

ANEXOS

Estudio de Mercado sobre Compras Públicas

(EM05-2019)

CONTENIDOS

Anexo A: “Pronunciamientos del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de la Fiscalía Nacional Económica sobre compras públicas”	3
i. Competencia TDLC y FNE	3
ii. Diseño de las bases de licitación y barreras a la entrada	4
iii. Comportamiento de los competidores	5
iv. Mercado relevante.....	6
Anexo B: “Análisis doctrinario y jurisprudencial sobre la competencia del Tribunal de Contratación Pública”.....	7
i. Trato directo	7
ii. Convenio marco	8
iii. Grandes Compras	10
Anexo C: “Análisis de los dictámenes emitidos por la Contraloría General de la República sobre los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases”	13
i. El principio de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo	13
ii. El principio de igualdad de los oferentes ante las bases.....	17
Anexo D: “Resumen Encuesta a Compradores Públicos”	22
Anexo E: “Diseño Muestral de la Encuesta a Compradores Públicos”	27
BIBLIOGRAFÍA.....	29

Anexo A: “Pronunciamientos del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de la Fiscalía Nacional Económica sobre compras públicas”

1. A continuación, se describirán brevemente algunas de las principales materias relacionadas con procesos de compras públicas sobre las que se han pronunciado el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) y la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”).

i. Competencia TDLC y FNE

2. En primer lugar, la existencia de una normativa específica de regulación y sanción de actos en la contratación pública no excluye la aplicación de las normas de libre competencia¹. Por lo anterior, un mismo hecho puede ser conocido simultánea e independientemente por el TDLC y por el Tribunal de Contratación Pública, buscando establecer distintos tipos de responsabilidades². Así, no es necesario que el primer tribunal espere un pronunciamiento del segundo para conocer de actos que dañan la libre competencia en un proceso de contratación pública³. Cabe destacar que se ha establecido que la verificación de las cuestiones de legalidad en el proceso de compras públicas excede las facultades del TDLC⁴.
3. Por otra parte, cuando las bases de licitación se ajustan a lo dispuesto en el DL N°211, la competencia del Tribunal cesa luego de completada la tramitación del acto administrativo aprobatorio, salvo casos excepcionales⁵.
4. Adicionalmente, para determinar si las exigencias establecidas en una licitación son contrarias a la libre competencia, deben concurrir tres requisitos copulativos: (i) El órgano licitante debe contar con poder de compra en el mercado relevante del producto licitado; (ii) Que las exigencias puedan o tiendan a alterar el proceso competitivo de la licitación, y (iii)

¹ Minuta de archivo Rol N°2476-17 FNE, párrafo 10°, de fecha 20 de abril de 2018. En ese sentido, aunque en un proceso de compras públicas estén involucrados bienes jurídicos tutelados por una legislación especial, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia deberá resguardar su competitividad, como plantea el mismo Tribunal en las Sentencias N°100/2010, consideración 17°, y N°121/2012, consideración 52°.

² Sentencia TDLC N°132/2013, consideraciones 15° y 16°. En ese sentido, en la Resolución TDLC Rol N°50/2017, de fecha 6 de marzo de 2017, párrafos 60 y 61, el Tribunal señala que no basta con acreditar arbitrariedad o discriminación en las bases de licitación, vulnerándose la libre concurrencia de los oferentes, para afectarse la libre competencia.

³ Sentencia TDLC N°132/2013, consideración 13°. En ese sentido, en la Sentencia TDLC N°157/2017, consideración 16°, se dice que cuando las bases de licitación contienen cláusulas que atentan contra la libre competencia, se infringe directamente la normativa, por lo que no se necesita esperar un acto administrativo posterior para que se entienda cometida la infracción.

⁴ Resolución TDLC, 3 de diciembre de 2019, Rol N°58/2019, párrafo 6° y Minutas de archivo Rol N°1250-08 FNE, párrafo 1°, de fecha 7 de agosto de 2008 y Rol N°2476-17 FNE, párrafos 14° y 17°, de fecha 20 de abril de 2018.

⁵ Sentencias TDLC N°138/2014, consideraciones 12° y 13° y N°132/2013, consideraciones 20° y 21°.

Que las exigencias no deben tener una justificación objetiva ni razonable⁶. Cabe tener en consideración que el TDLC ha establecido que, si no se ha probado el poder de mercado de un organismo público, este no puede incurrir en abuso alguno⁷.

5. Sin embargo, si en el marco de una compra pública, un organismo que está actuando en virtud de una potestad legal comete un acto atentatorio a la libre competencia, no se le puede sancionar por el incumplimiento de las normas del DL N°211, pues se infringiría el principio de legalidad que debe regir su comportamiento⁸.
6. Por último, aunque se verifique que una conducta es anticompetitiva en un proceso de compras públicas, la magnitud de la sanción debe evaluarse según las circunstancias, por ejemplo, evaluando el efecto de los comportamientos y los montos involucrados⁹.

ii. Diseño de las bases de licitación y barreras a la entrada

7. En primer lugar, se ha dicho que es obligación aplicar en las bases de licitación los principios de transparencia, libre acceso, generalidad, uniformidad, objetividad y no arbitrariedad¹⁰. Además, el diseño de las bases de licitación debe asegurar condiciones mínimas de rivalidad, pues ello es lo que se entiende como el sentido más básico de la competencia¹¹. En ese sentido, se ha planteado que es necesario que las bases contengan criterios objetivos y razonables, que permitan la presentación de varios oferentes, y que una licitación que no cumpla con condiciones de transparencia y objetividad es contraria a la libre competencia¹². Para lograr esto, se ha establecido que el principal criterio de asignación en una licitación debe ser el precio ofrecido, y en caso de utilizarse parámetros distintos, esto debe ser justificado apropiadamente¹³.

⁶ Minuta de archivo Rol N°2476-17 FNE, párrafo 13°, de fecha 20 de abril de 2018.

⁷ Sentencia TDLC N°168/2019 del TDLC, consideración 16°.

⁸ Sentencias TDLC N°132/2013, consideración 17°, y N°138/2014, consideración 43°.

⁹ Resolución de archivo Rol N°1733-10, párrafos 1° a 6°, de fecha 30 de junio de 2011 y Minuta de inadmisibilidad Rol N°2373-16, párrafos 18° a 20°, de fecha 9 de marzo de 2016, ambas de la FNE.

¹⁰ Instrucción de Carácter General TDLC N°3/2013, consideración 10°. 21 de marzo de 2013. Rol NC N°409-12.

¹¹ Sentencia TDLC N°138/2013, consideraciones 16° y 17°.

¹² Instrucción de Carácter General TDLC N°1/2006, párrafo 2°, Sentencias TDLC N°21/2005, consideración 10°, N°34/2005, consideraciones 3°, 4°, 27° y 28°, N°77/2008, consideración 50°, N°132/2013, consideración 158°, Resolución TDLC, de fecha 27 de junio de 2006, Rol N°13/2006, consideración 9°, y Resolución TDLC, de fecha 22 de abril de 2015, Rol N°46/2015, consideración 128°. Además, este razonamiento se encuentra en el Compendio de Criterios de la FNE aplicables a las licitaciones de servicios de recolección, transporte y disposición de Residuos Sólidos Domiciliarios, en la página 3. El Estudio de Licitaciones de Compras de Medicamentos en Establecimientos Públicos de Salud, llevado a cabo por la Fiscalía en noviembre de 2014, señaló que el diseño del proceso de contratación debe evitar su arbitrariedad, evitar la creación de barreras artificiales a la competencia, promover la competencia y denunciar las ilegalidades.

¹³ Sentencia TDLC N°92/2009, consideración 32°; Instrucción de Carácter General TDLC N°3/2013, consideración 18°. 21 de marzo de 2013. Rol NC N°409-12; Minutas de archivo Rol N°2439-17, párrafo 33°, de fecha 23 de agosto de 2017 y Rol N°2485-18, párrafo 15°, de fecha 1 de marzo de 2018, de la FNE. Además, está establecido en el Compendio de Criterios de la Fiscalía Nacional Económica aplicables a las licitaciones

8. Por otro lado, una licitación que impone exigencias innecesarias puede reducir la competencia, pues se generan barreras a la entrada¹⁴. Algunas de las barreras que pueden generarse son: (i) Experiencia en el rubro o contratos vigentes, dependiendo de las circunstancias del caso¹⁵; (ii) Exigencia de ofertar por todos los productos en la licitación¹⁶; (iii) Requisitos demasiado específicos o no esenciales, sin que medie una razón técnica que lo justifique¹⁷; (iv) Suscripción de contratos excesivamente largos¹⁸; y (v) Establecimiento de plazos muy acotados en el proceso de licitación¹⁹, entre otras.

iii. Comportamiento de los competidores

9. En primer lugar, se ha dicho que la similitud de precios entre oferentes de una licitación no es suficiente para configurar un ilícito anticompetitivo²⁰, ni su elevada cuantía, que puede explicarse por razones distintas a una colusión²¹. De igual forma, la presentación de ofertas iguales por dos o más competidores no acredita por sí misma una colusión entre ellos²². Por último, la existencia de un mercado concentrado o de barreras a la entrada tampoco son suficientes para determinar la existencia de un acuerdo anticompetitivo²³.

de servicios de recolección, transporte y disposición de Residuos Sólidos Domiciliarios, página 5. Por otro lado, si la licitación asigna exclusividad en la provisión, generando un monopolio legal, la variable de adjudicación debe ser la menor tarifa a cobrar a los usuarios finales, como plantea la sentencia TDLC N°121/2012, consideración 31°, la Resolución TDLC, de fecha 22 de abril de 2015, Rol N°46/2015, consideraciones 123° y 134°, y los Informes de archivo Rol N°2481-17, párrafo 34°, de fecha 15 de marzo de 2018 y Rol N°2554-19, párrafo 15°, de fecha 13 de agosto de 2019, ambos de la FNE.

¹⁴ Sentencia TDLC N°34/2005, consideraciones 3° y 4°, Resolución TDLC, de fecha 22 de abril de 2015, Rol N°46/2015, consideración 127°, e Instrucción de Carácter General TDLC N°1/2016, consideración 3°. 8 de junio de 2016. Rol NC N°98-05.

¹⁵ Sentencias TDLC N°7/2005, consideraciones 4° a 8° y N°34/2005, consideración 26°. Además, Informe de archivo Rol N°2237-13, párrafo 25°, de fecha 14 de octubre de 2014, Minuta de archivo Rol N°2344-15, párrafo 21°, de fecha 31 de agosto de 2015 y Minuta de archivo Rol N°2439-17, párrafo 37°, de fecha 23 de agosto de 2017, de la FNE. Además, el Compendio de Criterios de la Fiscalía Nacional Económica Económica aplicables a las licitaciones de servicios de recolección, transporte y disposición de Residuos Sólidos Domiciliarios estableció que la aplicación práctica de la exigencia de experiencia debe realizarse de tal manera que dicho requisito no se constituya en una barrera a la entrada al mercado para nuevas empresas.

¹⁶ Informe de archivo Rol N°2361-15 FNE, párrafo 34°, de fecha 11 de diciembre de 2015.

¹⁷ Informe de archivo Rol N°2361-15 FNE, párrafos 25° a 27° y 39°, de fecha 11 de diciembre de 2015, Minuta de archivo Rol N°2476-17 FNE, párrafos 14° y 16°, de fecha 20 de abril de 2018, Minuta de archivo Rol N°2553-19 FNE, párrafos 27° y 28°, de fecha 31 de julio de 2019, Informe de archivo Rol N°2237-13 FNE, párrafo 27°, de fecha 14 de octubre de 2014, y Minuta de archivo Rol N°2595-19 FNE, párrafos 6° y 8°, de fecha 17 de diciembre de 2019.

¹⁸ Informe de archivo Rol N°2237-13 FNE, párrafo 22°, de fecha 14 de octubre de 2014.

¹⁹ Minutas de archivo Rol N°2553-19, párrafo 31°, de fecha 31 de julio de 2019 y Rol N°2479-17, párrafo 84°, de fecha 26 de abril de 2018, ambas de la FNE.

²⁰ Informe de archivo Rol N°1778-10 FNE, párrafo 35°, de fecha 29 de junio de 2012.

²¹ Minuta de inadmisibilidad Rol N°2382-16 FNE, párrafos 27° a 30°, de fecha 5 de julio de 2016.

²² Sentencia TDLC N°143/2015, consideración 5°.

²³ Minuta de archivo (I) Rol N°2409-16 FNE, párrafo 10°, de fecha 15 de noviembre de 2018.

10. Por otra parte, la sola celebración de un acuerdo colusorio que busque afectar el resultado de una licitación es reprochable desde una óptica competitiva, por lo que no se requiere que se materialicen las acciones o que se obtenga el resultado esperado²⁴. Asimismo, los actos de colusión en licitaciones individuales se agotan y cesan con la presentación de las ofertas, debiendo entenderse ejecutada la conducta en ese momento²⁵.

iv. Mercado relevante

11. En materia de licitaciones públicas, se ha dicho que el mercado relevante es definido por los objetos o derechos que se pretenden adjudicar en cada proceso de licitación²⁶, pues solamente con ocasión de cada proceso específico surge la posibilidad de alterar su resultado ejerciendo el poder de mercado que pueda obtenerse mediante un acuerdo colusorio²⁷.
12. Más recientemente, se ha planteado que se debe distinguir a la hora de definir el mercado relevante en una licitación, entre si el organismo actuó como un demandante de bienes o servicios o como un ente regulador que asigna derechos o recursos. En el primer caso, el mercado relevante es aquel en que inciden los bienes o servicios licitados, mientras que, en el segundo, el mercado relevante será la licitación misma²⁸.
13. Por último, la enumeración genérica de productos de la categoría de la licitación no permite determinar el mercado relevante, pues se impide determinar el poder de compra del órgano licitante, presupuesto necesario para acreditar una afectación del interés público protegido por la normativa²⁹.

²⁴ Sentencia TDLC N°172/2020, consideración 18°.

²⁵ Sentencias TDLC N°106/2010, consideración 20° y N°112/2011, consideración 13°.

²⁶ Sentencia TDLC N°112/2011, consideración 46°, e Informe de archivo Rol N°1734-10 FNE, párrafo 8°, de fecha 3 de febrero de 2012.

²⁷ Informe de archivo Rol N°1778-10, párrafo 13°, de fecha 29 de junio de 2012, Minuta de archivo Rol N°2344-15, párrafo 18°, de fecha 31 de agosto de 2015, y Minutas de inadmisibilidad Rol N°2374-16, párrafo 9°, de fecha 14 de abril de 2016 y Rol N°2382-16, párrafo 20°, de fecha 5 de julio de 2016, todos de la FNE.

²⁸ Sentencia TDLC N°169/2019, consideración 3°.

²⁹ Resolución TDLC. 6 de marzo de 2017. Rol N°50/2017, párrafos 63° a 68°.

Anexo B: “Análisis doctrinario y jurisprudencial sobre la competencia del Tribunal de Contratación Pública”

1. A continuación, se realiza un análisis jurisprudencial y doctrinario sobre el alcance que tiene la competencia del Tribunal de Contratación Pública para conocer de mecanismos de adjudicación distintos a una licitación.

i. Trato directo

2. Respecto al procedimiento de contratación directa, Vergara sostiene que este no contempla la fase de licitación, por lo que no podrían los tratos directos ser objeto del conocimiento del tribunal. No se permite así la analogía con los términos de referencia del procedimiento de trato directo. Para el autor, este problema se debería solucionar con la dictación de una norma expresa para extender la competencia del Tribunal a este caso “pues se enfrenta con el texto del art. 24 LBCA, que pareciera excluir el trato directo³⁰”.

3. En la resolución de la causa Rol N°115-2009, el Tribunal de Contratación Pública conoció de una acción de impugnación en el contexto de un procedimiento de trato directo. El organismo resolvió declarar su incompetencia, aduciendo que del inciso segundo del artículo 24 de la Ley de Compras se puede concluir que no puede conocer ni juzgar asuntos con ocasión de este mecanismo de contratación pública³¹. A mayor abundamiento, en la resolución que resolvió el recurso de reposición interpuesto en su contra, el Tribunal argumentó que, si bien el inciso primero del mencionado artículo permite atribuirle competencia en todo proceso administrativo de contratación regido por la normativa, incluyendo la contratación directa, “tal facultad se encuentra limitada y precisada en el inciso segundo, norma en que el legislador exige como requisitos o elementos concurrentes para determinar la procedencia de la acción de impugnación en contra de actos u omisiones ilegales o arbitrarios, que éstos hayan tenido lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación”. En ese sentido, establece mediante las referencias a los artículos 5 y 7 de la Ley que el procedimiento de contratación directa no constituye una licitación, por lo que no podría entenderse incluida en la disposición referida³².

4. En la causa Rol N°29-2010, el Tribunal de Contratación Pública se declaró nuevamente incompetente para conocer de una acción deducida con ocasión de un procedimiento de contratación directa, argumentando que, según el artículo 24 de la Ley de Compras, el

³⁰ Alejandro Vergara, «Tribunal de Contratación Pública: bases institucionales, organización, competencia y procedimiento», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLVI (2016), 362. En el mismo sentido Díaz Bravo, «El Tribunal de Contratación Pública chileno: Examen a su regulación», 766.

³¹ Resolución TCP que declara la incompetencia del tribunal. 29 de octubre de 2009. Rol N°115/2009.

³² Resolución TCP que rechaza recurso de reposición. 19 de noviembre de 2009. Rol N°115/2009.

organismo carece de competencia para conocer situaciones respecto de procesos distintos al licitatorio³³.

5. En la misma línea, la Contraloría entendió en el Dictamen N°18.740 de 2004 que el artículo 24 de la Ley de Compras Públicas excluye de la competencia del Tribunal “los conflictos que se suscitaren en una negociación de trato directo³⁴”. En ese sentido, el órgano contralor se declaró competente para conocer de un conflicto sucedido en un procedimiento de trato directo, pues “no tuvo el carácter de licitación”, no pudiendo entenderse como competencia del Tribunal de Contratación Pública según el artículo 24. Más recientemente, para diferenciar su competencia de la del Tribunal, hizo referencia al mismo artículo, es decir, que el Tribunal conoce de las acciones de impugnación contra actos u omisiones ilegales o arbitrarios ocurridos “entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación³⁵”.
6. En esta materia ha sido conteste el propio Tribunal de Compras Públicas a través de su presidente, señalando en la cuenta pública el año 2018 que “[...] las limitaciones propias de nuestra competencia que no nos permiten conocer de la ejecución del contrato o de la adquisición vía contratación directa, todos procedimientos en que puede eventualmente obviarse lo fallado por esta judicatura³⁶”.
7. No obstante lo anterior, la Corte Suprema recientemente señaló en el fallo de la causa Rol N°18.454-2019 que “cabría reconsiderar la jurisprudencia del señalado Tribunal” con respecto a la exclusión del trato directo de la esfera de la competencia del Tribunal de Contratación Pública³⁷.

ii. Convenio marco

8. En el caso de los convenios marco, Vergara sostiene que los actos de un procedimiento de esta naturaleza se encuentran generalmente excluidos de los procesos de licitación. No obstante, señala que existe jurisprudencia encontrada por parte del Tribunal de Contratación Pública acerca de si puede conocer algún tipo de conflicto en el contexto de un convenio marco³⁸.
9. Con respecto a esta materia, el Tribunal ha argumentado que “una correcta interpretación de la norma contenida en el artículo 24° de la Ley N°19.886, obliga a concluir que la

³³ Resolución TCP que declara la incompetencia del tribunal. 9 de marzo de 2010. Rol N°29/2010.

³⁴ Véase Barra y Celis, *Contratación Administrativa bajo la Ley de Compras* (Santiago, Thomson Reuters, 2018), edición digital de la Plataforma Proview de la editorial Thomson Reuters, Capítulo VI, 1. Aspectos generales.

³⁵ Contraloría General de la República, dictámenes N°34.911, 2 de julio de 2009, N°42.333, 17 de julio de 2012, N°12.351, 18 de febrero de 2014, N°91.096, 21 de noviembre de 2014, y N°1.271, 8 de enero de 2015.

³⁶ Tribunal de Contratación Pública. Cuenta pública 2018, cita extraída de Díaz Bravo, «El Tribunal de Contratación Pública chileno: Examen a su regulación», 766.

³⁷ Sentencia Corte Suprema. 13 de mayo de 2020. Rol N°18.454/2019.

³⁸ Vergara, «Tribunal de Contratación Pública: bases institucionales, organización, competencia y procedimiento», 362.

competencia de este Tribunal se limita únicamente al conocimiento y resolución de acciones de impugnación que tengan relación con aquellos procedimientos que constituyen una licitación pública o propuesta privada”, pues solo en estos existen bases concursales a las que pueden concurrir los interesados, “[...] situación que no acontece con las contrataciones derivadas de la ejecución de los Convenios Marco”. Así, el Tribunal se declaró incompetente para conocer del conflicto suscitado en el contexto de un convenio marco³⁹. El mismo argumento se ocupó para acoger la excepción de incompetencia del tribunal en la causa Rol N°52-2009⁴⁰.

10. En ese sentido, en la resolución que acogió el incidente de la causa Rol N°125-2011, el Tribunal de Contratación Pública sostuvo que la omisión por la que fue deducida la acción de impugnación no podía ser conocida ni fallada por este, “ya que la adquisición vía convenio marco no se encuentra incluida dentro de los procedimientos administrativos de contratación enumerados en los artículos 5 y 7 de la Ley N°19.886 [...] en efecto, la competencia de este órgano jurisdiccional se encuentra establecida en el artículo 24 de la citada ley exclusivamente respecto de los mencionados procedimientos administrativos de contratación”. Así, el Tribunal se declaró nuevamente incompetente para conocer del conflicto suscitado en un convenio marco.
11. Más recientemente, el órgano jurisdiccional ha señalado que, “tal como se ha señalado en la jurisprudencia de este Tribunal, la acción u omisión supuestamente ilegal y/o arbitraria ocurrida durante la ejecución de un convenio marco, no puede ser conocida y juzgada por este Tribunal [...]” puesto que esta modalidad de compra “no constituye un proceso de aquellos que enumeran los artículos 5 y 7 de la Ley N°19.886”, por lo que la materia no se puede entender incluida en la delimitación de competencia establecida por el artículo 24 del texto legal⁴¹.
12. En la causa Rol N°124-2011⁴², el tribunal sí se declaró competente de conocer del conflicto suscitado posteriormente a la realización de un convenio marco, específicamente con respecto a la supuesta ilegalidad y arbitrariedad de las bases y especificaciones del llamado a licitación pública posterior a la celebración del Convenio. Aquí, el TCP sostuvo que este acto ilegal o arbitrario se cometió en realidad en una licitación pública, porque se cumplen las características señaladas en el artículo 7 de la Ley de Compras. Por lo anterior, conoció y falló la acción de impugnación deducida contra la entidad pública. En suma, si bien podría

³⁹ Resolución TCP que declara la incompetencia del tribunal. 14 de mayo de 2010. Rol N°33/2010.

⁴⁰ Resolución TCP que declara la incompetencia del tribunal. 13 de agosto de 2009. Rol N°52/2009.

⁴¹ Resolución TCP que declara la incompetencia del tribunal. 13 de marzo de 2018. Rol N°39/2018. En el mismo sentido, Resolución TCP, de fecha 16 de agosto de 2011, Rol N°125/2011 del Tribunal de Contratación Pública “[...] la adquisición vía convenio marco no se encuentra incluida dentro de los procedimientos administrativo de contratación enumerados en los artículos 5 y 7 de la Ley N°19.886, esto es, licitación pública, licitación privada y trato directo, por lo que el Tribunal carece de competencia para ello. En efecto, la competencia de este órgano jurisdiccional se encuentra establecida en el artículo 24 de la citada ley exclusivamente respecto de los mencionados procedimientos administrativos de contratación.”

⁴² Sentencia TCP que rechaza la incompetencia del tribunal. 17 de noviembre de 2011. Rol N°114-2011.

entenderse este como un fallo contradictorio a la jurisprudencia anterior, en realidad aquí se conoció de una licitación pública, por lo que el órgano sí tiene competencia para juzgar.

iii. Grandes Compras

13. La Contraloría ha conocido de una serie de conflictos suscitados en contexto de un Convenio Marco, bajo la modalidad de Gran Compra⁴³. A modo de ejemplo, recientemente el órgano contralor estableció, para no afectar la libre concurrencia de los proveedores a los procedimientos de Grandes Compras a través de convenio marco, la restricción de mencionar marcas específicas. Esta limitación, que solo figuraba antes para las licitaciones públicas⁴⁴, se amplió entonces a través de los dictámenes de la Contraloría también para las Grandes Compras⁴⁵. Así, hay quienes sostienen que las contiendas suscitadas en la etapa precontractual asociadas a un convenio marco, deberán ser conocidas y resueltas por esta entidad⁴⁶.
14. En la causa Rol N°54-2016, el Tribunal de Contratación Pública declaró su incompetencia para conocer de un proceso de Gran Compra, arguyendo que “la acción u omisión supuestamente ilegal y/o arbitraria ocurrida durante la ejecución de un convenio marco, no puede ser conocida por este Tribunal [...]”, ya que no constituye un proceso de aquellos que se enumeran en los artículos 5 y 7 de la Ley de Compras. Asimismo, las materias de competencia del órgano estarían delimitadas por los artículos 1 y 24 de la Ley de Compras, pudiendo conocer de conflictos “ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por esta ley”, cuestión que no ocurre en un proceso de Gran Compra, dentro de la modalidad de un convenio marco⁴⁷. Este razonamiento fue reiterado en la Causa Rol N°151-2016⁴⁸.
15. A su vez, el Tribunal falló en la causa Rol N°270-2017 que “tampoco puede estimarse que la Gran Compra constituya un proceso licitatorio, toda vez que carece de un pliego de condiciones que regule el procedimiento administrativo de adquisición, sino que sólo contempla la emisión de una intención de compra, que debe ceñirse a las bases de la licitación del convenio marco del cual deriva⁴⁹”.

⁴³ Véanse Contraloría General de la República, dictámenes N°7.640, 1 de febrero de 2013 y N°394, 3 de enero de 2014.

⁴⁴ Artículo 22 numeral 2 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

⁴⁵ Contraloría General de la República, dictámenes N°1.199, 14 de enero de 2019 y N°7.505, 14 de marzo de 2019.

⁴⁶ Yuri Vázquez y Maximiliano Koch, «Institucionalidad, Procedimiento y Jurisprudencia del Tribunal de Contratación Pública» (memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2014), 96. Disponible [aquí](#).

⁴⁷ Resolución TCP que resuelve la incompetencia del tribunal. 11 de abril de 2016. Rol N°54-2016.

⁴⁸ Resolución TCP que resuelve la incompetencia del tribunal. 22 de julio de 2016. Rol N°151-2016.

⁴⁹ Resolución TCP que declara la incompetencia del tribunal. 1 de febrero de 2018. Rol N°270-2017.

16. Sin embargo, el Tribunal estableció en la causa Rol N°207-2019, en primer lugar, que la Gran Compra corresponde a un procedimiento administrativo de contratación regido por la Ley de Compras. En segundo lugar, sostuvo que las menciones que debe tener la intención de compra⁵⁰ corresponden al contenido mínimo establecido para las bases de la licitación⁵¹, “destinadas a seleccionar la oferta más conveniente de las formuladas en el proceso de Gran Compra, conforme a los criterios de evaluación definidos en la intención de compra, acto que, en definitiva, importa una decisión de adjudicación propia de un proceso de licitación”. Además, hizo referencia a lo dictaminado por la Corte Suprema, en orden a argumentar que el Tribunal de Contratación Pública es un tribunal de licitaciones contractuales, “pero en todo el ítem contractual, esto es, en todo el procedimiento licitatorio y no únicamente en el acto final”. De esta forma, rechazó la excepción de incompetencia del Tribunal para conocer del proceso de Gran Compra⁵².
17. Con este nuevo criterio el Tribunal resolvió rechazar la excepción de incompetencia en la causa Rol N°340-2019. El órgano sostuvo que, en virtud de la competencia amplia que la Ley de Compras le otorga al Tribunal, se debiera entender que se incluye el procedimiento de contratación de convenio marco. En ese sentido, en el procedimiento de Gran Compra, la intención de compra “corresponde al contenido mínimo establecido para las bases de licitación⁵³”. Este razonamiento pareciera contravenir lo establecido por la Dirección de Compras y Contratación Pública, que ha expresado que “el mecanismo de “Grandes Compras” no corresponde a una nueva licitación pública”, y que no se requiere en la intención de compra “el cumplimiento de las mismas formalidades exigibles a un proceso licitatorio”, no siendo bases de licitación⁵⁴.
18. En sentido contrario y el mismo año 2019, en la causa Rol N°69-2019 el Tribunal de Contratación Pública se declaró incompetente para conocer de las ilegalidades denunciadas dentro de un procedimiento de convenio marco señalando “Que, por otra parte, de los antecedentes aportados es posible determinar que el servicio requerido se contrató a través de la modalidad ‘Grandes Compras’, prevista en el artículo 14 bis del Reglamento de la Ley N°19.886, no pudiendo advertir este Tribunal de las alegaciones de la parte demandante, que en el proceso de Gran Compra impugnado, se configure un actuar ilegal por parte de la entidad licitante, correspondiente a alguna modificación de las condiciones en las bases de licitación del Convenio marco que la origina, por lo que las

⁵⁰ Artículo 14 bis del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

⁵¹ Artículo 22 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

⁵² Resolución TCP que resuelve la incompetencia del tribunal. 2 de septiembre de 2019. Rol N°207-2019.

⁵³ Resolución TCP que resuelve el recurso de reposición y apelación del demandado. 11 de febrero de 2020. Rol N°340-2019.

⁵⁴ Directiva N°15 «Recomendaciones para la Aplicación del Mecanismo de Grandes Compras», actualizada el 23 de septiembre de 2019, de la Dirección ChileCompra, 3-5.

alegaciones de la demandante tiene relación con la ejecución del Convenio Marco, materia que no es de conocimiento de este Tribunal”. En este mismo caso se acudió simultáneamente al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que resolvió que “salvo casos excepcionales, carece de competencia para pronunciarse sobre un acto de autoridad que se ejecutó con posterioridad a la aprobación de las bases de licitación y que dice relación con el cumplimiento de dichas bases y, por consiguiente, con la observancia del principio de legalidad que están sujetos todos los órganos del Estado, por expreso mandato constitucional [...] debe conocer [el Tribunal de Contratación Pública] de la impugnación de actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, que se hayan verificado con ocasión de los procedimientos administrativos⁵⁵”. En síntesis, de acuerdo con el razonamiento establecido por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el Tribunal competente para conocer los actos denunciados es el Tribunal de Contratación Pública.

⁵⁵ Resolución TDLC Rol N°372/2019, de fecha 3 de abril de 2019, siguiendo los criterios de la sentencia Rol N°138/2014, de fecha 30 de julio de 2014, y de la sentencia de la Corte Suprema Rol N°13972/2013, de fecha 6 de agosto de 2014.

Anexo C: “Análisis de los dictámenes emitidos por la Contraloría General de la República sobre los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases”

1. En el siguiente apartado se analizan los dictámenes emitidos por la Contraloría General de la República sobre los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y el principio de igualdad ante las bases de licitación. Mediante estos principios se pretende reflejar la legalidad, publicidad y transparencia que debe primar en los procedimientos administrativos que buscan seleccionar contratistas, no permitiéndose por tanto excepciones a éstos, salvo en situaciones de caso fortuito o fuerza mayor que afecten a todos los oferentes por igual, y que estén previstas en las bases situaciones especiales que lo permitan⁵⁶.
 - i. **El principio de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo**
2. Por una parte, en el presente análisis de jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República respecto al principio de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo en el marco de licitaciones, se estudiaron 63 dictámenes de esta entidad, emitidos entre los años 2003 y 2018. Se desprendieron de este examen nueve criterios utilizados por el órgano contralor para determinar infracciones al principio en estudio, así como seis hipótesis de caso particular. Se expondrán en primer lugar los criterios relevados.
3. La Contraloría General de la República ha considerado que constituyen infracciones al principio de libre concurrencia en el marco de licitaciones: (i) El otorgamiento de prórrogas indefinidas de un contrato⁵⁷. Así, en su dictamen N°28.828 del año 2016 declaró “la práctica de acordar la continua prórroga de un contrato, extendiendo su vigencia indefinidamente, pugna con los principios de transparencia y de libre concurrencia consagrado este último en el artículo 9° de la ley N°18.575”; (ii) El requerimiento de experiencia al oferente como criterio de admisibilidad⁵⁸: “no es procedente impedir la libre concurrencia de los oferentes

⁵⁶ Moraga, *Contratación Administrativa*, 260

⁵⁷ Contraloría General de la República, dictámenes N°19.712, 4 de mayo de 2007, N°404, 4 de enero de 2006, N°23.798, 17 de mayo de 2005, N°12.209, 19 de marzo de 2007, N°48.524, 13 de octubre de 2006, N°54.007, 30 de septiembre de 2009, N°42.345, 8 de septiembre de 2008, N°68.601, 28 de octubre de 2011, N°55.057, 15 de septiembre de 2010, N°14.842, 23 de marzo de 2009, N°50.587, 8 de agosto de 2013, N°28.828, 19 de abril de 2016, N°24.552, 8 de abril de 2014, N°25.434, 2 de mayo de 2012, N°25.223, 17 de junio de 2003 y N°2.731, 26 de enero de 2017.

⁵⁸ Contraloría General de la República, dictámenes N°54.780, 20 de noviembre de 2008, N°24.863, 28 de mayo de 2008, N°21.881, 9 de mayo de 2008, N°33.966, 22 de julio de 2008, N°28.491, 20 de junio de 2008, N°58.720, 11 de diciembre de 2008, N°15.925, 10 de abril de 2008, N°33.982, 22 de julio de 2008; N°26.471, 9 de junio de 2008, N°41.106, 10 de septiembre de 2007, N°20.401, 30 de abril de 2008, N°55.730, 25 de noviembre de 2008,

a los procesos concursales, lo cual no obsta, por cierto, a que la experiencia sea considerada como un criterio de evaluación de las propuestas, como lo prevé el artículo 38 del decreto reglamentario N°250⁵⁹; (iii) El impedimento de ofertar siendo persona natural o persona jurídica⁶⁰. Respecto de esto, en su dictamen N°41.106 del año 2007, la Contraloría General de la República afirmó que “no es admisible impedir la libre concurrencia de oferentes a los procesos concursales, en cuanto sean personas naturales o jurídicas, ni establecer requisitos de experiencia, sin perjuicio de la atribución de la entidad convocante para establecer este último como elemento de evaluación, de acuerdo al artículo 38 del decreto 250, de 2004”.

4. Luego, constituyen igualmente infracciones al principio de libre concurrencia según la jurisprudencia del órgano contralor: (iv) La exigencia de inscripción en registro de proveedores al momento de ofertar⁶¹, “toda vez que ella debe requerirse al momento de la suscripción del contrato definitivo, y no en forma previa⁶²”; (v) El incumplimiento de la debida publicidad del proceso de licitación⁶³; (vi) La exigencia de fotocopia legalizada de documentos que pueden ser otorgados en copias simples⁶⁴, (vii) La ponderación excesiva al criterio de presencia regional, dado que “en la práctica, ello significó que la ubicación geográfica de los proveedores resultara un factor decisivo⁶⁵”; (viii) La evaluación solamente de la primera oferta, en caso de ofertar dos empresas relacionadas⁶⁶; y (ix) La omisión infundada de realizar una licitación pública para realizar una de carácter privado⁶⁷.
5. Por otra parte, en este análisis se encontraron a su vez seis dictámenes que, sin argumentar en base a un criterio “estándar” de jurisprudencia administrativa, concluyeron que se

N°61.883, 30 de diciembre de 2008, N°19.554, 2 de abril de 2013, N°34.734, 25 de julio de 2008, N°87.775, 11 de noviembre de 2014, N°38.320, 14 de agosto de 2008, N°34.959, 28 de julio de 2008, N°41.830, 3 de agosto de 2009, N°68.381, 9 de diciembre de 2009, N°37.976, 22 de agosto de 2007, N°61.883, 30 de diciembre de 2008, N°52.480, 22 de septiembre de 2009, N°36.477, 5 de agosto de 2008, N°6.695, 10 de febrero de 2009, N°61.067, 18 de agosto de 2016, N°24.514, 1 de abril de 2016 y N°78.775, 5 de octubre de 2015.

⁵⁹ Contraloría General de la República, dictamen N°20.401, 30 de abril de 2008.

⁶⁰ Contraloría General de la República, dictámenes N°15.925, 10 de abril de 2008, N°26.471, 9 de junio de 2008 y 41.1106, 10 de septiembre de 2007.

⁶¹ Contraloría General de la República, dictámenes N°33.982, 22 de julio de 2008, N°26.471, 9 de junio de 2008 y N°41.106, 10 de septiembre de 2007.

⁶² Contraloría General de la República dictamen N°33.982, 22 de julio de 2008.

⁶³ Contraloría General de la República, dictámenes N°8.942, 5 de marzo de 2003 y N°10.435, 6 de marzo de 2006.

⁶⁴ Contraloría General de la República, dictámenes N°36.059, 6 de octubre de 2017, N°26.084, 11 de abril de 2014, N°23.971, 31 de marzo de 2016, N°95.413, 1 de diciembre de 2015, N°56.468, 15 de julio de 2015, N°49.263, 19 de junio de 2015 y N°56.053, 14 de julio de 2015.

⁶⁵ Contraloría General de la República, dictamen N°12.286, 15 de mayo de 2018.

⁶⁶ Contraloría General de la República, dictámenes N°6.819, 9 de marzo de 2018 y N°7.682, 21 de marzo de 2018.

⁶⁷ Contraloría General de la República, dictamen N°24.654, 6 de julio de 2017.

incurría en una infracción al principio de libre concurrencia en el marco de licitaciones: (i) En el dictamen N°21.972 del año 2016, se estableció que condiciones en los anexos de la licitación infringían este principio: “la condición de que la finalización de las obras que indica se haya efectuado desde enero de 2012 a marzo de 2015, y la exigencia de que estas no puedan ser menores a cuatro edificios, en los términos indicados, infringen el principio de libre concurrencia consagrado en los artículos 4° y 6° de la ley N°19.886, considerando además que tal aspecto no es objeto de evaluación.”; (ii) El dictamen N°10.957 de 2017, respecto de la documentación exigida a los oferentes en un proceso de licitación, establece que “no resulta procedente la exigencia [...] que los oferentes deben presentar como antecedente administrativo, el certificado de experiencia y continuidad contenido en el Anexo 5 de las mismas, toda vez que dicho documento no resulta evaluado, y tampoco corresponde que en esa etapa se requiera acreditar que el oferente no registra incumplimientos en la entrega del producto [...] por cuanto restringe la participación de los proveedores estableciendo una inhabilidad para ofertar no reconocida en el ordenamiento jurídico y que, por ende, atenta contra el principio de libre concurrencia, lo que también deberá ser aclarado en el antedicho sistema”; (iii) En el dictamen N°34.956 del año 2008, el órgano contralor estableció que la entidad requirente “en adelante deberá otorgar una ponderación determinada a todos los rangos de experiencia que se consideren dentro del factor técnico a evaluar y no como ocurrió en esta oportunidad en que para los últimos rangos de experiencia que se citan en el artículo 16, "Factor Técnico A", puntos 1, 2 y 3, se dispuso que no serán aceptados técnicamente”.

6. Por otra parte, (iv) En su dictamen N°9.534 del año 2018 declaró que las bases de licitación infringían este principio dado que sus exigencias implicaban una infracción a disposiciones presupuestarias: “las bases en cuestión hayan establecido que para ser elegibles, las instituciones de educación superior, debían cumplir con una acreditación institucional más rigurosa que la prevista en las glosas presupuestarias y, además, contar con una acreditación en el área de investigación que no fue contemplada en esos preceptos, contraviene la mencionada normativa presupuestaria, ya que, como se expuso, ésta solo requirió una acreditación institucional de cuatro años. En tal sentido, no es posible que, mediante una norma de inferior jerarquía -como es el pliego de condiciones- se restrinja la participación de entidades educacionales que cumplen con el estándar mínimo establecido por el legislador, toda vez que ello vulnera el principio de legalidad de gasto [...] se infringe el principio de libre concurrencia antes referido, en cuya virtud se propende a la mayor participación de propuestas posibles, ya 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 más satisfactoria al interés público”; (v) El dictamen N°41.106 de 2007 consideró que “no se ajusta a derecho que se disponga que los participantes deben contar con autorizaciones de los titulares de los diversos recorridos de transporte público de pasajeros de las comunas a las cuales postula, tal como se consigna, además, en los puntos VI y XV de las bases técnicas, por cuanto deja al arbitrio de dichos terceros el cumplimiento de tal exigencia, lo que no se condice con el principio de libre concurrencia que debe regir en los procedimientos de licitación pública”; y (vi) En

el dictamen N°68.381 de 2009 consideró que atendido el principio de libre concurrencia “no se advierte la justificación para estimar indispensable el cumplimiento de tales exigencias - como regular la ubicación de la oficina de los contratistas, su superficie, salas de reuniones, estacionamientos, número de baños, determinada cantidad de vehículos, antigüedad, cilindrada mínima, sus condiciones técnicas, entre otros- en relación con el servicio que se contrata, sin perjuicio de que tales elementos puedan ser considerados como criterios de evaluación”.

7. Finalmente, de este análisis de jurisprudencia administrativa se desprendieron igualmente otras consideraciones relevantes de la Contraloría General de la República respecto al principio de libre concurrencia en el marco de licitaciones: (i) El principio de libre concurrencia busca considerar las ofertas de todos los proponentes que han cumplido con los pliegos de condiciones, excluyéndose de este requisito los errores sin trascendencia y no esenciales, siempre que no se transgredan los principios de estricta sujeción a las bases y de igualdad de los oferentes, dado que mientras más numerosas sean las ofertas válidas que concurren a una licitación mayor será el ámbito de la Administración para elegir la propuesta más satisfactoria para el interés público⁶⁸; (ii) No procede adjudicar el contrato a un licitante diferente que aquel que ha realizado la propuesta más ventajosa⁶⁹; (iii) No se pueden incorporar limitaciones para contratar con la Administración que no estén contempladas en el ordenamiento jurídico, dado que constituye una discriminación arbitraria⁷⁰; (iv) El principio de libre concurrencia tiene limitaciones, materializadas en inhabilidades para contratar con la Administración⁷¹; sin embargo, (v) En la medida en que las inhabilidades para contratar con la Administración establecidas en el inciso sexto del artículo 4 de la Ley N°19.886 y en la letra b del artículo 54 de la Ley N°18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado constituyan una restricción al principio de la libre concurrencia, no resultará procedente hacerla extensiva a hipótesis o situaciones no previstas en la norma jurídica que la crea⁷²; y (vi) Este principio, junto con el de igualdad de los licitantes, se debe traducir en el establecimiento de condiciones impersonales, formuladas en términos tales que permitan ser evaluadas sobre la base de criterios objetivos de aplicación general y vinculantes para todos los oponentes, sin exigir una determinada marca⁷³.

⁶⁸ Contraloría General de la República, dictámenes N°42.621, 21 de septiembre de 2007, N°34.051, 22 de julio de 2005, N°34.983, 14 de agosto de 2003 y N°53.818, 14 de julio de 2014.

⁶⁹ Contraloría General de la República, dictamen N°66.157, 15 de octubre de 2013.

⁷⁰ Contraloría General de la República, dictamen N°66.157, 15 de octubre de 2013.

⁷¹ Contraloría General de la República, dictámenes N°62.483, 20 de diciembre de 2004 y N°12.122, 3 de mayo de 2019.

⁷² Contraloría General de la República, dictamen N°60.709, 22 de diciembre de 2008.

⁷³ Contraloría General de la República, dictamen N°72.044, 3 de octubre de 2016.

ii. El principio de igualdad de los oferentes ante las bases

8. Por otra parte, en el análisis de jurisprudencia administrativa sobre infracciones al principio de igualdad de los oferentes ante las bases en el marco de licitaciones, se estudiaron 181 dictámenes de la Contraloría General de la República, emitidos entre los años 1963 y 2019, con énfasis en el periodo después del año 2000 y en particular, entre 2010 y 2019. Como resultado de éste, se relevaron aproximadamente veinte hipótesis de infracción al principio en estudio.
9. A diferencia del análisis realizado respecto al principio de libre concurrencia en licitaciones, en este caso no se identificaron criterios claros y recurrentes en los dictámenes revisados, sino que las hipótesis de infracción al principio dependían de las particularidades del caso concreto. Así, éstos fueron agrupados según criterios derivados del análisis en comento, y se expondrán a continuación según la frecuencia en que se presentaron.
10. Las hipótesis de infracción al principio de igualdad entre oferentes más recurrentes⁷⁴ fueron que (i) La adjudicación o validación de una oferta que estuvo fuera de las bases de la licitación⁷⁵; (ii) La modificación o adjudicación del contrato resultante de la licitación alterando lo establecido en las bases de la licitación⁷⁶; (iii) El proceso de licitación o de

⁷⁴ Todas estas hipótesis constan en más de diez de los dictámenes analizados, y las más frecuentes, en más de treinta.

⁷⁵ Contraloría General de la República, dictámenes N°39.158, 15 de noviembre de 1994, N°13.510, 15 de abril de 1994, N°26.567, 20 de septiembre de 1990, N°18.690, 10 de agosto de 1983, N°29.397, 6 de diciembre de 1991, N°35.775, 28 de diciembre de 1993, N°25.924, 22 de octubre de 1992, N°37.645, 27 de noviembre de 1996, N°27.214, 26 de septiembre de 1990, N°22.755, 10 de septiembre de 1992, N°1.225, 12 de enero de 1995, N°7.604, 30 de marzo de 1992, N°20.191, 5 de julio de 1995, N°9.031, 20 de marzo de 1987, N°4.029, 1 de febrero de 1996, N°9.110, 15 de marzo de 1996, N°24.004, 9 de septiembre de 1993, N°15.614, 9 de abril de 2008, N°18.303, 31 de julio de 1991, N°29.241, 16 de agosto de 1988, N°3.364, 6 de febrero de 1992, N°46.783, 15 de septiembre de 2004, N°19.749, 16 de agosto de 1991, N°27.275, 25 de agosto de 1997, N°12.951, 28 de abril de 1997, N°30.018, 26 de octubre de 1990, N°2.907, 24 de enero de 2003, N°12.966, 25 de mayo de 1993, N°12.930, 19 de abril de 1996, N°70.132, 9 de septiembre de 2014, N°42.401, 3 de julio de 2013, N°10.832, 25 de febrero de 2010, N°36.545, 18 de noviembre de 1996, N°37.457, 15 de octubre de 1998, N°22.755, 10 de septiembre de 1992 y N°9.856, 20 de abril de 1993.

⁷⁶ Contraloría General de la República, dictámenes N°256, 3 de enero de 1985, N°53.685, 5 de agosto de 1976, N°11.884, 18 de mayo de 1983, N°3.199, 8 de febrero de 1988, N°23.620, 21 de agosto de 1990, N°28.935, 26 de octubre de 1989, N°13.451, 12 de junio de 1985, N°6.183, 18 de febrero de 1981, N°9.537, 26 de marzo de 1997, N°6.219, 17 de febrero de 1998, N°1.570, 17 de enero de 1986, N°11.884, 18 de mayo de 1983, N°33.036, 16 de octubre de 1996, N°15.850, 30 de marzo de 2004, N°2.903, 2 de febrero de 1993, N°30.269, 13 de noviembre de 1989, N°2.812, 25 de enero de 1999, N°8.885, 19 de marzo de 1987, N°26.872, 21 de julio de 2000, N°31.187, 26 de septiembre de 1997, N°16.656, 18 de julio de 1985, N°19.679, 3 de agosto de 1993, N°29.975, 3 de diciembre de 1992, N°23.189, 15 de julio de 1988, N°23.907, 25 de septiembre de 2018, N°7.988, 9 de marzo de 2017, N°56.181, 29 de julio de 2016, N°46.372, 10 de junio de 2015, N°12.249, 13 de febrero de 2015, N°12.544, 13 de febrero de 2015, N°10.858, 12 de febrero de 2014, N°21.700, 10 de abril de 2013 y N°3.686, 29 de enero de 2003.

evaluación fueron llevados a cabo en forma diversa a aquella establecida en las bases⁷⁷; y (iv) La modificación de ofertas presentadas⁷⁸.

11. Luego, hipótesis encontradas en menor frecuencia⁷⁹ corresponden a que (i) Las bases de la licitación consideraron criterios de evaluación que favorecieron a ciertos oferentes⁸⁰; (ii) La ampliación del contrato resultante de la licitación a bienes o servicios no contemplados en las bases de la licitación⁸¹; (iii) El diseño de las bases de licitación fue ambiguo, permitiendo discrecionalidad por parte de los evaluadores de ofertas⁸²; (iv) Durante el procedimiento de licitación se dieron en la práctica diferentes plazos a los oferentes⁸³; (v) En la práctica se dio un trato diferente a los oferentes⁸⁴; (vi) Existió un cambio en la forma de la garantía exigida a lo largo del proceso de licitación⁸⁵; (vii) El diseño de las bases implicó una diferencia de trato a los oferentes⁸⁶; (viii) La entidad demandante tuvo contacto

⁷⁷ Contraloría General de la República, dictámenes N°59.731, 2 de diciembre de 2004, N°30.372, 17 de diciembre de 1991, N°29.719, 11 de diciembre de 1991, N°27.214, 26 de septiembre de 1990, N°23.862, 28 de julio de 1982, N°3.419, 7 de febrero de 1991, N°17.743, 18 de abril de 2006, N°12.071, 19 de mayo de 1992, N°15.835, 22 de mayo de 1997, N°13.359, 16 de mayo de 1984, N°3.467, 31 de enero de 1994, N°26.713, 8 de octubre de 2019, N°26.675, 24 de octubre de 2018, N°6.810, 9 de marzo de 2018, N°1.031, 6 de enero de 2016, N°38.711, 2 de junio de 2014, N°12.351, 18 de febrero de 2014 y N°12.463, 2 de marzo de 2012.

⁷⁸ Contraloría General de la República, dictámenes N°32.237, 13 de diciembre de 1984, N°36.545, 18 de noviembre de 1996, N°6.083, 8 de marzo de 1993, N°16.423, 1 de julio de 1993, N°3.364, 6 de febrero de 1992, N°3.467, 31 de enero de 1994, N°43.445, 12 de diciembre de 2017, N°22.161, 16 de junio de 2017, N°22.885, 24 de marzo de 2016, N°75.718, 23 de septiembre de 2015 y N°31.177, 11 de junio de 2010.

⁷⁹ Las hipótesis listadas en este párrafo constan en entre ocho y cinco de los dictámenes analizados.

⁸⁰ Contraloría General de la República, dictámenes N°12.286, 15 de mayo de 2018, N°9.794, 12 de febrero de 2013, N°48.178, 8 de agosto de 2012, N°43.682, 16 de junio de 2014, N°48.177, 8 de agosto de 2012, N°2.683, 16 de enero de 2012, N°76.080, 5 de diciembre de 2011 y N°55.413, 21 de julio de 2014.

⁸¹ Contraloría General de la República, dictámenes N°14.005, 4 de junio de 1993, N°25.197, 7 de agosto de 1996, N°17.949, 16 de julio de 1993, N°24.904, 14 de agosto de 1995, N°2.955, 3 de febrero de 1993, N°17.906, 10 de junio de 1997 y N°4.552, 7 de febrero de 2001.

⁸² Contraloría General de la República, dictámenes N°8.212, 13 de marzo de 1997, N°47.082, 12 de junio de 2015, N°55.873, 7 de septiembre de 2012, N°72.839, 3 de diciembre de 2010, N°60.258, 8 de octubre de 2010, N°12.951, 28 de abril de 1997 y N°25.454, 8 de agosto de 1996.

⁸³ Contraloría General de la República, dictámenes N°8.710, 11 de marzo de 1996, N°27.214, 26 de septiembre de 1990, N°46.783, 15 de septiembre de 2004, N°27.275, 25 de agosto de 1997, N°12.951, 28 de abril de 1997 y N°68.372, 31 de octubre de 2012.

⁸⁴ Contraloría General de la República, dictámenes N°37.457, 15 de octubre de 1998, N°15.736, 26 de abril de 2002, N°29.697, 11 de diciembre de 1991, N°3.364, 6 de febrero de 1992, N°6.810, 9 de marzo de 2018 y N°18.272, 8 de marzo de 2016.

⁸⁵ Contraloría General de la República, dictámenes N°31.381, 5 de octubre de 1995, N°22.922, 1 de septiembre de 1993, N°3.573, 7 de febrero de 1985, N°3.421, 29 de enero de 1996, N°55.512, 21 de junio de 2014 y N°24.412, 2 de agosto de 1982.

⁸⁶ Contraloría General de la República, dictámenes N°1.225, 15 de enero de 1995, N°12.966, 25 de mayo de 1993, N°12.441, 18 de febrero de 2014, N°63.469, 2 de octubre de 2013 y N°71.575, 15 de noviembre de 2011.

con un oferente fuera del marco del proceso de licitación y mientras se llevaba este a cabo⁸⁷; y (ix) La modificación de la forma de pago contenida en las bases⁸⁸.

12. Finalmente, las hipótesis menos recurrentes⁸⁹ corresponden a que (i) Se dio primacía a las disposiciones contenidas en el contrato de adjudicación por sobre aquellas establecidas en las bases de la licitación⁹⁰; (ii) Cláusulas de las bases de la licitación suponían negociación entre el oferente seleccionado y la entidad requirente⁹¹; (iii) Se modificó el contrato de adjudicación a pesar de que no haya se previó en las bases de la licitación esa posibilidad⁹²; (iv) Las bases de la licitación vulneraron disposiciones normativas⁹³; (v) Se adjudicó la licitación a un oferente que no presentó la oferta más ventajosa⁹⁴; (vi) Se liberó a ciertos oferentes de obligaciones contenidas en las bases⁹⁵; (vii) Se invalidó una oferta que se encontraba dentro de las bases de la licitación⁹⁶; (viii) Se identificaron conflictos de interés en la comisión evaluadora⁹⁷; (ix) Se valorizaron las ofertas en UF según el cambio al día de celebración del contrato y no de apertura de las ofertas⁹⁸; (x) Existieron plazos que imposibilitaron la presentación de ofertas de interesados⁹⁹; (xi) Se aplicaron sanciones no contempladas en bases¹⁰⁰; (xii) Se hizo primar las bases generales por sobre las especiales,

⁸⁷ Contraloría General de la República, dictámenes N°38.951, 8 de octubre 1999, N°1.530, 12 de enero de 1987, N°298, 4 de enero de 2008, N°83.809, 20 de diciembre de 1963 y N°8.491, 9 de marzo de 2000.

⁸⁸ Contraloría General de la República, dictámenes N°12.005, 19 de mayo de 1983, N°13.162, 9 de abril de 2002, N°12.150, 23 de mayo 1986, N°29.975, 3 de diciembre de 1992 y N°12.966, 25 de mayo de 1993.

⁸⁹ Estas hipótesis figuran en cuatro o menos de los dictámenes estudiados.

⁹⁰ Contraloría General de la República, dictámenes N°21.292, 23 de mayo de 2003, N°5.744, 28 de febrero de 1984, N°11.788, 14 de marzo de 2008 y N°4.039, 5 de febrero de 2018.

⁹¹ Contraloría General de la República, dictámenes N°45.324, 6 de noviembre de 2002, N°40.697, 18 de noviembre de 1988, N°12.966, 25 de mayo de 1993 y N°15.835, 22 de mayo de 1997.

⁹² Contraloría General de la República, dictámenes N°33.093, 17 de diciembre de 1987, N°46.126, 29 de septiembre de 2006 y N°23.189, 15 de julio de 1988.

⁹³ Contraloría General de la República, dictámenes N°22.755, 10 de septiembre de 1992, N°36.545, 18 de noviembre de 1966 y N°40.697, 18 de noviembre de 1988.

⁹⁴ Contraloría General de la República, dictámenes N°66.157, 15 de octubre de 2013 y N°69.749, 7 de noviembre de 2011.

⁹⁵ Contraloría General de la República, dictámenes N°30.951, 30 de noviembre de 1984 y N°13.322, 22 de abril de 1994.

⁹⁶ Contraloría General de la República, dictámenes N°11.430, 13 de mayo de 1992 y N°66.720, 21 de octubre de 2011.

⁹⁷ Contraloría General de la República, dictámenes N°46.220, 23 de junio de 2016 y N°2.453, 22 de enero de 2018.

⁹⁸ Contraloría General de la República, dictamen N°67.618, 21 de octubre de 2013.

⁹⁹ Contraloría General de la República, dictamen N°245, 4 de enero de 1995.

¹⁰⁰ Contraloría General de la República, dictamen N°14.167, 21 de abril de 1994.

correspondiendo lo opuesto¹⁰¹ y; (xiii) Las bases de la licitación incluyeron limitaciones no contenidas en la ley¹⁰².

13. Del análisis en comento se desprendieron igualmente las siguientes consideraciones de la Contraloría General de la República respecto al principio de igualdad de los oferentes en el marco de licitaciones públicas: (i) Las modificaciones hechas al contrato de adjudicación de la licitación pública solamente serán procedentes si se resguardan los intereses de los proponentes sin que se vulneren los principios de estricta sujeción a las bases, ni de igualdad entre oferentes¹⁰³; (ii) La igualdad ante las bases se vulnera en la medida en que las bases no establecen requisitos impersonales y de aplicación general. Así, si los requisitos cumplen con dichas características es posible establecer limitaciones a quienes puedan participar de un proceso de licitación¹⁰⁴; (iii) La solicitud de antecedentes adicionales a los licitantes debe estar autorizada en las bases de la licitación, y debe tener por objeto aclarar y precisar errores o imprecisiones de las propuestas, dado que cualquier adición o complementación al margen del plazo establecido en las bases implica vulnerar el principio de igualdad ante las bases¹⁰⁵; (iv) La aceptación de prestación de servicios gratuitos a la Administración ha sido calificada de inconveniente por parte del órgano contralor en un dictamen del año 2002, dado que “dicha modalidad de prestación puede conllevar la vulneración del ya citado principio de igualdad entre los oferentes, por cuanto pone a la empresa que proporciona los servicios en una situación privilegiada y ventajosa, comparativamente, respecto del resto de los oferentes¹⁰⁶”; (v) Aquellos contratos suscritos con la Administración como consecuencia de una licitación no pueden modificarse libremente por los contratantes, excepto en caso fortuito o fuerza mayor que afecten por igual a todos los proponentes o que se haya previsto en las bases u otros documentos de la licitación en situaciones excepcionales, dado que implicaría infringir los principios de igualdad de los oferentes y de sujeción estricta a las bases administrativas que sustentan la licitación¹⁰⁷.
14. Luego, (vi) Los errores en la redacción de las bases por parte de la Administración debe corregirse con respeto a los principios de estricta sujeción a las bases e igualdad de los

¹⁰¹ Contraloría General de la República, dictamen N°6.962, 15 de marzo de 1991.

¹⁰² Contraloría General de la República, dictamen N°68.650, 23 de octubre de 2013.

¹⁰³ Contraloría General de la República, dictámenes N°17.773, 28 de julio de 1983, N°35.061, 21 de septiembre de 2001, N°8.104, 5 de marzo de 1996, N°9.299, 2 de febrero de 2004 y N°47.082, 12 de junio de 2015.

¹⁰⁴ Contraloría General de la República, dictamen N°19.636, 14 de agosto de 1991.

¹⁰⁵ Contraloría General de la República, dictámenes N°44.032, 6 de octubre de 2003 y N°29.397, 6 de diciembre de 1991.

¹⁰⁶ Contraloría General de la República, dictamen N°19.428, 28 de mayo de 2002.

¹⁰⁷ Contraloría General de la República, dictámenes N°8.491, 9 de marzo de 2000 y N°17.496, 16 de julio de 1992.

oferentes¹⁰⁸, reafirmando lo dispuesto en el artículo 40 del Reglamento de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios; (vii) La inobservancia de las formalidades producirá la ineficacia de la propuesta de un oferente en la medida en que se constate que realmente la omisión tipificada cause desmedro a los derechos del Estado, reste transparencia al proceso o rompa el principio de igualdad de los licitantes si causa ventaja indebida a favor de uno de ellos¹⁰⁹; (viii) Los principios de estricta sujeción a las bases e igualdad de los oferentes admiten excepciones tratándose de la ocurrencia de situación de caso fortuito o fuerza mayor que puede afectar a todos los oferentes por igual¹¹⁰; (ix) En caso de que se haga un nuevo llamado a licitación, todos los postulantes que deseen podrán presentar ofertas, incluyendo aquellos que presentaron oferta anteriormente¹¹¹; y (x) El contrato de adjudicación solamente primará sobre las bases de la licitación en tanto el primero no tenga disposiciones o reglas incompatibles con las contempladas en las bases y sus aclaraciones¹¹².

¹⁰⁸ Contraloría General de la República, dictamen N°5.292, 13 de febrero de 2001.

¹⁰⁹ Contraloría General de la República, dictamen N°21.888, 3 de septiembre de 2018.

¹¹⁰ Contraloría General de la República, dictamen N°1.327, 8 de enero de 2015.

¹¹¹ Contraloría General de la República, dictamen N°53.241, 21 de agosto de 2013.

¹¹² Contraloría General de la República, dictamen N°21.579, 9 de julio de 1997.

Anexo D: “Resumen Encuesta a Compradores Públicos”

1. Pregunta 1: ¿Cuántas personas de su organismo están acreditados en compras públicas? Considere a alguien como acreditado si este aprobó alguno de los cursos de capacitación impartidos por ChileCompra.

Tabla 1: Cantidad de personal acreditado

Personal	Media	Error Est.	Percentil 25	Mediana	Percentil 75
Acreditado	18	3,2	5	8	18

2. Pregunta 2: ¿Cuántas personas de su organismo tienen dedicación exclusiva a compras públicas?

Tabla 2: Cantidad de personal con dedicación exclusiva

Personal	Media	Error Est.	Percentil 25	Mediana	Percentil 75
Dedicación exclusiva	8,5	1,2	3	4	10

3. Pregunta 3: ¿Cuál es la experiencia promedio en compras públicas de dicho personal con dedicación exclusiva?

Tabla 3: Años de experiencia promedio del personal de compras

Experiencia	Porcentaje
Menos de 1 año	3%
Entre 1-2 años	5%
Entre 3-5 años	51%
Entre 6-10 años	35%
Más de 10 años	6%

4. Pregunta 4: ¿Existe en su organismo un proceso periódico de definición de necesidades/requerimientos de bienes y servicios? Ejemplo: “Una vez al año se convoca a una reunión a los profesionales de compras y jefes de área para determinar qué se necesita comprar o contratar al año siguiente”.

Tabla 4: Existencia de un proceso de análisis de necesidades

¿Existe el proceso?	Porcentaje
Sí	66%
No	34%

5. Pregunta 5: Describa cómo es el proceso de definición de necesidades/requerimientos de bienes y servicios.

Ver base de datos para las respuestas detalladas.

6. Pregunta 6: ¿Cuándo se realiza dicho proceso de definición de necesidades/requerimientos de bienes y servicios?

Tabla 5: Momento de realización de análisis de necesidades

Momento	Porcentaje
Antes de la aprobación del PAC	97%
Después de la aprobación del PAC	3%

7. Pregunta 7: Antes de realizar una compra, ¿verifica si existen sustitutos del bien o servicio que pretende adquirir?

Tabla 6: Verificación de sustitutos

¿Verifica sustitutos?	Porcentaje
Sí	32%
No	25%
Depende de la compra	43%

8. Pregunta 8: ¿Qué criterios o variables usa para evaluar si una compra amerita buscar sustitutos del bien/servicio?

Ver base de datos para las respuestas detalladas.

9. Pregunta 9: Describa cómo verifica la existencia de sustitutos.

Ver base de datos para las respuestas detalladas.

10. Pregunta 10: Si usted debe realizar la compra de un bien o servicio que es por naturaleza complejo (como por ejemplo adquirir la licencia de un software para analizar datos o la

contratación de una asesoría técnica), ¿realiza consultas a proveedores o usuarios finales del bien o servicio para así obtener más información sobre el objeto de compra? Considere sólo los casos en que la compra no requiere legalmente de análisis técnicos/económicos o consultas al mercado.

Tabla 7: Realización de consultas al mercado

¿Realiza?	Porcentaje
Sí	91%
No	9%

11. Pregunta 11: ¿Por qué no realiza consultas a proveedores o usuarios finales si la ley no lo requiere?

Ver base de datos para las respuestas detalladas.

12. Pregunta 12: ¿Qué porcentaje de las compras urgentes que se realizaron el último año cree usted que se pudieron haber planificado?

Tabla 8: Porcentaje de compras urgentes que se podrían haber planificado

Tipo de Compra	Media	Error Est.	Percentil 25	Mediana	Percentil 75
Urgente planificable	32,1	2,7	5	26	50

13. Pregunta 13: ¿Existe en su organismo un procedimiento formal de asignación de roles y responsabilidades para darle seguimiento a un contrato?

Tabla 9: Asignación de roles y responsabilidades

¿Existe protocolo de asignación de roles?	Porcentaje
Sí	71%
No	29%

14. Pregunta 14: ¿Existen en su organismo protocolos preestablecidos para la gestión de riesgos de los contratos que suscribe?

Tabla 10: Gestión de riesgos

¿Existe protocolo de gestión de riesgos?	Porcentaje
Sí	17%
No	83%

15. Pregunta 15: Describa brevemente dichos protocolos de gestión de riesgos.

Ver base de datos para las respuestas detalladas.

16. Pregunta 16: De los contratos adjudicados el año 2019, ¿en qué porcentaje de éstos se externalizó la gestión del contrato? Por externalización entiéndase el encargo de la supervisión del contrato a un tercero que no es parte de su organismo. Ejemplo: “Contratación de un inspector técnico de obras para la construcción o reparación de bienes muebles”.

Tabla 11: Externalización de gestión de contratos

Rango de GDC externalizada	Porcentaje
Menos del 25%	95%
Entre el 25-49%	3%
Entre el 50-75%	2%
Más del 75%	0%

17. Pregunta 17: Indique el tiempo efectivo promedio (en horas) que su institución dedicó a las siguientes actividades.

Tabla 12: Tiempo promedio por mecanismo de compra

Personal	Media	Error Est.	Percentil 25	Mediana	Percentil 75
Licitaciones	2333	1294	25	62	240
Convenios Marco	1239	522	3,6	18	72
Trato Directo	518	181	10	24	91

18. Pregunta 18: Indique el salario bruto mensual del personal dedicado a compras públicas.

Tabla 13: Salario compradores públicos

	Media	Error Est.	Percentil 25	Mediana	Percentil 75
Salario (en pesos)	1.046.104	76.688	600.000	856.373	1.200.003

Anexo E: “Diseño Muestral de la Encuesta a Compradores Públicos”

Objetivo

Identificar las decisiones y fundamentos de los compradores públicos respecto de las adquisiciones que realizan para su organismo.

Objetivos específicos

1. Caracterizar a los compradores públicos en términos de su dotación, jornada de trabajo y años de experiencia.
2. Identificar el nivel de cumplimiento de las buenas prácticas recomendadas por la experiencia internacional para las etapas de planificación y presupuesto y gestión de contratos, y las variables que influyen en éstas.
3. Determinar sus salarios y la cantidad de horas que dedican a diseñar y/o ejecutar licitaciones, convenios marco y tratos directos.

Marco muestral

De los 1.742 RUT asociados a las unidades de compra de organismos públicos presentes en las bases de datos de ChileCompra, se seleccionaron dos muestras aleatorias: una para las unidades de compra asociadas a un organismo centralizado y otra estratificada para las unidades asociadas a una municipalidad.

Unidad de observación

Unidades de compra de los organismos públicos presentes en la base de datos de ChileCompra para el periodo comprendido entre los años 2017 y 2019.

Metodología y tamaño muestral

La metodología utilizada para obtener una muestra representativa de los compradores públicos fue un muestreo aleatorio simple para las unidades de compra de organismos centralizados y un muestreo aleatorio estratificado para las asociadas a municipalidades. La razón de esta diferencia metodológica es que no se contaban con datos presupuestarios a nivel de RUT para los organismos públicos, información que sí obtuvimos para municipalidades¹¹³. El contar con los presupuestos municipales nos permitió reducir el

¹¹³ Los presupuestos municipales fueron obtenidos a partir de datos de la Contraloría General de la República, disponibles [aquí](#).

riesgo de obtener una muestra menos representativa de municipalidades, lo que podría haber ocurrido en caso de que se seleccionara aleatoriamente una sobrerrepresentación de municipalidades de bajos o altos ingresos, por ejemplo. En particular, los estratos escogidos fueron tres: los de alto presupuesto (25% superior de la distribución), de presupuesto medio (entre el percentil 26 y 74), y presupuesto bajo (25% inferior). La fórmula utilizada para determinar el tamaño muestral (n_0) es la siguiente¹¹⁴:

$$n_0 = \frac{z^2 s^2}{e^2 + (z^2 s^2)/N}$$

Donde z representa el valor del test de normalización de las observaciones de la muestra, s es la desviación estándar poblacional, e indica el margen de error, y N el tamaño poblacional. Luego, considerando un valor de 1,96 para el test- z (que asume un nivel de confianza del 95%), una desviación estándar poblacional máxima de 0,5, un margen de error de $\pm 10\%$, y dada una población de 1.377 (365) unidades de compra de organismos centralizados (municipalidades), obtenemos un tamaño muestral mínimo de 90 para organismos centralizados y 76 para municipalidades. Mientras que para el caso de las municipalidades sí se logra superar ese tamaño muestral mínimo (130 observaciones), este no es el caso para los organismos centralizados, donde sólo obtuvimos respuestas de 78 instituciones. No obstante, la suma de 208 respuestas sí nos permite obtener conclusiones representativas para la totalidad del sistema, mas no para cada tipo de organismo por separado. Finalmente, para contrarrestar esta sobrerrepresentación de municipalidades en la muestra total, utilizamos pesos muestrales para ponderar la “importancia” acorde de las respuestas según la proporción que ese tipo de organismos representa para el total de unidades de compras del sistema.

¹¹⁴ Fuente: Sharon Lohr, *Sampling: Design and Analysis* (Nueva York: Chapman and Hall/CRC, 2019), 47; y William Cochran, *Sampling techniques* (Nueva York: John Wiley & Sons, 2007), 76.

BIBLIOGRAFÍA

Barra, Nancy y Celis, Gabriel. *Contratación Administrativa bajo la Ley de Compras*. Santiago: Thomson Reuters, 2018.

Cochran, William. *Sampling techniques*. Nueva York: John Wiley & Sons, 2007.

Díaz Bravo, Enrique, «El Tribunal de Contratación Pública chileno: Examen a su regulación». En *Contratación Pública Global: Visiones Comparadas*, editado por Enrique Díaz y José Antonio Moreno. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

Lohr, Shraron, *Sampling: Design and Analysis*. Nueva York: Chapman and Hall/CRC, 2019.

Moraga Klenner, Claudio. *Contratación Administrativa*. Santiago: Thomson Reuters, 2019.

Vázquez, Yuri y Koch, Maximiliano. «Institucionalidad, Procedimiento y Jurisprudencia del Tribunal de Contratación Pública». Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, 2014. Disponible aquí.

Vergara, Alejandro, «Tribunal de Contratación Pública: bases institucionales, organización, competencia y procedimiento», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLVI (2016): 347-378.