada organismo⁵⁹.

La importancia del convenio radica en su capacidad de combinar las ventajas de la licitación pública y las del trato directo distinguiéndose metodológicamente la fase de adjudicación del convenio con la fase de adquisición del bien o servicio en el marco de dicho convenio:

- (i) *Adjudicación.* Por un lado, el convenio marco es adjudicado bajo las reglas de adjudicación de la licitación pública, aprovechando la objetividad de las normas de adjudicación y la competencia que pueda generarse entre los potenciales proveedores en el concurso licitatorio; así, la fase de adjudicación se centraliza a través de la delegación de la negociación de las condiciones generales de los organismos públicos a la DCCP. La negociación centralizada presenta una gran ventaja: al

⁵⁹ Ya lo decían los representantes del Ministerio de Hacienda y de la DAE durante la discusión parlamentaria: “a la futura Dirección no le corresponderá efectuar compras, las que serán realizadas por los distintos servicios públicos”. HISTORIA DE LA LEY, p. 167.

- (ii) *Adquisición.* Por otro lado, una vez finalizado ese proceso de contratación y fijadas esas condiciones, cada uno de los organismos públicos puede adquirir un bien o servicio sin la necesidad de realizar un nuevo proceso licitatorio, simplemente emitiendo una orden de compra al proveedor que se adjudicó el convenio.

En conclusión, si bien el ordenamiento jurídico consagra a la licitación pública como base normativa de la contratación al prescribir su uso como regla general, la obligación de consultar previamente el catálogo de bienes y servicios disponibles vía convenio marco hace que esta herramienta sea, efectivamente, la base funcional del sistema de adquisiciones estatales vigente en Chile. Que los convenios marco sean la base funcional del sistema de compras públicas se debe a las ventajas que este procedimiento de contratación y adquisición presenta como herramienta para la adquisición de bienes y servicios “no especiales”, de uso cotidiano⁶⁰. Esto lo confirma el volumen de transacciones realizadas: para el año 2014 se estima que el 59% del gasto público fue cubierta por transacciones vía convenio marco⁶¹.

§2.3. LA LÓGICA ECONÓMICA DEL SISTEMA: COSTOS DE TRANSACCIÓN Y ECONOMÍAS DE ESCALA

2.3.1. Costos de transacción

2.3.1.1. Marco teórico

En cuanto a la eficiencia del sistema de compras públicas, el impacto del establecimiento de un sistema centralizado y electrónico para el desarrollo de la actividad contractual de la Administración es, sin lugar a duda, profundo: en términos concretos,

⁶⁰ Un análisis de los aspectos negativos del convenio marco se ofrecerá *infra*, pp. 70-6.

⁶¹ OECD (2017), p. 40.

la introducción de dichas reformas tiene por objeto la disminución de los *costos de transacción* -es decir, todos los costos en que se incurre para poder llevar a cabo una transacción- presentes en los procesos de adjudicación.

Para la teoría económica, el origen de los costos de transacción es uno solo: para todo agente que opere dentro del mercado es imposible que cuente con información perfecta para una transacción determinada⁶². De ahí, y tal como lo hace COASE, es posible distinguir varias expresiones de los costos de transacción en virtud de la etapa de la transacción que se trate:

“Para llevar a cabo transacciones de mercado es necesario, entre otras cosas, descubrir con quién deseamos transar, informar a la gente que deseamos intercambiar y en qué términos, conducir negociaciones que lleven a un convenio, redactar el contrato, llevar a cabo la inspección necesaria para asegurarnos de que los términos del contrato se observan, y así sucesivamente”⁶³.

La comprensión de estos costos en su correcto sentido y alcance ha logrado explicar el fenómeno de las externalidades, a tal punto de constituir un verdadero obstáculo para la realización de muchas transacciones dentro de un mercado⁶⁴.

2.3.1.2. *Costos de transacción y unificación normativa*

En primer lugar, se partirá desde la premisa que indica que una ley que regula la contratación pública de manera uniforme, tal como lo hace la LBCA, puede verse como una forma de *reducir los costos de transacción* al “hacer que las elecciones sean repetitivas”,

⁶² DAHLMAN (1979), p. 148.

⁶³ COASE (2002), p. 98.

⁶⁴ Para DAHLMAN, existe una relación causal entre costos de transacción y externalidades. Así, critica a los defensores de la “política del bienestar” por proponer “eliminar las externalidades, que son solo uno de los síntomas de un mundo imperfecto, en lugar de los costos de transacción, que son el meollo de la cuestión de lo que impide alcanzar dicho óptimo de Pareto, porque si solo pudiéramos eliminar los costos de transacción, las externalidades no tendrían consecuencias”. DAHLMAN, *op. cit.*, p. 161.

prescribiendo el mecanismo de búsqueda que se supone que los representantes de los organismos públicos deben asumir para obtener una negociación racional⁶⁵.

La reducción de costos de transacción que implica la unificación de la normativa que rige la contratación administrativa se explica de la siguiente forma: habiendo n entidades que requieren la misma cantidad q de un producto determinado x , existirá un solo procedimiento aplicable para todas esas adquisiciones. Esto tiene por consecuencia que los costos para determinar cuáles son los pasos a seguir disminuyen pues un particular interesado en ofrecer Qx no necesitará tener conocimiento sobre n reglas sino solamente de una regla; ergo, facilita la especialización de los potenciales proveedores en el conocimiento de los procedimientos, especialización que es progresiva a medida que la participación se va repitiendo (know how). A esta variable se le denominará “U”.

2.3.1.3. Costos de transacción, centralización y e-procurement

Ante la distinción entre costos de búsqueda e información, costos de negociación y costos de decisión, vigilancia y costos de ejecución, la inclusión de herramientas de e-procurement y la centralización de información en la DCCP en el marco jurídico que regula la contratación en cuanto a suministros y prestación de servicios comprende el tratamiento de los dos primeros tipos de costos de transacción, buscando mejorar la organización económica de la actividad mercantil en la que la Administración se desenvuelve (en específico, una parte no menor del mercado de bienes y servicios) mediante un reordenamiento institucional.

En primer lugar, se entienden por *costos de investigación e información* los que la Administración incurre en la labor de determinar el grado de disponibilidad de un bien o servicio y las variables de precio entre los particulares que componen la oferta en un mercado determinado. Con el establecimiento del Registro de Contratistas y Proveedores y del Sistema de Información, las labores de investigación disminuyen de forma dramática, por cuanto la DCCP cuenta con una base de datos actualizada de los proveedores a la cual puede consultar casi en tiempo real, pudiendo requerir un estudio

⁶⁵ RAUDLA (2007), p. 208.

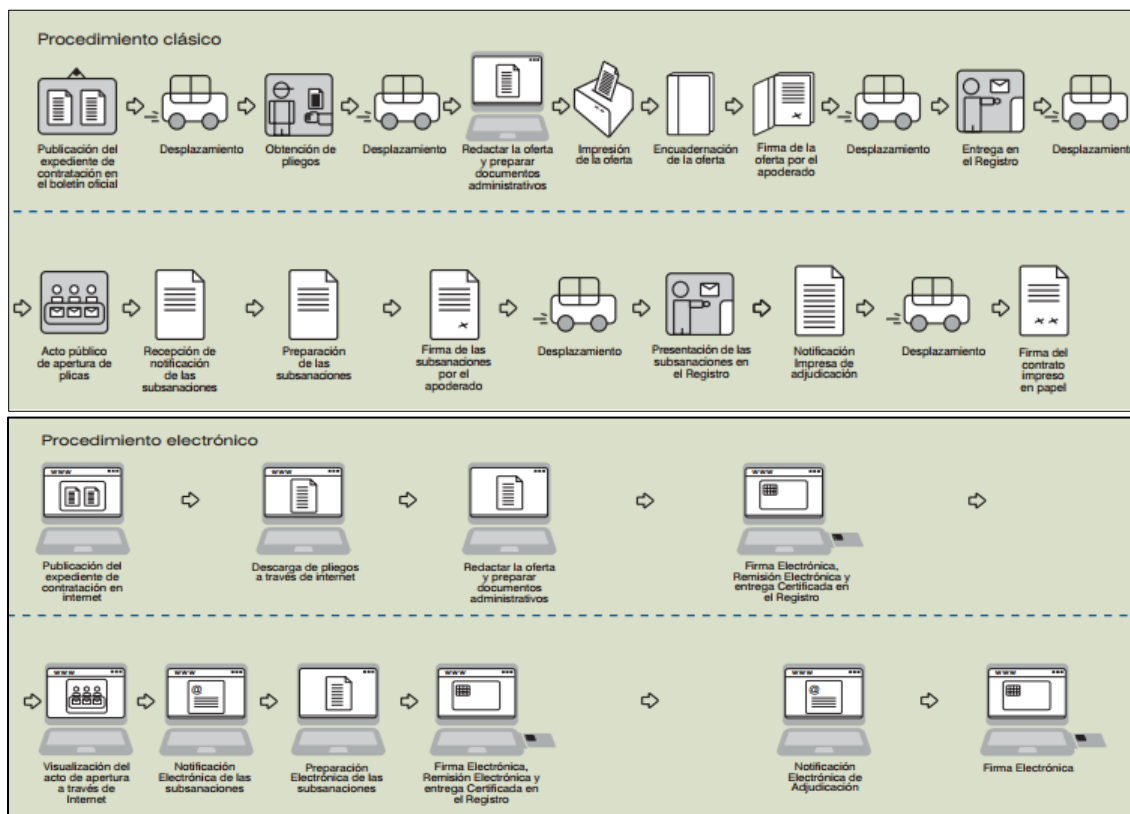
de mercado de no contar con información suficiente; y con respecto a esto último, el centralizar las labores de investigación en un solo organismo permite que la especialización de los funcionarios que realizan estas labores.

En segundo lugar, se entienden por *costos de negociación y decisión* aquellos en los que la Administración incurre con el objetivo de lograr un acuerdo que permita la transacción de un bien o servicio determinado. En este punto se vuelve necesario destacar varios aspectos. Tanto en las labores de negociación como de decisión, el establecimiento de un sistema de contratación electrónica de orden estricto y que atraviesa todo el íter contractual -desde la publicación de las bases hasta la suscripción del contrato o la emisión de la orden de compra, según el caso-, presenta tres grandes beneficios, a saber:

- (i) *Ahorro en gastos de oficina.* Al no necesitar sus actos de respaldo físico y al no aceptar actuación alguna de forma material, permite que el gasto en papelería, imprenta y archivero disminuya notablemente comparado con un proceso análogo. A esta variable se le denominará “**A_{Gof}**”;
- (ii) *Velocidad en el procedimiento de adjudicación.* El establecimiento de un marketplace (Sistema de Información) donde se realizan todas las gestiones conducentes a la finalización del proceso de adquisición permite a la Administración ahorrarse varias etapas no formales en los procedimientos, haciéndolos más expeditos, tal como muestra la Figura 1. Como consecuencia, lejos de ser un proceso burocrático y poco transparente, los procesos de contratación por parte de la Administración se vuelven cada vez más expeditos. A esta variable se le denominará “**V_{Adq}**”; y
- (iii) *Automatización: menos margen para la manipulación.* Todo el íter contractual se encuentra automatizado, lo que disminuye la probabilidad de manipulaciones dentro del proceso. Esto es particularmente sensible durante la etapa de adjudicación, pues el sistema automatizado permite que la adjudicación de un contrato esté desprovista de decisiones arbitrarias reñidas con los parámetros objetivos establecidos por las bases del contrato. También adquiere relevancia en la suscripción del contrato y en la emisión de la orden de compra, trámites

esenciales que son posibles de realizar de forma virtual, mediante firma electrónica avanzada. Dicha variable será denominada “Au”.

Figura 1 - Comparación entre el procedimiento análogo y el procedimiento electrónico



Fuente: Gobierno Vasco, Departamento de Hacienda y Administración Pública.

Además de los beneficios inmediatos que genera el establecimiento de un único Sistema de Información de operación centralizada, se generan otras dos consecuencias positivas:

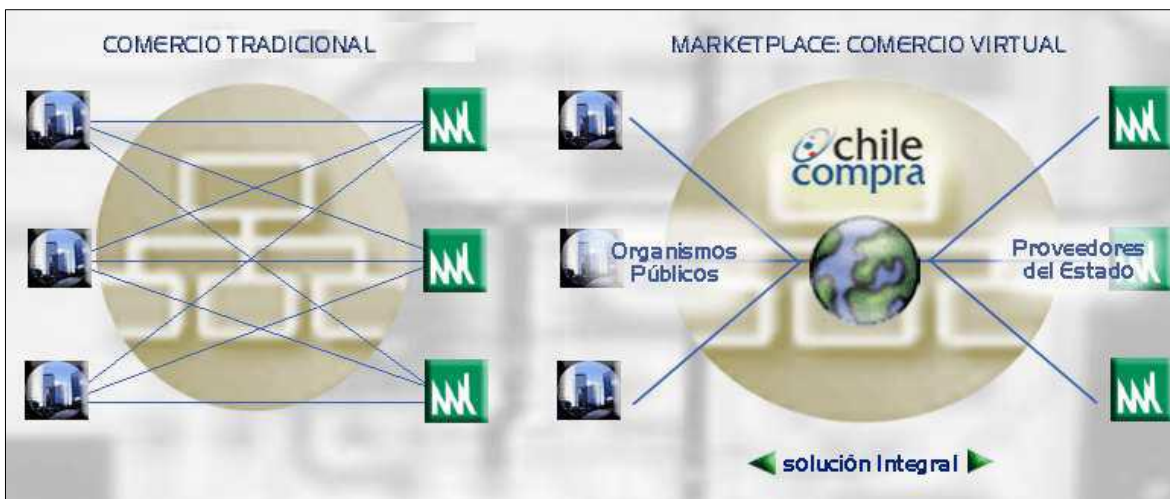
- *Mayores oportunidades de negocio.* El que la información sobre los procesos de adjudicación se encuentre centralizada en una sola plataforma permite que los particulares no incurran en grandes esfuerzos para detectar las oportunidades de negocios, comparado con una situación donde la información se encuentra dispersa (así como si cada entidad pública manejara su propio sitio de información). Esto permite, *prima facie*, que cada particular pueda concurrir a un mayor número de procesos de adjudicación, y desde la perspectiva del organismo

- licitante, que para cada proceso de adquisición concurren más oferentes⁶⁶. Así, en cada proceso aumenta la competitividad. Esta variable será denominada “**MON**”;
- *Especialización*. La centralización de los procesos de adjudicación -sea en virtud de la suscripción de un convenio marco, sea en virtud del monitoreo de los procesos de adjudicación que se desarrollan en el sistema Chilecompra- permite que la entidad central de compras vaya generando conocimiento que sirva de base para efectuar procesos más eficientes (el conocimiento adquirido de fortalezas y debilidades) y, a su vez, para elaborar políticas y recomendaciones que sirvan al resto de los organismos de la Administración para la gestión de las compras efectuadas (**Esp**);

A modo de síntesis, el establecer un sistema centralizado de información tiene un doble efecto, el cual es posible graficar tal cual como se presenta en la Figura 2. Por una parte, el contar con una única base de datos sobre los oferentes disminuye la proliferación de las labores de búsqueda y de redacción de especificaciones técnicas, permitiendo a los organismos públicos acceder a oferentes que, de no mediar un sistema centralizado de información, no podrían acceder o le resultaría muy difícil; por otra parte, la conformación de una base de datos dinámica sobre demanda de bienes y servicios por parte del sector público permite a los particulares acceder a mayores oportunidades de negocio, precisamente, por la disminución de dichas labores de búsqueda. Además de dicho doble efecto, el contar con las herramientas propias que ofrecen las TIC hace que el flujo de información sea aún más expedito pues el acceso a la base de datos se vuelve instantáneo.

⁶⁶ NAWI ET AL. (2016), p. 330.

Figura 2 - Flujos de información comparados: Contratación Tradicional v/s Contratación Electrónica



Fuente: Plan estratégico 2007 Dirección de Compras y Contratación Pública, Gobierno de Chile, Ministerio de Hacienda

2.3.2. *Agregación de la demanda*

Las razones por las cuales el legislador prefiere la adquisición vía convenio marco frente al resto de los procedimientos como método cotidiano de adjudicación dicen relación con tres aspectos clave del mismo convenio: *simplificación del proceso* de adjudicación, *agregación de la demanda* de diversos organismos públicos y el aprovechamiento de la *competencia* en la etapa de adjudicación⁶⁷. En primer lugar, esto último es posible gracias a que la adjudicación de un convenio marco utiliza la forma de la licitación pública, aprovechando las características expuestas *supra*⁶⁸.

2.3.2.1. *Aprovechamiento de economías de escala*

En segundo lugar, en su forma más simple, una asignación eficiente de un contrato de adquisición requiere que la entidad contratante seleccione al contratista más hábil, es decir, la empresa con el costo total más bajo para cumplir con las necesidades expresadas en el contrato⁶⁹. Asumiendo que el precio ofrecido por cada oferente es establecido en

⁶⁷ STRAND (2011), p. 13.

⁶⁸ Ver *supra*, pp. 38-40.

⁶⁹ ALBANO y NICHOLAS (2016), p. 35.

función de los costos de producción de cada oferente⁷⁰ que participa en un procedimiento concursal, es posible expresar en términos matemáticos esta situación de la siguiente manera:

$$A = C_{PA} < C_{P1...n}, C_{Pn},$$

siendo “A” el particular quien se adjudica el contrato, “C_{PA}”, la función de producción del oferente ganador, y “C_{P1...n}, C_{Pn}” las funciones de producción de cada uno de los oferentes que participaron del concurso a excepción de “A”. Como el precio de un bien en el mercado está establecido en función de los costos de su producción, si la producción de un bien “x” logra ser más eficiente cuanto más se produce, los costos medios decrecerán según la productividad crezca⁷¹ y, por tanto, el precio de este bien bajará. A esto la economía denomina “economía de escala”.

La utilización de un procedimiento centralizado de adquisiciones permite obtener ventajas comparativas frente a modelos que permiten la adquisición de bienes y servicios a cada organismo público por su propia cuenta, sobre todo si se considera el uso de la licitación pública. La adquisición de grandes volúmenes de bienes o servicios por parte de la DCCP destinada a satisfacer las necesidades de varios organismos públicos se presenta, en general, como una oportunidad de negocios muy atractiva frente a la adquisición de un solo organismo en particular, por muy grande que esta adquisición sea. La utilización del convenio marco por parte de la DCCP permite utilizar la agregación de la demanda a su favor, aprovechando las economías de escala: al manejar una demanda elevada, los proveedores tienden a competir de forma más agresiva mediante la presentación de ofertas con precios más bajos. Desde el punto de vista del proveedor,

⁷⁰ “En un mercado competitivo, el precio se determina por interacciones entre oferta y demanda del bien producido. A largo plazo, las empresas tratan de optimizar sus escalas de producción en el punto donde el costo medio es mínimo, pues la entrada de competidores en busca de rendimientos positivos hará que el precio baje hasta anularlos. Por lo tanto, en el largo plazo el mercado estará en equilibrio cuando el precio sea igual al costo medio, y éste, a su vez, sea igual al costo marginal”. RAMÍREZ ET AL. (2009), p. 214.

⁷¹ PINDYCK y RUBINFELD (2009), pp. 240 y ss.

manejar grandes volúmenes con una cantidad de clientes pequeña es mucho más ventajoso frente a manejar pequeños volúmenes con una gran cantidad de clientes, aunque el monto total del contrato sea el mismo para ambos casos⁷². Finalmente, “se considera que esta forma de agregación de la demanda tiene efectos positivos tanto para los poderes adjudicadores como para los operadores económicos, como las economías de escala, el aumento del poder adquisitivo por parte de las entidades públicas y la posibilidad de compartir costos y riesgos”⁷³.

En síntesis, al agregar la demanda de n entidades públicas para un bien o servicio x , “los proveedores están en posición de explotar las economías de escala, operando a un costo unitario más bajo”, aprovechando que “los costos de producción comprenden una fracción considerable de los costos fijos, es decir, los costos que son independientes de la escala de producción. Al aumentar la producción, las empresas pueden operar a un costo unitario más bajo”⁷⁴. A esta variable se le denominará “**EE**”.

2.3.2.2. *Convenios marco y costos de transacción*

Finalmente, el establecimiento de los convenios marco también implica disminución de los costos de transacción asociados a los gastos del proceso, al hacer más simple los procesos de adjudicación. Al agregar la demanda de n entidades públicas para un bien o servicio x en un solo proceso de adjudicación, se evitan repetir los gastos: en vez de realizar n licitaciones (asumiendo que se trata de grandes compras) se realiza un solo proceso de adjudicación para todas las entidades que requieren de dicho bien o servicio, evitando la repetición de los esfuerzos destinados en el estudio de impacto de cada proceso y en la preparación de las bases de cada concurso. A esta última variable se denominará “**G_{ap}**”.

⁷² OECD (2018), pp. 26 y ss.

⁷³ RACCA (2014), p. 225.

⁷⁴ ALBANO, BALLERIN y SPARRO (2010), p. 10.

§2.4. SÍNTESIS: EXPRESIÓN MATEMÁTICA DE LOS BENEFICIOS DEL SISTEMA

Ya visto lo anteriormente descrito, el recurrir al convenio marco reporta ventajas evidentes para la Administración pues, sumado al sistema parcialmente centralizado e inmediatizado de contratación –el Sistema de Información y la obligatoriedad del uso de los medios electrónicos en todo el íter contractual-, disminuye considerablemente los costos de transacción, en específico, aquellos costos de investigación e información necesarios para la determinación de la disponibilidad de un bien en el mercado, así como la determinación del menor precio disponible, una adecuado estudio para la determinar la relación calidad/precio deseada, etc. En vez de recurrir a los gastos propios de las licitaciones –véanse, los recursos materiales y técnicos empleados para la elaboración de bases técnicas, administrativas, emisión de resoluciones, el empleo de tiempo en la evaluación de las ofertas y el respeto de plazos determinados por la ley-, el órgano licitante recurre al catálogo electrónico disponible en el sitio web de Chilecompra Express⁷⁵ y emitir la orden de compra. Además, la utilización del convenio marco le permite a la Administración adquirir un bien o servicio a un precio más bajo que el que podría obtener mediante un proceso licitatorio, gozando de los beneficios que las economías de escala brindan ante las compras realizadas en forma conjunta (agregación de la demanda). En ese sentido, el ahorro que implica la utilización del convenio marco no es menor.

A modo de síntesis de las ideas presentadas en este capítulo, es necesario partir por el objetivo final del sistema de compras públicas: la obtención de la mejor relación precio-calidad disponible en el mercado en los procesos de compras públicas. Este objetivo se logra mediante dos elementos estructurales que introduce la Ley: la creación de la DCCP y la unificación regulatoria de los mecanismos de contratación, o en forma más específica, el Sistema de Información, el Registro de Contratistas y Proveedores y la utilización del instrumento de adquisición convenios marco; finalmente, en términos funcionales, dichos elementos pueden ser traducidos clave económica como reducción de los costos de transacción y aprovechamiento de las economías de escala en relación a

⁷⁵ <http://www.mercadopublico.cl/Home/Contenidos/TiendaBuscador/>

la agregación de la demanda pública de bienes y servicios. En términos matemáticos, es posible expresar los beneficios que busca obtener el sistema de compras públicas de la siguiente manera:

$$\text{Beneficios de la Centralización} = \downarrow \text{Costos Transacción} + \text{Agregación Demanda.}$$

y de forma desagregada, la expresión final de los beneficios del sistema de contratación pública vigente sería:

$$(U + [A_{Gof} + V_{Adq} + Au] + M_{ON} + Esp) + (EE + A_{Gp})$$

CAPÍTULO III: DESVENTAJAS, COSTOS Y RIESGOS DEL SISTEMA DE COMPRAS PÚBLICAS

Ya estudiados los aspectos positivos que presenta el sistema de compras públicas establecido por la legislación chilena respecto a los objetivos fijados por el legislador, es necesario estudiar las desventajas, costos y riesgos que presenta el sistema de compras públicas chileno. Como una forma de adelantar las conclusiones de este capítulo, es importante señalar que, para una correcta evaluación de estos aspectos, el precio final obtenido por la Administración al concluir el procedimiento contractual se presenta como el criterio fundamental para considerar a cada uno como tales, aunque no es el único factor en juego.

Según la OECD, un sistema de adquisición centralizada como el que es objeto de análisis presenta una serie de aspectos negativos, los cuales pueden ser un obstáculo muy importante para la consecución de los objetivos perseguidos por el legislador. Entre ellos, se consideran las siguientes situaciones⁷⁶:

- En primer lugar, la adquisición de grandes volúmenes de bienes y servicios por parte del organismo especializado de compras de la Administración favorece a los grandes proveedores en desmedro del resto de los actores del mercado; como consecuencia de aquello, es posible observar situaciones donde la competencia se ve seriamente obstaculizada, observándose también imposiciones onerosas para la entrada de nuevos competidores. Ante esto, son varios los países miembros de la OECD que han establecido soluciones que merman estos aspectos problemáticos, como la consagración legal de políticas dirigidas a fomentar la participación de las PYMEs (por ejemplo, la reserva de ciertos montos de

⁷⁶ OECD (2018), pp. 26 y ss.

adquisición para la participación exclusiva de las PYMEs o la facultad de dividir en lotes los contratos de gran envergadura) o la autorización para la actuación conjunta vía consorcios, o la posibilidad de que un proveedor pueda subcontratar a otro más pequeño, entre otras alternativas.

- Otro riesgo presente en un sistema de compras como el chileno dice relación con la adquisición de bienes y servicios inadecuados para la satisfacción de las necesidades de la Administración, lo que sucede ante distintos requerimientos (en tiempo y forma) por parte de los diversos organismos públicos, lo que aumenta a medida que los bienes y servicios adquiridos no sean homogéneos, y que aumenta aún más de existir sustitutos para ellos. Por tanto, la coordinación entre el organismo especializado de compras y los distintos organismos públicos es fundamental para el óptimo funcionamiento del sistema de compras, a riesgo de incurrir en gastos que finalmente devendrán en inútiles.
- Finalmente, se generan situaciones indeseadas cuando la Administración no cuenta con un mínimo nivel de experiencia respecto del tipo de contrato y el tipo de bien y servicio a adquirir. Así, el organismo especializado de compras tiende a responder tardíamente a los cambios que el mercado experimenta, sobre todo en lo que a precios y tecnologías se refiere.

Con todo, y a pesar de que dicha clasificación apunta en el sentido correcto de la detección de aspectos problemáticos de un sistema de compras públicas, es insuficiente para los propósitos del presente trabajo por dos motivos: primero, solo contempla los aspectos negativos que contempla un sistema centralizado de compras, lo que es solo un ámbito por analizar dentro del estudio del impacto generado por un sistema de compras públicas como el vigente en Chile; segundo, no contempla un análisis especial de las consecuencias del establecimiento de un organismo público centralizado de compras, ni del establecimiento de un sistema electrónico de información en intermediación, ni de los procedimientos de contratación en particular. Por lo tanto, para el presente trabajo, se ha preferido presentar la siguiente estructura: en primer lugar, analizar los aspectos

problemáticos derivados de las bases funcionales del sistema de compras -gestión centralizada y aplicación del e-procurement-; luego, presentar los aspectos problemáticos derivados de los procedimientos de selección en general; y, finalmente, el estudio de los problemas asociados a los procedimientos de contratación en particular, sea convenio marco o licitación pública.

§3.1. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE LA CENTRALIZACIÓN Y EL E-PROCUREMENT

Al momento de estudiar los aspectos problemáticos del establecimiento del e-procurement como sistema de interacción para la contratación del sector público, resulta útil recurrir a un marco teórico para posteriormente distinguir entre las diversas consecuencias generadas por el sistema. Dicho esto, a partir de lo señalado por MAHDILLOU y AKBARY⁷⁷, se pueden distinguir entre distintos tipos de costos, siendo esto de carácter concreto para cada compra y de carácter funcional. Son del primer tipo los costos:

- (i) *Directos*, que comprenden el precio del producto o servicio más la inversión en tecnología y en capacitación por parte del proveedor.
- (ii) *No relacionados con el producto*, que comprenden gastos relacionados con las actividades no operacionales necesarios para que la empresa focal pueda proporcionar los productos o servicios a sus clientes.
- (iii) *Operacionales*, o de otra forma, los costos de ejecución de las compras (por ejemplo, los costos de las órdenes de compra).

y entre los segundos, los costos:

- (iv) *Tácticos o inmediatos*, que tienen relación con el dinero gastado en seleccionar un proveedor y contratar y negociar con el proveedor; y

⁷⁷ MAHDILLOU y AKBARY, *op. cit.*, p. 41.

- (v) *Estratégicos o de largo plazo*, que se relacionan con el dinero gastado en la administración de proveedores y su relación con la empresa, y también el costo de ejecutar el análisis de gastos.

Con todo, y a pesar de la utilidad de dicha categorización, dicho marco teórico adolece de las siguientes deficiencias. En primer lugar, el esquema de costos propuesto está pensado en función de la utilización de herramientas de comercio electrónico entre particulares y no en la aplicación de un marketplace para los contratos públicos. Luego, confunde en la misma categoría de costos al precio final de un contrato adjudicado los gastos incurridos por el proveedor, lo que es poco preciso para los efectos del presente trabajo. En tercer lugar, los costos directos y los costos tácticos o estratégicos se manifiestan en el mismo momento de la adjudicación de un contrato, por lo que, si bien pueden coincidir, también se corre el riesgo de contabilizar repetidamente un tipo de costo. Así las cosas, y con el propósito de otorgar mayor certeza a la desagregación presente en la ecuación final de este trabajo, se propone como alternativa distinguir entre costos directos del sistema y costos asociados, clasificación que ayuda a entender de mejor forma el funcionamiento del sistema.

3.1.1. Costos directos del sistema

3.1.1.1. Costos institucionales

En primer lugar, la promulgación de la LBCA generó costos de corte institucional, puesto que la centralización del sistema de compras públicas exige como condición necesaria la creación de una agencia central de compras, órgano administrativo cuya existencia implica gastos constantes por parte de la Administración. A la hora del análisis respecto de los ahorros que la Administración extrae de la implementación de un organismo centralizado de adjudicaciones, los costos de establecimiento y operación de

una unidad central de compras deben tenerse en cuenta al comparar los costos totales de un sistema centralizado frente a un régimen descentralizado⁷⁸.

Con miras a fortalecer las funciones y asegurar el cumplimiento de los propósitos designados legalmente, la existencia de la DCCP exige un financiamiento constante en aspectos propios de la burocracia organizacional, llámese salarios funcionarios, gastos de establecimiento físico de oficinas, implemento de material de oficina, etc.; así, en la discusión de la LBCA, se estimó que el presupuesto necesario para el correcto funcionamiento de la DCCP ascendía aproximadamente a los \$562.427.000.- al año 2002⁷⁹. Actualmente, la partida del presupuesto asignada a la DCCP según la Ley de Presupuesto 2018 asciende a la cifra de \$10.429.518.000.-, lo que comprende:

- \$4.510.992.000, para gastos en personal
- \$3.382.159.000, para adquisición de bienes y servicios de consumo,
- \$2.315.597.000, para transferencias corrientes, y
- \$220.770.000, para adquisición de activos no financieros⁸⁰.

Este costo es de carácter directo para el Estado pues lo financia a partir de los recursos del presupuesto público.

3.1.1.2. Costos de funcionamiento

En segundo lugar, las ventajas que presenta un sistema electrónico de compras frente a uno de carácter análogo derivan de la existencia de un marketplace, plataforma electrónica cuya creación, mantención y actualización debe solventarse de algún modo, sea por el control absoluto de la Administración, a través de la agencia central de compras, sea externalizando su funcionamiento a un particular.

Para el caso chileno, el legislador optó por externalizar tanto la operación del Sistema de Información como el Registro de Proveedores, y aunque tanto en los antecedentes materiales del Proyecto del Ejecutivo como en el Mensaje del mismo y en

⁷⁸ KARJALAINEN (2009): p. 11.

⁷⁹ HISTORIA DE LA LEY, p. 54.

⁸⁰ DIRECCIÓN DE PRESUPUESTOS, MINISTERIO DE HACIENDA (2018), p. 1.

toda la discusión parlamentaria no se presentaron razones para optar por dicha tercerización (la externalización siempre se dio por supuesta), las razones que respaldarían tal opción obedecen a las ventajas que presentaría asignar la administración del Sistema y del Registro a un particular de giro especializado y demostrada experiencia en el rubro de las TICs, frente a los elevados costos de instalación de una oficina estatal especializada.

Actualmente, la administración y desarrollo del Sistema de Información reside en la propia DCCP, después que la empresa SONDA S.A. estuviera a cargo de su operación desde su creación hasta el año 2007⁸¹; por su parte, a través de la Propuesta Pública ID N° 2240-34-LP04, la administración del Registro de Proveedores fue adjudicada a la Cámara de Comercio de Santiago A.G., mediante Resolución N° 38 de 15 de Abril de 2005. Con todo, el rol de supervisión asignado respecto del funcionamiento del Sistema y del Registro, obliga a que la DCCP actúe como contraparte técnica, lo que implica gastos en la capacitación de funcionarios para el correcto desarrollo de esta facultad fiscalizadora.

Sobre el financiamiento del sistema integrado (Sistema-Registro), pueden hacerse las siguientes observaciones.

- El art. 56 inc. 3 del Reglamento otorga a la DCCP la facultad de fijar tarifas para el uso del Sistema de Información; sin embargo, la DCCP ha preferido no establecer tarifa alguna, siendo su acceso público y gratuito.
- Por su parte, el art. 96 del Reglamento permite a DCCP fijar tarifas semestrales o anuales de incorporación a los contratistas, con el objeto de financiar el costo directo de la operación del registro, siendo dichas tarifas progresivas en atención a la categoría específica en la que el proveedor se inscriba. Estas tarifas se encuentran reguladas en la Resolución Exenta N° 701 de 2011, la cual fija los siguientes montos anuales reajustables cada seis meses (enero-junio y julio-diciembre): \$25.097 para las microempresas, \$37.646 para las pequeñas y medianas empresas, y \$62.743 para las grandes empresas.

⁸¹ CHILECOMPRA (2006), p. 14.

3.1.2. Problemas y costos asociados a la utilización del marketplace

Para poder incentivar la participación en el sistema, no basta con concentrar a golpe de ley toda la demanda del sector público por la vía del marketplace, sino que debe superar los obstáculos que presenta este para la entrada de nuevos oferentes. Es menester recordar que enfrentarse a una nueva tecnología siempre implica superar obstáculos, lo que implica que tanto los organismos de la Administración como los particulares participantes del mercado de la contratación pública deben realizar modificaciones en su organización interna. En específico, estos cambios prácticos y culturales requieren una capacitación de los actores participantes en el mercado, tanto en las normas de procedimiento como en el formato en que las transacciones se realizan.

Dicho esto, en su rol asesor y promotor del sistema de compras, la DCCP debe realizar grandes esfuerzos en capacitación, con el fin de aumentar la eficiencia administrativa como la integración horizontal dentro del mercado. Como el Sistema de Información y el Registro de Proveedores constituyen un sistema digital altamente complejo y en constante cambio, la Administración destinar una cantidad importante de recursos para la capacitación.

Como consecuencia práctica, la Administración deberá destinar recursos con el fin de desarrollar:

- (i) *Capacitación a los funcionarios de los diversos organismos de la Administración.* Estas capacitaciones son especialmente sensibles en el sentido que buscan tener un impacto positivo en materia de eficiencia, probidad y transparencia administrativa. Contendidas en 5 instrumentos de capacitación, léase capacitación en el uso del Portal, talleres regionales, talleres temáticos, e-learning y diplomado en Gestión de Abastecimiento. Actualmente existen planificados o en desarrollo 27 cursos de capacitación (presenciales y e-learning) para funcionarios y profesionales administrativos.
- (ii) *Capacitación a las empresas proveedoras.* Estas capacitaciones son esencialmente sensibles ya que están destinadas a reducir la “distancia” que existe entre el sistema de compras y los proveedores, en especial, la que separa a las

PYMEs y el mercado de compras públicas. Actualmente existen planificados o en desarrollo 45 cursos de capacitación (presenciales y e-learning) para profesionales de empresas proveedoras.

§3.2. PROBLEMAS ASOCIADOS A LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN EN GENERAL

En el capítulo anterior se estudiaron normativamente los procedimientos que la LBCA contempla para adjudicar los contratos de la Administración, con especial atención en la licitación pública y el convenio marco, de los cuales se presentaron sus virtudes operacionales, en específico, en cuanto a la posibilidad de obtener mejores precios se refiere. Sin embargo, para analizar sus defectos y potenciales riesgos es necesario analizar con mayor profundidad el funcionamiento operacional de ellos. En este apartado se estudiará la subasta, piedra angular de los procedimientos de adjudicación (salvo el trato directo) y los límites que presenta el uso de la subasta por parte de la Administración.

Como una forma de adelantar las conclusiones de este párrafo, es importante compartir estas palabras de MORAGA:

“sea que se estime que la licitación pública es la regla general o sea que se opine lo contrario, lo cierto es que el resultado de un proceso de licitación o propuesta pública no supone un beneficio económico *per se* para la Administración, mayor al que se pudiera lograr por vía de una licitación privada o del trato directo (...) Desde ya, la licitación pública tiene algunas desventajas frente a la licitación privada y al trato directo -la lentitud, su complejidad, su costo y el hecho de que no siempre se obtiene por su intermedio la oferta más ventajosa para el interés público-, probablemente, porque la licitación pública es un proceso opuesto a la negociación, que es la manera habitual como los agentes económicos cierran sus propios negocios”⁸².

⁸² MORAGA (2007): “La Actividad Formal de la Administración del Estado”, en PANTOJA (coord.): *Derecho Administrativo Chileno*, s/p. Citado en JARA (2008), pp. 79-80.

3.2.1. Prolegómenos: formalismo y la libre competencia como límites

El principio de legalidad consagrado en el art. 7 CPR que informa la actuación de los órganos del Estado encuentra recepción en el régimen de compras públicas a través de diversas normas, de las cuales emana el principio de formalismo y de estricta sujeción a las bases. Dichas normas son entendidas como garantías del objetivo del sistema, obtener la mejor relación precio-calidad. Sin embargo, existen situaciones en las cuales dichos principios se presentan más como un límite que como garantías del mencionado objetivo. Entender esta situación permite alcanzar una comprensión cabal del sentido y alcance que presentan los aspectos negativos del sistema de compras públicas: más que fallas estructurales, son situaciones límite ante las cuales el legislador opta por no mejorar la posición de la Administración: básicamente, en esos casos límite, dichas normas se comportan como un precio que la Administración debe soportar.

Esta situación es observable ante las consecuencias económicas que importan para los proveedores los requisitos impuestos tanto normativamente como por las bases de la licitación: dichos requisitos importan costos necesarios para la preparación de ofertas que, dependiendo de la estructura y tamaño de cada proveedor, pueden implicar derechamente una barrera de entrada insalvable a un proceso de adjudicación. Así, el mismo problema tiene soluciones dispares dependiendo del punto de vista que se elija: si para un organismo público, los costos de preparación de un proceso licitatorio puede incluso forzarlo a preferir otro procedimiento menos oneroso (convenientemente, el trato directo), los costos de preparación de la oferta en los que debe incurrir un particular pueden ser tan elevados que finalmente forzarían no participar en dicho proceso de adjudicación, por mucho que se trate de un proveedor competitivo. A propósito de los requisitos de participación en procesos de adjudicación, ARROWSMITH señala que:

“La transparencia también puede afectar los objetivos comerciales al aumentar los costos. Un ejemplo son los mayores costos de preparación y evaluación del uso de procedimientos abiertos. Exigir ofertas completas que puedan ser aceptadas o rechazadas sin discusión también aumenta en gran medida los costos de participación y evaluación, especialmente en proyectos complejos (un estudio reciente del Reino Unido reveló que los costos de licitación en proyectos públicos eran típicamente un 10-50% más altos que

en proyectos comparables del sector privado). La burocracia de las reglas de transparencia también puede disuadir a las empresas competitivas⁸³.

La situación antes descrita se acentúa a medida que los requerimientos de la Administración se complejizan, sea debido a un contrato de cuantía elevada (v. gr., una licitación pública de un contrato por sobre los 1000 UTM), sea por la suscripción de convenios marco con el objetivo de sacar ventaja de las economías de escala, sea por la naturaleza altamente compleja del bien o servicio a adquirir por un organismo público⁸⁴.

3.2.2. Límites estructurales de los procedimientos de selección. La subasta y sus problemas metodológicos

La LBCA solo hace mención de los procedimientos a utilizar por los organismos de la Administración, dejando su configuración detallada al RLBCA. Como ya se dijo, la base operacional del sistema de adquisiciones del sector público es el convenio marco; con todo, los organismos de la Administración podrán solicitar a la DCCP que lleve a cabo un proceso de compra para concretar un Convenio Marco de un bien o servicio determinado, sea encargándole la gestión de coordinar un proceso conjunto de contratación o requiriéndole la obtención de condiciones específicas de contratación para bienes o servicios determinados. Esa labor encargada a la DCCP se lleva a cabo a través un procedimiento licitatorio, tal como se indica el en su artículo 8° del Reglamento (“las Entidades *celebrarán directamente sus Contratos de Suministro o Servicio por medio de los Convenios Marco, licitados y adjudicados por la Dirección de Compras...*”), y dicha licitación siempre será una licitación pública, lo que es posible dilucidar del tenor de la norma (“... *sin importar el monto de las contrataciones*”).

3.2.2.1. La configuración procedimental del procedimiento licitatorio por el RLBCA

El detalle de la configuración de la licitación pública distingue las siguientes etapas consecutivas:

⁸³ ARROWSMITH, (2002), p. 27 (traducción propia).

⁸⁴ Ver *infra*, pp. 67-8, pp. 73-5, y pp. 77-8.

- i. *Determinación del contenido de las bases* por parte de la Administración para la posterior aprobación de la autoridad competente, proceso que es previo a la publicación de las bases. Se entiende como contenido de las bases o condiciones de la licitación a los criterios de evaluación de las ofertas y su respectiva ponderación en el resultado final.
- ii. *Término de recepción de ofertas*, el cual comienza con la *publicación del llamado* en el Sistema de Información. El llamado fijará el plazo de recepción de ofertas, el cual deberá respetar ciertos mínimos:
 - *Al menos 30 días corridos* desde la fecha de publicación del llamado, si el monto de la contratación *igual o supera las 5000 UTM*;
 - *Al menos 20 días corridos* desde la fecha de publicación del llamado, si el monto de la contratación es *igual o superior a las 1000 UTM e inferior a 5000 UTM*;
 - *Al menos 10 días corridos* desde la fecha de publicación del llamado, si el monto de la contratación es *igual o superior a 100 UTM e inferior a 1000 UTM*;
 - *Al menos 5 días corridos* desde la fecha de publicación del llamado, si el monto de la contratación es *inferior a las 100 UTM*.
- iii. *Apertura de las ofertas*. La apertura de las ofertas se realiza liberando el contenido mínimo de las ofertas en el Sistema de Información (individualización del Oferente, descripción básica del bien o servicio ofrecido, precio unitario y total de la oferta, individualización de la garantía de seriedad de la oferta, si fuere el caso). Se otorgará un plazo de 24 horas para efectuar observaciones a las ofertas.
- iv. *Evaluación de las ofertas* de acuerdo a los criterios y ponderaciones establecidos en las bases de la licitación, labor a cargo del organismo público licitante o por una comisión evaluadora designada por este a tal efecto, pudiendo hacerse en una sola etapa (apertura y evaluación de las ofertas técnicas y económicas de forma simultánea) o en dos sub-etapas (pudiendo abrir y evaluar primero las

ofertas técnicas y posteriormente las ofertas económicas correspondientes a las ofertas técnicas que hayan sido evaluadas positivamente).

- v. *Adjudicación de la oferta al vencedor*, hito cúlmine del íter licitatorio, y la posterior *notificación* de dicha decisión tanto al oferente ganador como al resto de los participantes en la licitación.

3.2.2.2. *La subasta. Marco teórico*

Teóricamente, un escenario perfecto para la Administración es uno donde dispone de total información respecto de la valoración⁸⁵ que hace cada uno de los oferentes de un producto que necesita adquirir; así, la elección del oferente con el cual negociar es trivial: se elige al vendedor que ofrece el precio más favorable y se le presenta una oferta de “tómalo o déjalo”. Dicho escenario perfecto es imposible concretar: ya demostrado por la teoría económica y los exponentes máximos del análisis económico del derecho, el problema de la falta de información se torna irreductible a la hora de establecer cualquier tipo de negociación; por lo tanto, el principal obstáculo al que se enfrenta la Administración dice relación con el determinar la valoración de cada uno de los componentes de la oferta del bien o servicio que esta necesita adquirir para la satisfacción de una necesidad pública.

Frente a un escenario de negociación directa con cada uno de los oferentes dentro de un mercado, las administraciones públicas se han inclinado por la utilización de la subasta como mecanismo de adjudicación de los contratos públicos. En la práctica, estos son los modelos más utilizados, aunque es posible distinguir un sin número de posibilidades dependiendo de la complejidad del objeto a vender o adquirir (si es objeto

⁸⁵ La necesaria distinción entre el *precio* de un bien o servicio y el *valor* interno que se tiene de él conduce al concepto de precio de reserva. Sobre el mismo, se ha dicho que es “el precio más alto que una persona determinada aceptará y aun así comprará (o venderá) el bien. En otras palabras, el precio de reserva de una persona es el precio al cual es indiferente entre comprar (vender) o no comprar (no vender) el bien”. VARIAN (2003), p. 4 (traducción propia).

único, si es una serie del mismo objeto, si es una combinación de objetos distintos y complementarios, etc.)⁸⁶.

Como punto de partida, es posible distinguir entre métodos abiertos y cerrados en relación con el lapso en que se concluye el juego entre los concurrentes. Será una *subasta abierta* si el juego se desarrolla en etapas sucesivas en las cuales los concurrentes presenten sus ofertas de forma simultánea. En este conjunto se encuentran la subasta inglesa y la subasta holandesa.

- (i) Se conoce como *subasta inglesa* o *ascendente* al método en el cual el juego eleva el precio hasta que quede un último postor, quien gana al superar la oferta de su último competidor.
- (ii) Por su parte, la *subasta holandesa* o *descendente* es aquel método en el cual el subastador baja progresivamente el precio hasta que uno de los concurrentes presenta su oferta (gritando “mío” si la subasta es analógica o deteniendo el reloj en una subasta electrónica), adjudicándose el juego.

De lo contrario, será una *subasta cerrada* si las ofertas son presentadas simultáneamente al subastador, concluyendo el juego en ese mismo instante sin que los concurrentes tengan un modo lícito de conocer las ofertas presentadas por el resto. En los casos de subasta cerrada, el juego se desarrolla de un solo modo, siendo siempre ganador quien presenta la oferta más alta, distinguiéndose los mecanismos en las reglas para determinar el precio final; en este conjunto se encuentran:

- (iii) La *subasta a sobre sellado* o de *primer precio*, en la cual el ganador se adjudica el juego al monto de su oferta final.
- (iv) La *subasta de Vickrey* o de *segundo precio*, en la cual el ganador se adjudica el juego al monto de la mayor oferta fallida.

Habiendo ofrecido una breve descripción de las etapas del procedimiento (elaboración de las bases, término de recepción, apertura, evaluación y adjudicación), es

⁸⁶ El desarrollo de este apartado presenta una dificultad práctica, por cuanto el estudio teórico de las subastas asume que el subastador adjudica un bien (venta de bienes y concesiones), enfoque contrario al que le concierne a la Administración en este trabajo (adquisición de bienes y servicios).

posible concluir que la legislación chilena ha adoptado para la licitación pública la forma de una subasta a sobre sellado o una subasta cerrada al primer precio: tanto para las licitaciones simples (de evaluación única) como en los casos en que el organismo licitante opte por evaluar técnica y económicamente las ofertas presentadas por los particulares concurrentes a la licitación, en ambas evaluaciones se abren todas las ofertas de una sola vez y simultáneamente, es decir, existe solo una ronda en el juego de adjudicación.

3.2.2.3. Eficiencia sobre el método utilizado en Chile

La forma en que está configurado el procedimiento licitatorio merece las siguientes críticas. En primer lugar, las normas procedimentales son excesivamente rígidas comparadas con el contexto que abrió la introducción de un sistema electrónico de compras; dicho de otra forma: mediante la licitación como subasta de primer precio, la Administración no aprovecha toda la potencialidad que permite la introducción del e-procurement, manteniéndose siempre dentro de los márgenes de un procedimiento estático, rígido –como una simple virtualización del procedimiento análogo- en vez de poder aprovechar las ventajas que ofrecen las subastas abiertas o las de segundo precio, las que dicen relación con la simplicidad estratégica que asumen los participantes en ellas.

Según BÖRGERS y VAN DAMME, las subastas abiertas son más simples estratégicamente que las subastas de primer precio, en el sentido que “es más probable que los postores jueguen estrategias de equilibrio, y si la elección de un formato de subasta se basa en predicciones de equilibrio, entonces es más probable que tenga éxito si los postores reconocen el equilibrio”. Por otra parte, estas subastas presentan dos ventajas adicionales: (i) el conocer de las estrategias tras las posturas de los participantes hace que el acto de adjudicación sea más “resistente” a un proceso de impugnación ante el TCP; y (ii) desincentiva la presentación de posturas irrisorias con el solo propósito de adjudicarse el contrato cuyo cumplimiento será inviable posteriormente⁸⁷.

⁸⁷ BÖRGERS y VAN DAMME (2016), p. 54-5.

3.2.3. Concentración del mercado

Como ya se mencionó⁸⁸, el principal objetivo que persigue la Administración al utilizar al convenio marco como herramienta de adquisiciones es aprovechar las economías de escala para así obtener un precio menor a través de la agregación de la demanda. Sin embargo, dicha ventaja comienza a revertirse una vez que la agregación de demanda es tal que los oferentes de un bien o servicio determinado presentes en el mercado comienzan a no dar abasto (debido a requisitos económicos y financieros más exigentes), es decir, los grandes volúmenes implicados en estos instrumentos de contratación centralizada tienden a favorecer a los grandes operadores económicos en lugar de a los operadores económicos nuevos y pequeños. Luego, se produce un efecto indeseado: ante la prohibición expresa que prescribe la LBCA de fragmentar los contratos a licitar, la cantidad de posibles oferentes para un convenio marco comienza paulatinamente a disminuir. Al final del día, un convenio marco o una licitación pública demasiado grande conduce a una concentración del mercado⁸⁹.

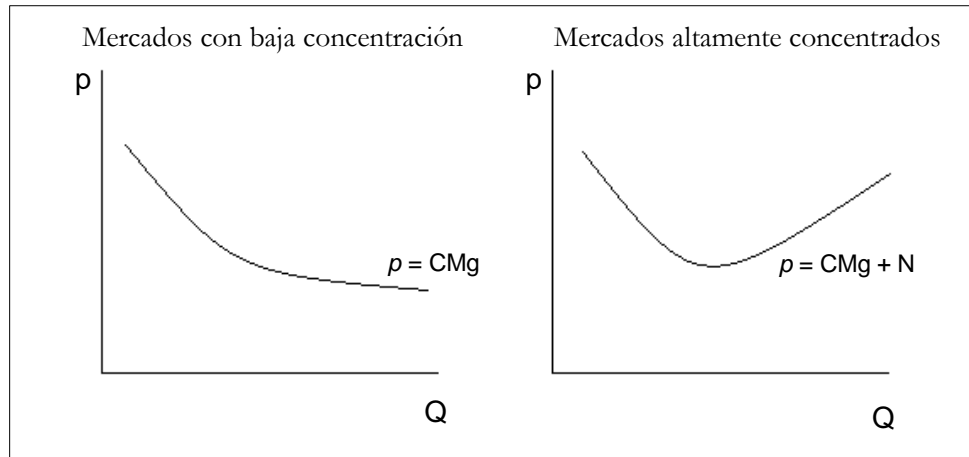
Esto es particularmente delicado pues es una consecuencia totalmente contraria a los objetivos perseguidos por la legislación al contemplar el convenio marco como instrumento para obtener menores precios. Una de las condiciones necesarias para obtener mejores precios a partir de la agregación de la demanda de los organismos públicos es aumentar el poder de negociación en el mercado por parte de la Administración⁹⁰, lo que requiere una gran cantidad de oferentes para un mismo producto; por lo mismo, la licitación de un lote demasiado grande del mismo producto, al generar las condiciones propias de un mercado concentrado, genera el efecto adverso: en vez de tener el poder de negociación, la Administración pasa a ser el sujeto pasivo del poder de negociación de los oferentes con capacidad de participar en el convenio marco o en la licitación de grandes volúmenes de compra. Dada esa situación, los oferentes tienen mayor injerencia en la determinación del precio, pujando hacia el alza.

⁸⁸ Ver *supra*, pp. 48-50.

⁸⁹ ALBANO y SPARRO (2010), pp. 5 y ss.

⁹⁰ *Ibidem*.

Figura 3 - Comportamiento comparado del precio unitario



3.2.4. El riesgo de la colusión en un proceso licitatorio

Habida cuenta de la indeseable situación suscitada por un convenio marco o una licitación pública cuyo objetivo es adjudicar un contrato de volumen demasiado grande, se genera un ambiente con las condiciones propicias para la proliferación de prácticas reñidas con la libre competencia: un mercado altamente concentrado con pocos oferentes es un contexto ideal para que estos compartan información relevante en orden a arreglar los resultados de un proceso licitatorio, surgiendo acuerdos colusorios con consecuencias nocivas para el mercado público, y formándose así un círculo vicioso⁹¹. Son varios los propósitos con los cuales los concurrentes a un proceso licitatorio pueden crear una estructura monopólica, entre los cuales están la repartición de cuotas de mercado y el hacer fracasar el proceso competitivo para obtener un beneficio mayor que el que obtendrían en competencia efectiva⁹².

⁹¹ Por ejemplo, en el caso “United States v. Container Corporation of America” (1969), la Corte Suprema de EE.UU consideró que el hecho de compartir información sobre precios con las empresas rivales no tenía un efecto anticompetitivo en mercados poco concentrados; sin embargo, en aquellos mercados con una estructura oligopólica, se generaban efectos desfavorables para la competencia. SULLIVAN, ET AL. (2014), p. 168.

⁹² DANGER (2008), pp. 3 y ss.

3.2.4.1. La repartición de cuotas de mercado.

Si bien el caso “FNE contra Radio Valparaíso Ltda. y Otros” sobre adjudicación de concesiones radiales de frecuencia modulada⁹³ no se encuentra dentro del ámbito material de aplicación de la LBCA, sí arroja luces sobre los riesgos presentes en los procesos licitatorios de acuerdo con la estructura de la licitación pública.

En el caso en comento, el TDLC consideró que las cesiones entre las empresas concurrentes en cada licitación “afectaron significativamente el precio con que fue asignada la concesión en la licitación, lo que demuestra la supresión de la competencia dentro de cada uno de los concursos en que se efectuaron estas licitaciones” y que “dicha alteración del precio queda confirmada por la circunstancia que los adjudicatarios estaban dispuestos a pagar, y efectivamente pagaron, un monto muy superior al ofrecido en la licitación. Así, por ejemplo, en la adjudicación de la licitación del tercer cuatrimestre del año 2007, Corporación de Radio Valparaíso Ltda., se adjudicó la concesión en la misma localidad ofreciendo \$150.000, mientras que adicionalmente pagó \$55.000.000 a la empresa Santa Ignacia Ltda. para evitar que participara competitivamente en dicho proceso”.

3.2.4.2. Sabotaje del proceso competitivo

Si de acuerdos colusorios saboteadores de un proceso licitatorio con miras a obtener un beneficio mayor que el que obtendrían en competencia efectiva se trata, el íter argumentativo del ente persecutor en el caso “FNE contra Asfaltos Moldeables de Chile S.A. y otros” sobre colusión en el mercado de mezcla asfáltica⁹⁴ es ilustrativo al respecto, por mucho que el TDLC haya rechazado la acusación. Para el caso, la FNE señaló que tres empresas oferentes hicieron fracasar el proceso licitatorio ofreciendo posturas evidentemente insuficientes con el objetivo final de que el Convenio Marco siguiera vigente con precios más convenientes para dichas empresas.

⁹³ TDLC, Rol C-194-2009, sentencia N° 112/2011 de fecha 22.06.2011.

⁹⁴ TDLC, Rol C-132-2007, sentencia N° 79/2008 de fecha 10.12.2008.

§3.3. PROBLEMAS ASOCIADOS A LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN EN PARTICULAR

3.3.1. Convenio Marco

Tal cual se explicó, el convenio marco presenta una configuración que permite combinar aspectos positivos de la licitación pública y del convenio marco, distinguiendo su metodología entre la fase de adjudicación y la fase de adquisición del bien o servicio; haciéndolo especialmente útil para la adquisición cotidiana de bienes poco específicos, generando ahorros a través del aprovechamiento de las economías de escala y la reducción de costos de negociación al evitar la duplicación de dichas labores. Con todo, la utilización del convenio marco conlleva desventajas, además de generar una serie de situaciones que pueden entrar en abierto conflicto con el propósito central del sistema de compras públicas y con los principios que informan su funcionamiento.

3.3.1.1. Presupuesto: estandarización del bien o servicio

El uso del convenio marco como herramienta para aprovechar los ahorros derivados de economías de escala presupone que el bien o servicio sea lo más homogéneo posible a fin de poder satisfacer las necesidades de diversos organismos públicos, lo que requiere un alto nivel de estudio por parte de la DCCP. Al respecto, no basta con que simplemente los bienes y/o servicios sean homogéneos, también es necesario que las condiciones en que se otorga y las necesidades sean similares entre organismos incluidos en la planificación del convenio, organismos que suelen ser muy diversos.

Un ejemplo de lo pernicioso que puede resultar un convenio marco mal diseñado a este respecto es el fracaso de la suscripción por parte de la Fundación Estatal de Información y Comunicación (SIF)⁹⁵ de un acuerdo no obligatorio de compras consolidadas en servicios de telefonía e internet en Estonia a principios de 2001. Dicho acuerdo fracasó en menos de un año ya que los organismos públicos no obtuvieron

⁹⁵ La SIF es el órgano administrativo especializado en el rubro de contratación de servicios de telefonía e internet de la República de Estonia.

grandes ahorros en el marco de dicho acuerdo (comparada con precios obtenidos en el mercado privado), por lo que cancelaron los servicios ofrecidos por SIF y prefirieron organizar procesos de adquisición interna para encontrar servicios más baratos⁹⁶. En opinión de RAUDLA, si la adquisición consolidada de servicios de telefonía e Internet se hubiera convertido en obligatoria, habrían surgido varios problemas derivados de las combinaciones de servicios necesarios que pueden ser bastante diferentes para diferentes entidades⁹⁷; así, hubiese existido un sobregasto para un organismo poco complejo, y un sub-gasto para un organismo muy complejo.

3.3.1.2. *Desincentivo a la competitividad*

Con todo, incluso habiéndose diseñado de forma tal que no genere las situaciones indeseables ya mencionadas, un convenio marco puede constituir un desincentivo a la competitividad dentro del mercado de las adquisiciones públicas.

Entender este problema requiere una explicación previa. El convenio marco existente en nuestra legislación pertenece a una familia de herramientas de agregación de demanda llamada acuerdos marco, conjunto de procedimientos que pueden clasificarse dependiendo de dos factores simultáneos: (i) dependiendo de cuántas condiciones han sido establecidas en el contrato maestro, los acuerdos pueden ser completos o incompletos; a su vez (ii) dependiendo de cuántos operadores económicos se adjudican el contrato maestro, los acuerdos pueden ser individuales o múltiples. Así, la familia de acuerdos marco tiene 4 subconjuntos, tal como muestra la Figura 4:

- (i) *Un acuerdo completo de un solo operador*, también conocido como “contrato marco”; es básicamente una licitación en la que se agrega la demanda de todos/una serie de organismos públicos;
- (ii) *Un acuerdo incompleto de un solo operador económico*;
- (iii) *Un acuerdo completo de más de un operador*; y
- (iv) *Un acuerdo incompleto de más de un operador*.

⁹⁶ KAGGE (2002), s/p.

⁹⁷ RAUDLA, *op. cit.*, pp. 225-6.

Figura 4 - Tipos de acuerdos marco existentes

		Regulación del contrato maestro	
		Completo	Incompleto
Operador que se adjudica el contrato maestro	Simple	<ul style="list-style-type: none"> • Completo (todas las condiciones establecidas en el contrato maestro) • Un operador económico 	<ul style="list-style-type: none"> • Incompleto (no todas las condiciones establecidas en el contrato maestro) • Un operador económico
	Múltiple	<ul style="list-style-type: none"> • Completo (todas las condiciones establecidas en el contrato maestro) • Más de un operador económico (al menos 3 en Europa) 	<ul style="list-style-type: none"> • Incompleto (no todas las condiciones establecidas en el contrato maestro) • Más de un operador económico (al menos 3 en Europa)

Fuente: Elaboración propia, basada en RACCA et al. (2010), p.13.

Según esta clasificación, el convenio marco utilizado en Chile corresponde al primero de estos grupos. Este tipo de acuerdos tiene impide concentrar toda la demanda en un solo proveedor, lo que a su vez impide que se concentre el poder de negociación en un solo agente del mercado. En teoría, el adjudicar contratos a más de un proveedor incentivaría la competencia por presentar un mejor precio ante las necesidades de los organismos públicos; sin embargo, la práctica indica todo lo contrario: al establecer una veta contractual, el convenio marco genera un “nuevo mercado” en el cual los participantes desarrollan su actividad comercial en un contexto caracterizado por la baja cantidad de competidores y asumiendo que entre ellos competirán a lo largo del tiempo por un flujo de órdenes de compra. Este mercado guarda muchas similitudes con un mercado oligopólico, contexto ideal para la proliferación de prácticas colusorias (por ejemplo, adoptando estrategias de competencia menos agresivas para aumentar los beneficios)⁹⁸.

⁹⁸ ALBANO, BALLERIN y SPARRO, *op. cit.*, pp. 13-4.

A mayor abundamiento, ningún miembro de dicha familia de acuerdos marco -y más aún el convenio marco de la legislación chilena- permite la entrada de nuevos competidores que puedan mejorar las ofertas durante su vigencia, constituyendo el convenio marco una barrera de entrada casi infranqueable para los proveedores que no participan en él. Así, existe el riesgo de que el uso del convenio marco resulte ineficaz por la vía del cierre del mercado a nuevos competidores: la Administración suele descuidar la fase de ejecución del contrato, considerándolo un negocio cerrado entre el organismo especializado y el contratista y dando lugar a una especie de “derecho exclusivo” los postores perdedores no cumplen rol alguno⁹⁹.

Comparar dicho riesgo con el funcionamiento de sistemas dinámicos de contratación arroja luces de lo delicada de la situación. Los sistemas dinámicos permiten que cualquier proveedor del mercado presente ofertas para la adquisición de un bien o servicio objeto del convenio marco, haciendo posible y estimulando la competencia por dicho objeto; todo de acuerdo con las normas del procedimiento abierto y apegado al principio de la libre competencia¹⁰⁰.

3.3.1.3. Reducción de las oportunidades para las PYMES

Como derivado de la anterior desventaja del uso de herramientas de compras centralizadas, presentar licitaciones para convenios marco por parte de la DCCP puede generar la exclusión de las PYMES del mercado de los contratos administrativos ya que es probable que no pueda cumplir los criterios de calificación o competir con los grandes operadores económicos.

Las consecuencias a largo plazo pueden ser nefastas para la economía de las entidades públicas, volviéndose la utilización del convenio marco en su contra. Dice KARJALAINEN que:

⁹⁹ RACCA ET AL., *op. cit.*, p. 4.

¹⁰⁰ MAÑEZ (2015), pp. 401 y ss.

“si el mercado acaba concentrándose y las PYME quedan fuera, este proceso acabará afectando a los precios pudiendo llegar a ofrecer menos descuentos por los mismos productos por lo que desaparecerá la competencia y, sin lugar a dudas, esos beneficios o ahorros de los que se ha hablado; de esta forma los poderes públicos deben tomar en cuenta el impacto que la centralización de compras puede llegar a tener en el mercado de suministradores”¹⁰¹.

3.3.1.4. El riesgo implícito del convenio marco

La duración en el tiempo del convenio marco también es un factor de riesgo para los particulares que concurren a la licitación del convenio. Tomemos en cuenta el modelo de transacción económica, a saber: un contrato de ejecución instantánea y un contrato de tracto sucesivo.

Para un contrato de ejecución instantánea, el oferente que se adjudica el contrato evalúa el precio en relación con la función de producción interna (tal como se explicó más arriba), a lo que está conteste –en principio- la teoría económica: en un contexto de competencia perfecta, el precio final de un producto tiene a equivaler al costo final de producción de un bien o servicio, sea $p(x) = Cp(x)$.

Asumiendo esto último como punto de partida, el cumplimiento de un contrato de tracto sucesivo añade a tal costo de producción un margen que cubra los posibles riesgos que conlleva la fijación de condiciones en un tiempo t_0 para el cumplimiento en un sucesivo $t_1 \dots t_n$, siendo t_n el último período de vigencia del contrato. Por tanto, el precio final para este tipo de contrato contempla $p(x) = Cp(x) + R$, siendo R una prima por el riesgo eventual.

¿Cuál es este riesgo eventual en un convenio marco? La particularidad del convenio marco es que es un acuerdo entre la Administración y uno o más proveedores para establecer condiciones más o menos invariables en un período de tiempo para la adquisición de un bien o servicio determinado, siendo dicha adquisición eventual¹⁰² para

¹⁰¹ KARJALAINEN, *op. cit.* Citada por MAÑEZ, *op. cit.*, p. 400.

¹⁰² En otras palabras, si los organismos públicos tienen otra opción por fuera del convenio marco para comprar por sí mismas, el proveedor que se adjudicó el convenio “corre el riesgo de que la demanda realizada termine siendo mucho más baja que el nivel conjeturado previo a la adjudicación. Es probable que la elevada incertidumbre eleve los precios presentados, lo que obstaculizaría el efecto

los organismos público dependiendo de sus necesidades; dicho de otra forma, la compra es eventual bajo estas circunstancias pues existe obligación de consultar el catálogo de bienes y servicios disponibles bajo la modalidad de convenios marco, “salvo que, por su propia cuenta obtengan directamente condiciones más ventajosas (art. 30 letra d) LBCA)”. Dicho esto, una porción del precio final ofrecido por los proveedores que se adjudicaron un convenio marco se destina a compensar los riesgos de que los organismos públicos no adquieran los bienes ofrecidos y que se encuentran en el catálogo, sea por no necesitarlos, sea por ejercer la facultad prescrita por el art. 30 de la LBCA –obtener condiciones más favorables por su propia cuenta-.

3.3.1.5. Tiempo de duración del convenio marco.

Finalmente, el tiempo de duración es un factor de suma importancia a la hora de analizar los aspectos problemáticos de un convenio marco, ya que puede amplificarlos si es que el convenio no se diseña adecuadamente: la fijación más o menos laxa de las condiciones en las cuales se adquieren bienes y/o servicios deben contemplar eventuales cambios que el mercado experimenta, lo que es particularmente difícil de lograr en un convenio marco. Por lo tanto, es muy inadecuada la desregulación del marco normativo chileno en cuanto al tiempo de duración de un convenio marco pues permite que su tiempo de vida sea excesivo, de manera poco realista¹⁰³.

3.3.1.6. ¿Inaplicabilidad en organismos descentralizados?

Como coda de este párrafo, es necesario tratar la opinión que existe en cierta literatura acerca de que la falta de aplicabilidad del convenio marco a los organismos

positivo en el ahorro debido a que las empresas explotan las economías de escala” ALBANO, BALLERIN y SPARRO, *op. cit.*, p. 8.

¹⁰³ Resulta ilustrativa en este punto la diferencia de enfoque entre la normativa chilena y la normativa comparada: mientras el art. 191 de la Ley de Contratos del Sector Público (España) establece un lapso de vida máximo de 4 años, en Chile existen convenios marco con un tiempo de vigencia de 6 años; por ejemplo: suministro de combustibles (ID- 2239-1-LP14); servicios de alojamiento, arriendo de espacios y gastronomía (ID- 2239-1-LP15); o adquisición de libros (ID- 2239-11-LP14).

descentralizados constituye un aspecto problemático de la herramienta¹⁰⁴. Al respecto, ¿es dicha característica realmente una desventaja? Pueden esgrimirse argumentos a favor y en contra:

- *A favor*. La inaplicabilidad de los convenios marco constituye un límite de los convenios marco y, por tanto, la Administración pierde la oportunidad de agregar la demanda de las municipalidades y otras entidades descentralizadas similares.
- *En contra*. En atención de cómo está regulado el convenio marco en la legislación, no es posible estimar que dicha característica sea un aspecto problemático porque (i) *su aplicación es facultativa*, es decir, el que no sea obligatorio su uso no implica que sea inaplicable, pues su uso es facultativo para las municipalidades (art. 30 letra d) inc. 3 LBCA); y (ii) *otorga flexibilidad*: el que sea facultativo para las autoridades municipales permite una mayor flexibilidad del gasto en atención a su necesaria autonomía financiera.

Así las cosas, no es posible señalar que la supuesta inaplicabilidad es tal, porque: (i) el convenio marco puede ser utilizado por las municipalidades; (ii) en la práctica, es utilizado por las municipalidades; y (iii) es una norma de flexibilidad en atención a la autonomía financiera de las entidades descentralizadas.

3.3.2. Licitación pública

Una vez descartado el uso del convenio marco en uso de la facultad otorgada por el art. 30 letra d) de la LBCA, los organismos de la Administración deberán proceder a adjudicar los contratos de suministros o prestación de servicios según lo dispuesto en el art. 8° de la Ley. En términos concretos, esto significa que, salvo que concurren circunstancias excepcionales contempladas en el mencionado artículo, los organismos de la Administración procederán a adquirir bienes y servicios a través de la licitación pública.

¹⁰⁴ GARNICA (2017), p. 13.

3.3.2.1. Ineficiencia en casos complejos

Durante el desarrollo del segundo capítulo¹⁰⁵, se expuso que -más allá de los límites que adolece su metodología- la licitación pública posee características que la hacen un método de selección adecuado para proteger los principios que informan el régimen de compras públicas, los que a su vez garantizan la consecución del objetivo central del mismo: obtener la mejor relación calidad-precio en las adquisiciones del Estado.

Para que la licitación pública funcione óptimamente, el organismo público debe aplicarla en un contexto fuertemente determinado por las siguientes condiciones: (i) exhaustivo conocimiento de las características de los bienes o servicios requeridos, (ii) mercado del bien o servicio requerido bajamente concentrado, y (iii) alta capacidad de verificación de la calidad e idoneidad técnica de los oferentes¹⁰⁶. Así, un organismo que cuente con una capacidad funcionaria medianamente familiarizada con la compra de un bien o servicio no debería tener mayor problema en la mayoría de las adquisiciones, siendo la determinación del precio la única variable problemática¹⁰⁷.

Dicha situación cambia cuando el objeto del contrato administrativo trata de bienes o servicios complejos: como la licitación pública repudia el intercambio de información previa a la apertura de las ofertas entre el ente adjudicador y los participantes de la subasta, aquel pierde la oportunidad de contar con información que puede ser esencial para el éxito de la contratación. Como consecuencia, la aplicación de la licitación pública en este contexto donde la variable precio pierde protagonismo ante la variable calidad, enfrenta una serie de dificultades que la hacen menos óptima, como la dificultad para precisar las cualidades técnicas o de calidad de los bienes¹⁰⁸ o la verificación ex ante de la calidad del bien o servicio (por regla general, la calidad se verifica ex – post)¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Ver *supra*, pp. 38-40.

¹⁰⁶ WILHELM (2016), pp. 20-1.

¹⁰⁷ GOLDBERG (1977), pp. 250-61.

¹⁰⁸ BAJARI, MCMILLAN y TADELLIS (2006), pp. 373-4.

¹⁰⁹ BAJARI y TADELLIS (2001), pp. 289-90.

El problema que genera esto es evidente: la aplicación de la licitación pública en un contexto como el descrito genera procesos de adjudicación subóptimos en la etapa de ejecución, ya que al no poder precisar ex ante los requerimientos técnicos o de calidad de un contrato y al no poder capturar fácilmente los costos de adaptación posteriores al contrato, este no satisfará las necesidades de un organismo público. Ergo, la negociación domina la competencia¹¹⁰ cuando el comprador no está seguro de la calidad que entregará el proveedor (es decir, cuando la calidad no es observable)¹¹¹.

§3.4. SÍNTESIS: EXPRESIÓN MATEMÁTICA DE LA RELACIÓN VENTAJAS/DESVENTAJAS, COSTOS Y RIESGOS

3.4.1 Desventajas, costos y riesgos

A partir de lo ya estudiado, es posible distinguir los aspectos negativos entre *costos* efectivos, *riesgos* y *desventajas*. En primer lugar, la configuración del sistema exige a la Administración *costos* de dos tipos:

- (i) *Los costos directos*, los cuales se subdividen entre los costos institucionales del establecimiento de la DCCP y su planta funcionaria (“ C_{DCCP} ”) y los costos de operación, mantención y actualización del marketplace (“ C_{Mp} ”); segundo,
- (ii) *Los costos de capacitación*, que se dividen en los costos de capacitación a los funcionarios de la Administración (“ C_{Cfun} ”) y los costos de capacitación a los proveedores y otros profesionales interesados (“ C_{Cprov} ”).

En segundo lugar, la presentación de *riesgos* y *desventajas* dependen, de modo general, de aspectos de la licitación pública por ser la base normativa de los procedimientos de selección, a saber:

¹¹⁰ “In doing so, we illustrate how small is the class of environments in which auctions are optimal and suggest that very often relatively non-competitive institutions perform better”. MANELLI y VINCENT (1995), p. 593.

¹¹¹ ALBANO, DINI y ZAMPINO (2008), p. 3.

- (i) La presentación de la oferta exige cierta inversión de recursos tanto del organismo público (los estudios previos) como de los oferentes (preparación de documentos requeridos). Asignaremos a esta variable el nombre de *costos de preparación de la oferta*, o “**C_{po}**”
- (ii) El *grado de ineficiencia implícito* en la subasta, que varía en un rango que va desde la adjudicación de una oferta impugnada hasta la adjudicación de una oferta inviable. Se le denominará “**I**”.
- (iii) La *concentración del mercado*, situación que puja los precios al alza, distorsionando los efectos buscados por la agregación de la demanda. Al depender de dos factores, a esta variable compleja se denominará “**C_{po} * Q**”.
- (iv) El *riesgo de colusión* en un concurso adjudicatorio, sea para repartir cuotas de mercado o para sabotear un concurso con el fin de mantener ilegítimamente condiciones ventajosas ya existentes. Como este aspecto depende en parte de la concentración del mercado, se le denominará a esta variable “**(C_{po} * Q) * BR**”.

Finalmente, existen aspectos negativos asociados a los procedimientos de adjudicación en particular, sean del convenio marco o sean de la licitación pública.

- (a) *Convenio Marco*. Las variables en este punto son:
 - 1) *Estandarización del bien o servicio*. Al ser inversamente proporcional el riesgo a la estandarización, denominada “ $\frac{1}{\text{Std}}$ ”.
 - 2) *Desincentivo a la competitividad*, denominada “**DC**”
 - 3) Reducción de las oportunidades para las PYMEs, denominada “**ANTI_{PYME}**”
 - 4) *Sobreprecio en la oferta* como consecuencia del riesgo implícito del convenio marco, denominada “**Sp**”
 - 5) Tiempo de duración del convenio marco, denominada “**T**”
- (b) *Licitación pública*. Como la base normativa de ambos procedimientos de adjudicación es la licitación pública, solo hay que agregar a esta parte especial una sola variable:

- 1) *Ineficiencia del concurso público para la adquisición de bienes y servicios complejos*, la que se denominará “**CPX**”.

3.4.1.1. *La fórmula*

Descritos cada uno de los aspectos problemáticos del sistema de contratación pública (costos, riesgos y desventajas) se propone a continuación una fórmula que exprese las relaciones entre sí, diferenciando:

- *Parte general.* Costos directos, sean institucionales y de capacitación, son presupuestos de funcionamiento del sistema, constituyendo una porción (menor) de cada transacción realizada y, por tanto, del precio final obtenido por producto adquirido.
- *Parte agregada.* Los aspectos negativos de la Licitación Pública (AN_{LP}) y los aspectos negativos del Convenio Marco (AN_{CM}).

Por lo tanto, las fórmulas que expresan los aspectos negativos del sistema de compras públicas sería la siguiente:

$$C_{(DCCP+mp+Cfunc+CProv)} + (AN_{LP} + AN_{CM})$$

Siendo:

$$AN_{LP} = [C_{po} + I + (C_{po} * Q) + \{(C_{po} * Q) * BR\}] * CPX; y$$

$$AN_{CM} = [C_{po} + I + (C_{po} * Q) + \{(C_{po} * Q) * BR\}] + [(1/Std + DC + ANTI_{PYME} + Sp)] * T$$

3.4.2. La inecuación final: ventajas versus desventajas, costos y riesgos

Dependiendo del punto de vista desde el cual se analiza la eficiencia/ineficiencia del sistema, es posible expresar la relación entre pros y contras a través de una inecuación distinta para cada situación. El presente trabajo adoptará el punto de vista de la totalidad del sistema (análisis agregado).

Para el análisis de la eficiencia total del sistema de compras públicas es necesario acotar a un número de transacciones “ k ” para el total de licitaciones públicas y “ q ” para el total de convenios marco, dentro de un período de tiempo acotado (supongamos, un año).

Como este análisis requiere considerar el total de las transacciones, tanto ventajas como desventajas se repetirán según la totalidad de licitaciones públicas y convenios marco, y -por tanto- el análisis exige contabilizarlo de ese modo. Finalmente, la inecuación final sería la siguiente:

$$U + [A_{Gof} + V_{Adq} + Au] + M_{ON} + Esp + (EE + A_{Gp}) > C_{(DCCP+mp+Cfunc+CProv)} + k * AN_{LP} + q * AN_{CM}$$

CONCLUSIONES

Habida cuenta de la exposición de los aspectos principales sobre los cuales se configura el sistema de compras públicas vigente en nuestro ordenamiento jurídico, así como el análisis de sus consecuencias positivas y negativas, podemos exponer las siguientes conclusiones:

1. A pesar de la ausencia de claridades meridianas a lo largo de toda la discusión que dio a luz la normativa de compras vigente en Chile, si es justo reconocer que las intuiciones expresadas durante la tramitación parlamentaria se dirigían en la dirección correcta: el salto necesario que debía dar la legislación chilena en materia de adquisiciones requería un cambio de paradigma, que incluso resultaba contra intuitivo: en un contexto donde distintos sectores económicos, políticos y sociales pugnaban (y aun pugnan) por una mayor descentralización de la toma de decisiones estratégicas para el desarrollo del país, el llevar a cabo un cambio de paradigma hacia la centralización de la función contractual de la Administración favorece al mercado interno. En ese sentido, dicha actividad debe ser informada por principios funcionales que garantizaran e incentivaran la consecución del objetivo central de los sistemas de compras públicas, que es la obtención de la mejor relación precio-calidad (o value for money)¹¹²; en pos de esto último, los principios de estricta sujeción a las bases y libre concurrencia de los particulares son idóneos para garantizar dicho propósito.

Por contrapartida, existen circunstancias excepcionales en las cuales la consecución del objetivo central entra en colisión con el respeto a las garantías del mismo, en las cuales la autoridad administrativa debe decidir por cuál inclinarse: por una parte, el

¹¹² NYBERG (2012), p. 9.

establecimiento de requisitos para la participación en el concurso público puede constituir una barrera de entrada insalvable para ciertos proveedores del mercado, especialmente de menor tamaño; por otra parte, los mecanismos utilizados para efectuar grandes volúmenes de compra obstaculizan la libre concurrencia de los particulares a dichos procesos de adjudicación de contratos.

2. Atendida las características nocivas del régimen de compras antiguo, el legislador unificó las normas reguladoras de la actividad y configuró el sistema actual de compras en base a las necesidades cotidianas de los organismos de la Administración, dando una vuelta de tuerca a las reglas y principios ya presentes en el acervo normativo de la contratación administrativa. Así, el establecimiento de los convenios marco como procedimientos de adjudicación de contratos se hizo en base a un bien logrado equilibrio entre las reglas clásicas de la licitación pública y las enormes simplezas procedimentales que ofrecen las instancias de negociación directa. A mayor abundamiento, y acorde a las tendencias de la época, el legislador concentró sus esfuerzos en establecer una plataforma donde el contacto entre los organismos públicos y los agentes del mercado de bienes y servicios entraran en contacto de forma masiva, inmediatez y, en lo posible, en tiempo real.

El establecimiento de mecanismos centralizados de adjudicación de contratos junto con la entrada en funcionamiento del marketplace ha generado un impacto positivo en la forma en que se desarrolla la contratación entre organismos públicos y agentes de mercado, y -finalmente- en la obtención de una relación precio-calidad más conveniente para la Administración. En primer lugar, genera una disminución dramática en los costos de adquisición propios de la contratación administrativa al concentrar los esfuerzos en eliminar barreras de información persistentes en un mercado nacional mínimamente diverso. En segundo lugar, propende a una gestión más responsable de la actividad al requerir una planificación de las compras anuales, con el objeto de planificar procesos de compras en grandes volúmenes y así obtener las ventajas propias de las economías de escala: la obtención de un menor precio unitario a través de la agregación de la demanda

pública, profundizando el ahorro de recursos financieros, y la reducción de los costos de transacción al evitar la duplicación de esfuerzos invertidos en los procesos de contratación.

3. Sin embargo, el establecimiento de sistemas complejos para la satisfacción de una gran gama de necesidades trae aparejadas situaciones problemáticas derivadas de la conjunción entre reglas generales y situaciones límite. En primer lugar, el sistema funciona bajo un presupuesto orgánico: una entidad central de compras (la DCCP en Chile) es la piedra angular del sistema y, como tal, requiere ingentes recursos para el desarrollo de su rol como supervisor del funcionamiento del marketplace y contraparte técnica, planificador y gestor de políticas de contratación y de grandes adquisiciones, promotor de la competitividad de los procesos de adjudicación, organismo asesor para la Administración... En segundo lugar, el funcionamiento depende en gran medida de cómo el Estado resuelve la brecha existente entre el funcionamiento ideal del sistema y las capacidades de los distintos agentes que interactúan en el mercado de los contratos públicos; para esto, y en buena hora, la DCCP ha generado una política constante de capacitación dirigida a los funcionarios del Estado encargados de llevar adelante procesos de adjudicación contractual y también a los agentes más débiles presentes en el mercado, como a profesionales del área y al público en general.

En el ámbito procedimental también se manifiestan dichas situaciones indeseadas. De manera general, la forma base de selección del co-contratante presenta aspectos negativos derivados tanto de la metodología interna de selección que establece el Reglamento (subasta de sobre sellado), del grado de ineficiencia que presenta para casos concretos, los efectos que produce en mercados concentrados, y frente al riesgo de prácticas colusorias. De manera especial, tanto la complejidad del bien o servicio (licitación pública) como el grado de especificación del bien, los diseños de adquisición defectuosos, las consecuencias discriminatorias frente a pequeños proveedores, el sobreprecio como prima implícita del riesgo o el tiempo de duración (para el convenio

marco), son factores que al final del día influyen en la obtención de una relación precio-calidad menos óptimo que la esperada.

4. A la hora del balance entre ventajas vs. desventajas, costos y riesgos presentes en el sistema, es posible observar *prima facie* que estos últimos comprenden una serie de variables mayor que los primeros; sin embargo, una comprensión cabal de dicho balance exige la correcta ponderación de cada uno de los factores en juego. Así, el aspecto positivo presente para las ventajas del sistema se deriva de su carácter concreto, real y fácilmente cuantificable; además, también es posible estimar que el impacto de los aspectos positivos es general pues las ventajas se manifiestan a través de todo el volumen de transacciones celebradas entre organismos estatales y proveedores particulares.

Por contrapartida, los aspectos negativos de carácter concreto, real y fácilmente cuantificable tienen que ver con solo una parte de los aspectos problemáticos, véase, los costos directos de la DCCP y el marketplace y los costos de capacitación, más los costos de preparación de la oferta por parte de los particulares; el resto de las variables obedecen más a situaciones límites o excepcionales y a circunstancias eventuales o riesgos. Un ejemplo claro de esto último dice relación con los casos de colusión en las compras públicas de grandes volúmenes: si bien la concentración del mercado de un bien o servicio determinado genera las condiciones propicias para la proliferación de conductas colusorias, no existe argumento lógico ni demostración empírica que permita demostrar que dichas conductas reñidas con la libre competencia sucederán a todo evento, ni tampoco existe un modelo probabilístico que permita predecir con un mínimo aceptable de certeza cual sería el real impacto de dichas eventuales conductas colusorias.

5. En suma, es forzoso concluir que el establecimiento de un sistema de compras públicas como el vigente en la legislación nacional es un salto hacia adelante en lo que se refiere al desarrollo institucional del ámbito de las adquisiciones estatales. Para esto, el rol de las TICs fue clave: a pesar de que el sistema de compras chileno es un sistema complejo, el legislador apostó a que la brecha existente entre la plataforma virtual y los

proveedores se redujera de forma progresiva en el tiempo, lo que terminó dándole la razón: debido a la exponencial penetración que ha tenido el Internet en Chile durante las últimas dos décadas¹¹³, los esfuerzos para disminuir dicha brecha digital fueron disminuyendo fuertemente, pudiendo la DCCP concentrar sus esfuerzos en la capacitación digital de los proveedores menos aventajados (PYMEs) y la capacitación a los nuevos proveedores que buscan ingresar al mercado de los contratos públicos.

6. La inecuación final (relación beneficios/costos, desventajas y riesgos) expresa las condiciones bajo las cuales el sistema de compras públicas funciona eficientemente; dicho de otra forma, la inecuación debe ser más o menos estable para que su funcionamiento sea racional. Dicha estabilidad se pone constantemente a prueba cuando una de sus variables comienza a adquirir mayor peso específico (respecto de las otras) que el supuesto por el legislador. Un ejemplo de esto dice relación con el índice de colusión y con el sobreprecio: por mucho que sean variables eventuales (riesgos) y no reales (consecuencias necesarias), la labor de monitoreo de esos factores es necesaria para poder establecer medidas de mitigación

Quizás las variables más sensibles a los cambios que experimenta el mercado son las relativas al impacto de los convenios marco en la concentración del mercado y el tiempo de su duración. Respecto a la primera, si el diseño de los convenios marco o de las licitaciones públicas establece la adjudicación de un volumen tal que hace imposible la competencia masiva por los contratos públicos, el efecto sobre la variable ANTI_{PYME} a largo plazo determinará una fuerte alza (matemáticamente, “ $C_{po} * Q$ ” y “ANTI_{PYME}” son directamente proporcionales) en su ponderación, poniendo en entredicho la estabilidad de la inecuación (el presupuesto de racionalidad del sistema): un ecosistema económico concentrado pujará al alza de los precios en un mediano plazo. Con todo, un par de precisiones:

¹¹³ A diciembre de 2009, Chile alcanzó una penetración de 13,7 accesos de internet fijos y móviles por cada 100 habitantes. En marzo de 2017, dicha cifra aumento a 91 accesos sobre 100 personas, con 16,7 millones de accesos totales. SUBTEL (2017), p. 8.

- En primer lugar, el impacto de un convenio marco o licitación pública de gran volumen sobre la concentración del mercado puede ser controlada a partir de un buen diseño del mismo: esto es posible determinando, *primero*, cuál es la cantidad más conveniente a adquirir (al menor precio unitario) en la curva de costos marginales para un bien o servicio (como muestra la Figura 3); y *segundo*, dividiendo un convenio marco en lotes de adquisición: una estrategia de adquisición por loteo permitiría a la DCCP fomentar la participación de las PYMES en procesos en los cuales no podrían participar de otro modo. Por ejemplo, decidir estructurar procesos de licitación o convenios marco en regiones podría contener una estrategia de adquisición dirigida a los productores locales en lugar de los grandes distribuidores¹¹⁴. Sin embargo, esto último podría enfrentar dos obstáculos: el riesgo de reparto de cuotas de mercado y la falta de consagración explícita de otros objetivos secundarios en nuestra legislación.
- En segundo lugar, el sistema de compras públicas opera en condiciones de mercado dadas, frente a la cual puede actuar como mecanismo correctivo de las desigualdades estructurales hasta cierto punto, siendo difícil que su impacto reestructure las condiciones que determinan el funcionamiento desigual del mercado. Como síntesis, si la contratación pública es un instrumento de intervención estatal en la economía, existen otros instrumentos - incluidos los impuestos, las subvenciones y los derechos de propiedad intelectual, entre otros- más apropiados para lograr la inclusión de la pequeña y mediana industria o, por lo menos, el peso de ese objetivo no debe recaer exclusivamente sobre la contratación pública a riesgo de que sea demasiado costoso en términos de eficiencia y relación calidad-precio para el contribuyente¹¹⁵.

Respecto de la segunda variable, el tiempo de duración del convenio marco es un elemento que puede generar importantes ineficiencias en las compras públicas. Al fijar los precios (con prima agregada) a futuro, la Administración puede desaprovechar las

¹¹⁴ OECD (2017), p. 35-6.

¹¹⁵ SPAGNOLO (2012), p. 25.

condiciones de mercado más favorables que puedan surgir en el transcurso del tiempo de duración del convenio. Esto es especialmente sensible si el convenio marco tiene por objeto regular las condiciones para la adquisición de bienes que tienden a la baja; específicamente, tratándose de objetos tecnológicos (como computadores, impresoras y teléfonos celulares, entre otros), tecnología que se encuentra constantemente en evolución y cuyos métodos de producción tienden a abaratare en el tiempo. Esta podría ser una explicación al sobreprecio entre un 35% y un 123% detectado en la compra de computadores dentro de un convenio marco en comparación con el precio del mercado

116.

7. Para el final, he reservado la oportunidad de proponer algunas soluciones a aspectos problemáticos observados en la presente investigación.

- (i) El establecimiento de propósitos distintos a obtener la mayor relación precio-calidad debe estar consagrado explícitamente en la normativa vigente, por de evitar situaciones indeseadas como las observadas en el caso “ENASA con I.M. de Cauquenes”¹¹⁷. El incentivo a la participación de las PYMEs, el desarrollo de la economía local o la búsqueda de desarrollo sustentable son objetivos necesarios para el funcionamiento a largo plazo de la economía nacional y que la LBCA debe perseguir -por supuesto- sin dejar de lado el objetivo principal.
- (ii) En el caso de los procesos licitatorios, es perfectamente posible aprovechar las herramientas que otorgan las diversas formas de contratación electrónica para que los mentados procesos puedan configurarse ya no solo como una subasta de sobre sellado sino como una subasta dinámica o una subasta de *Vickrey*, haciéndolos más dinámicos en la etapa de adjudicación; todo esto, con el fin de poder aprovechar al máximo la competencia que pueda suscitarse en el contexto de un concurso adjudicatorio.

¹¹⁶ LA TERCERA (2014), s/p.

¹¹⁷ Ver *supra*, nota 38.

- (iii) Debido a que no es improbable que un convenio marco presente precios mayores a los que pueden ser conseguidos por fuera de él, una mayor flexibilidad en el uso de los convenios marco es necesaria con el fin de hacer más factible la posibilidad de usar la “válvula de escape” contenida en el art. 15 RLBCA por los organismos públicos. Dicha flexibilidad debe consagrarse a través de formas más sencillas de acreditar las “condiciones más ventajosas”, sobre todo considerando que las compras (no las adjudicaciones de contratos) hechas a través del catálogo de convenios marco son de volumen unitario. De mantenerse la regulación actual, dicha cláusula legal seguirá siendo letra muerta, funcionando como un obstáculo burocrático (la rendición de 3 cotizaciones, las consecuencias negativas del control del acto administrativo por parte de la CGR, etc.) más que como una forma de flexibilizar las compras ante una situación abiertamente ineficiente.
- (iv) Es necesario que la legislación contemple mecanismos de adjudicación adecuados para el caso de suscripción de contratos cuyo objeto es un bien o servicio de mayor complejidad¹¹⁸. Una alternativa adecuada es consagrar legalmente los *diálogos competitivos* cuya aplicación se reserve para dichas situaciones en las cuales los organismos públicos que ejecuten proyectos particularmente complejos les resulte objetivamente imposible definir los medios para satisfacer sus necesidades o evaluar las soluciones financieras y jurídicas que ofrezca el mercado, siempre y cuando la utilización de procedimientos abiertos o restringidos no permita la adjudicación de dichos contratos. La legislación europea prescribe también la cautela esencial que deberá observarse, de manera que el recurso a este procedimiento no restrinja o falsee la competencia, “especialmente mediante modificaciones de elementos fundamentales de las ofertas o imponiendo nuevos elementos

¹¹⁸ Las razones fueron expuestas *supra*, pp. 77-8.

sustanciales al licitador seleccionado, o implicando a un licitador distinto del que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa”¹¹⁹.

¹¹⁹ Directiva 2004/18/CE, considerando N° 30.

BIBLIOGRAFÍA

REFERENCIAS ACADÉMICAS

- ALBANO, Gian Luigi (2014): “Centralization in public procurement”. Recurso electrónico disponible en el sitio web http://economia.uniroma2.it/public/ppm/files/case_study_GL_ALBANO.pdf (consulta: 30 de marzo de 2018).
- ALBANO, Gian Luigi, BALLERIN, Antonio y SPARRO, Marco (2010): “Framework agreements and repeated purchases: the basic economics and a case study on the acquisition of IT services”. Recurso electrónico disponible en el sitio web <http://ippa.org/images/PROCEEDINGS/IPPC4/04EconomicsofProcurement/Paper4-1.pdf> (consulta: 30 de marzo de 2018).
- ALBANO, Gian Luigi, DINI, Federico y ZAMPINO, Roberto (2008): “Bidding for complex projects: evidence from the acquisitions of IT services”. Recurso electrónico disponible en el sitio web <http://ssrn.com/abstract=1292831>
- ALBANO, Gian Luigi y NICHOLAS, Caroline (2016): “The law and economics of the framework agreements. Designing flexible solutions for Public Procurement”. Cambridge University Press.
- ANDERSON, Robert y KOVACIC, William (2009), “Competition policy and international trade liberalisation: essential complements to ensure good performance in public procurement markets”, en *Public Procurement Law Review*, N° 18. Recurso electrónico disponible en el sitio web https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/competition-policy-and-international-trade-liberalisation-essential-complements-ensure-good.anderson/2009procurementmks.pdf (consulta: 30 de marzo de 2018).
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar (2007): “El enigma del contrato administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, N° 172 (enero-abril). Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- ARROWSMITH, Sue (2012): “Understanding the purpose of the EU’s procurement directives: the limited role of the EU regime and some proposals for reform”, en VV.AA: *The Cost of Different Goals of Public Procurement*. Västerås, Konkurrenservet.
- (2002): “The EC Procurement Directives, national procurement policies and better governance: the case for a new approach” en *European Law Review*, N° 27.
- ATKINSON, Michael M. (1993): “Governing Canada: institutions and public policy”, en *Harcourt Brace Jovanovich*. Toronto, Canadá.
- BAJARI, Patrick, MCMILLAN, Robert y TADELIS, Steven (2006): “Auctions versus negotiations in procurement: an empirical analysis”, en *The Journal of Law, Economics, & Organization*, Volumen 25, N° 2.
- BAJARI, Patrick y TADELIS, Steven (2001), “Incentives versus transaction costs: a theory of procurement contracts”, en *Rand Journal of Economics*, Volumen 32, N° 3.
- BÖRGERS, Tilman y VAN DAMME, Eric (2016): “Auction theory for auction design”, en JAANSEN, Marten (Editor), *Auctioning public assets*. Cambridge University Press
- CALABRESI, Guido (1968): “Transaction costs, resource allocation and liability rules: a comment”, en *Journal of Law & Economics*, N° 67. Yale Law School Faculty Scholarship.
- CELIS, Gabriel (2010): “Curso de derecho administrativo” (Tomo I). Santiago, Thompson Reuters Puntolex.
- COASE, Ronald (1992): “El problema del costo social”, en *Revista Estudios Públicos* N° 45. Santiago, Centro de Estudios Públicos.
- CORDERO, Luis (2015): “Lecciones de derecho administrativo”. Santiago, Legal Publishing.
- CROOM, Simon y BRANDON-JONES, Alistair (2009): “Key issues in e-procurement: procurement implementation and operation in the public sector”, en THAI, Khi V. (editor), *International handbook of Public Procurement (Public Administration and Public Policy)*. Boca Raton, Taylor & Francis Group.
- DAHLMAN, Carl J. (1979): “The Problem of externality” en *Journal of Law and Economics*, N° 21 (2). Chicago, University of Chicago.
- DEKEL, Omer: (2008): “The Legal Theory of Competitive Bidding for Government Contracts”, en *Public Contract Law Journal*, Volumen 37, N° 2.

- FARRANDO, Ismael (2002): “Contratos administrativos”. Buenos Aires, Lexis-Nexis Abeledo Perrot.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2004): “Curso de Derecho Administrativo” (Tomo I), 12ª Edición. Madrid, Civitas.
- GARNICA, Liliana (2017): “¿Cuáles son las ventajas y desventajas de la aplicación de los acuerdos marco de precios en los municipios de sexta categoría del departamento de Cundinamarca?”. Artículo conducente para optar al título de Especialista en Derecho Administrativo. Bogotá, Universidad Santo Tomás.
- GOLDBERG, Victor (1977): “Competitive bidding and the production of precontract information”, en *Bell Journal of Economics*, n° 8.
- GOYA, Felipe y BARRAZA, Alejandra (2007): “Control del sistema de compras públicas de Chile”. II Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Santo Domingo, Rep. Dominicana. Recurso electrónico disponible en el sitio web <http://siare.clad.org/fulltext/0057442.pdf> (consulta: 30 de marzo de 2018).
- HUSSMANN, Karen (2004): “La promesa de las compras públicas electrónicas: el caso de Chilecompra (2000-2003)”, en *Estudio de caso*, N° 77. Santiago, Magíster en Gestión y Políticas Públicas, Universidad de Chile.
- KARJALAINEN, Katri (2009): “Value of centralization”, en *Challenges of Purchasing Centralization – Empirical Evidence from Public Procurement*. Helsinki School of Economics.
- KLEMPERER, Paul (2000): “What really matters in auction design”, en *Working Paper, Journal of Economic Perspectives*, N° 16.
- JARA, Ángel (2008): “Revisión crítica del trato o contratación directa como modalidad de contratación administrativa. Ley 19.886 sobre Bases de Contratos Administrativos y Prestación de Servicios”. Memoria de Prueba conducente al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile.
- LA TERCERA (2014): “Las tareas pendientes de ChileCompra a 10 años de su creación”. Recurso electrónico disponible en el sitio web <http://www2.latercera.com/noticia/las-tareas-pendientes-de-chilecompra-a-10-anos-de-su-creacion/>
- MAHDILLOU, Hossein y AKBARY, Jawid (2014): “E-procurement adoption, its benefits and costs”. Borås, University of Borås.

- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Rubén (2009): “Administración pública electrónica”. Navarra, Thomson–Civitas, Cizur Menor.
- MANELLI, Alejandro y VINCENT, Daniel (1995): “Optimal procurement mechanisms”, en *Econometrica*, Vol. 63, No. 3, pp. 591-620. The Econometric Society.
- MAÑEZ, Eva (2014): “La defensa de la competencia en los procesos de contratación pública: hacia una mayor participación de las pequeñas y medianas empresas en los mercados públicos”, en *Anuario aragonés de gobierno local*, N° 6. Zaragoza, Institución Fernando el Católico.
- MEYER, David y FATH, Jean Marie (2001): “Evaluación de las Contrataciones Públicas en Chile”, en *Reforma de Estado. Volumen II: Dirección Pública y Compras Públicas*. Santiago, Centro de Estudios Públicos.
- MORAGA KLENNER, Claudio (2008): “Marco jurídico general de los contratos administrativos en Chile”, en *Contratos públicos en España, Portugal y América Latina*.
- (2007): “Contratación Administrativa”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- MUÑOZ GERHARD, Carlos (1994): “Eficiencia, calidad de la gestión y probidad”, en *Revista Chilena de Administración Pública, Estado, Gobierno y Gestión Pública*, N° 2. Santiago, Publicaciones 3M Ltda.
- NAWI, M.N.M. *et al* (2016): “The benefits and challenges of e-procurement implementation: a case study of malaysian company”, en *International Journal of Economics and Financial Issues*, 2016, 6(S7). Recurso electrónico disponible en <http://www.econjournals.com/index.php/ijefi/article/view/3627> (consulta: 30 de marzo de 2018).
- NEEF, Dale (2001): “E-procurement: from strategy to implementation”. Upper Saddle River, NJ: Prentice Hall.
- NYBERG, Sten (2012): “Introduction”, en VV.AA: *The Cost of Different Goals of Public Procurement*. Västerås, Konkurrensverket.
- PALACIOS LLERAS, Andrés (2009): “Introducción al análisis económico del derecho administrativo”, en *Revista de Derecho Público*, N° 22. Bogotá, Universidad de los Andes
- PINDYCK, Robert y RUBINFELD, Daniel (2009): “Microeconomía” (Séptima edición). Madrid, Pearson Educación S.A.

- RACCA, Gabriella (2014): “Joint procurement challenges in the future implementation of the new Directives”, en LICHÈRE, François, CARANTA, Roberto y TREUMER, Steen (Editores), *Modernising Public Procurement. The New Directive*, Copenhagen: Djøf Publishing.
- RACCA, Gabriella *et al.* (2010) “The safeguard of competition in the execution phase of public procurement: framework agreements as flexible competitive tools”. Recurso electrónico disponible en el sitio web: <https://ssrn.com/abstract=2180856> (consulta: 30 de marzo de 2018).
- RAMÍREZ, Natanael *et al.* (2010): “Economías de escala y rendimientos crecientes una aplicación en microempresas mexicanas”, en *Economía Mexicana*, vol. XIX, N° 2, segundo semestre. Recurso electrónico disponible en el sitio web <http://www.scielo.org.mx/pdf/emne/v19n2/v19n2a1.pdf> (consulta: 30 de marzo de 2018).
- RAUDLA, Ringa (2007): “Law and economic analysis of the estonian public procurement act”, en PIGA, Gustavo y THAI, Khi V. (Editores): *Advancing public procurement. Practices, innovation and knowledge-sharing*. Boca Raton, PrAcademics Press.
- SPAGNOLO, Giancarlo (2012): “Public Procurement as a Policy Tool”, en VV.AA: *The Cost of Different Goals of Public Procurement*. Västerås, Konkurrenservet.
- STRAND, Ivar (2011): “Cost and effectiveness of public procurement”. Recurso electrónico disponible en el sitio web https://www.difi.no/sites/difino/files/17_parallellesjon_3_smartegrep_for_aa_redusere_anskaffelseskostnader_-_hvilke_grep_kan_innkjoepene_gjore_-_ivar_strand_pwc.pdf (consulta: 30 de marzo de 2018).
- SULLIVAN, E. Thomas *et al.* (2014): “Antitrust law, policy and procedure: cases, materials, problems” (Séptima Edición). Carolina Academic Press.
- TELLO NAVARRO, Felipe (2011): “La política de reforma y modernización de la gestión pública en Chile. Actores y procesos”, en *Universium*, N° 26, Vol. 2. Talca, Universidad de Talca.
- VARIAN, Hal R. (2003): “Intermediate microeconomics - a modern approach”. W. W. Norton and Company, New York, London.
- WILHELM, Karina (2016): “Caso sobrepuestos en el Plan Frontera Norte”. Tesis para optar al Grado de Magíster en Gestión y Políticas Públicas. Santiago, Universidad de Chile.

DOCUMENTOS E INFORMES INSTITUCIONALES

CHILECOMPRA (2016): “Chile, evaluación del sistema de compras públicas. Metodología MAPS 2016 (fase piloto)”. Recurso disponible en http://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2017/06/InformeFinal_publicado.pdf (consulta: 30 de marzo de 2018).

----- (2006): “Plan estratégico 2006 Dirección de Compras y Contratación Pública”. Recurso electrónico disponible en el sitio web <http://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2016/11/plan-estrategico-2006-direccion-de-compras-y-contratacion-publica-2006-2.pdf> (consulta: 30 de marzo de 2018).

COMISIÓN NACIONAL DE ETICA PÚBLICA (1996), “Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública y la Prevención de la Corrupción”, en *Revista de Ciencia Política*, Vol. 18, Nos. 1-2. Santiago, Instituto de Ciencia Política, Pontificia Universidad Católica.

COMISIÓN EUROPEA (2004): “Buying green! An handbook of green public procurement”. Recurso electrónico disponible en el sitio web http://ec.europa.eu/environment/archives/gpp/buying_green_handbook_en.pdf (consulta: 30 de marzo de 2018).

----- (2003): “The internal market: ten years without frontiers”. Recurso electrónico disponible en el sitio web http://ec.europa.eu/internal_market/10years/docs/workingdoc/workingdoc_en.pdf (consulta: 30 de marzo de 2018).

COMITÉ INTERMINISTERIAL DE MODERNIZACIÓN DE LA GESTIÓN PÚBLICA (1998): “Programa de Reforma al Sistema de Compras y Contrataciones del Sector Público. Documento de Política”. Recurso electrónico disponible en el sitio web http://intranet.goreloslagos.cl/GoreloslagosIntraNeo/CONTROLS/NEOCHANNELS/Neo_CH5309/Deploy/politica.pdf (consulta: 30 de marzo de 2018).

COMUNIDAD EUROPEA (2012): “Estrategia en pos de la contratación pública electrónica. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones”. Recurso electrónico disponible en el sitio web <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2012/ES/1-2012-179-ES-F1-1.pdf> (consulta: 30 de marzo de 2018).

DIRECCIÓN DE PRESUPUESTOS, MINISTERIO DE HACIENDA (2018): “Ley de Presupuesto año 2018. Partida Ministerio de Hacienda”. Recurso electrónico disponible

en el sitio web http://www.dipres.gob.cl/597/articles-168711_doc_pdf.pdf (consulta: 30 de marzo de 2018).

OECD (2018), “Contratación pública en Nuevo León, México: Promoviendo la eficiencia por medio de la centralización y la profesionalización”. París, OECD Publishing.

----- (2017), “Public procurement in Chile: policy options for efficient and inclusive framework agreements”. París, OECD Publishing.

SUBTEL (2017): “Sector Telecomunicaciones Primer Trimestre 2017”. Recurso electrónico disponible en el sitio web http://www.subtel.gob.cl/wp-content/uploads/2017/07/PPT_Series_MARZO_2017_V3.pdf (consulta: 30 de marzo de 2018).

JURISPRUDENCIA

Contraloría General de la República:

- CGR, dictamen N° 14.133, de fecha 16.04.2002.
- CGR, dictamen N° 49.350, de fecha 04.11.2003.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia:

- TDLC, Rol C-72-2005, sentencia de fecha 07.12.2005.
- TDLC, Rol C-132-2007, sentencia de fecha 10.12.2008.
- TDLC, Rol C-194-2009, sentencia de fecha 22.06.2011.

