

**EN LO PRINCIPAL:** Aporta antecedentes. **EN EL PRIMER OTROSÍ:** Acompaña documentos. **EN EL SEGUNDO OTROSÍ:** Téngase presente. **EN EL TERCER OTROSÍ:** Patrocinio y poder.

## H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Mónica Salamanca Maralla, Fiscal Nacional Económico (S) en representación de la **FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA** (“FNE” o “Fiscalía”), ambos domiciliados para estos efectos en calle Huérfanos N° 670, piso 8, Santiago, en autos caratulados “*Solicitud de dictación de Instrucciones de Carácter General sobre contratos de obra pública licitados por municipios*”, **Rol NC N° 482-2020**, al Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“**H. Tribunal**” o “**TDLC**”) respetuosamente digo:

Que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18, N° 2 y 31, N° 1 del DFL N° 1 de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973 (“**DL N° 211**”), vengo en aportar antecedentes a este H. Tribunal en los autos ya individualizados, en los términos que se expondrán a continuación:

Este H. Tribunal recibió con fecha 25 de noviembre de 2020 una presentación en la que solicita la dictación de Instrucciones de Carácter General (“**ICG**”) para el mercado de las licitaciones de obra de infraestructura pública realizadas por los municipios<sup>1</sup> (“**Solicitud**”), presentada por la Constructora LN SpA y la Constructora Cristi Limitada (“**Solicitantes**”).

Con fecha 6 de diciembre del 2022, este H. Tribunal dictó resolución de inicio de procedimiento contemplado en el artículo 31 del DL N°211 respecto de la Solicitud formulada por los Solicitantes. Asimismo, ofició al Ministerio de Vivienda y Urbanismo; a la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo; a la Dirección de Compras y Contratación Pública; a la Cámara Chilena de la

---

<sup>1</sup> Presentación de los Solicitantes, 25 de noviembre de 2020, en expediente Rol 482-2020, foja 7.

Construcción; a la Asociación Chilena de Municipalidades, y a esta Fiscalía, a fin de que aporten antecedentes<sup>2</sup>.

En atención a lo anterior, esta Fiscalía cumple con remitir lo que se indica en el presente informe, que se estructura de la siguiente forma:

<b>I. ANTECEDENTES Y DESCRIPCIÓN DE LA INDUSTRIA</b> .....	3
<b>A. La Solicitud de Constructora LN SpA y Constructora Cristi Limitada</b> .....	3
<b>B. Marco normativo de la contratación municipal de obra pública</b> .....	5
1. Aplicación de la Ley N° 19.886 de Contratación Pública en el procedimiento de contratación de obra pública.....	8
2. Sobre los registros de contratistas y proveedores.....	10
3. Financiamiento propio y externo para la ejecución de obra pública municipal .....	16
<b>II. LIBRE COMPETENCIA Y LICITACIONES DE OBRA PÚBLICA: EXPERIENCIA NACIONAL</b> .....	20
<b>A. Ámbito de competencia y cumplimiento de la normativa de libre competencia en materia de licitaciones</b> .....	20
<b>B. Afectación de la libre competencia y definición de mercados relevantes en licitaciones públicas</b> .....	22
<b>C. Lineamientos y criterios jurisprudenciales aplicables a la licitación de obra pública</b> .....	24
1. Las bases deben fomentar la mayor participación posible de oferentes en la licitación .....	25
2. Las bases de licitación deben evitar la colusión entre agentes económicos	30
3. Las bases deben evitar futuros abusos del concesionario .....	30
4. Resguardos y buenas prácticas generales para la elaboración de las bases que incentivan la participación de oferentes.....	32
<b>III. ANÁLISIS ECONÓMICO DE BASES DE LICITACIÓN PARA OBRAS MUNICIPALES</b> .....	36
<b>A. Descripción de la base de datos de licitaciones analizadas</b> .....	36
<b>B. Caracterización de municipalidades licitantes y oferentes en las licitaciones de obras municipales</b> .....	40
<b>C. Análisis de los factores de evaluación</b> .....	47
<b>D. Simulación sobre el impacto de los factores fijos sobre la oferta económica y la concurrencia</b> .....	52
<b>E. Incentivos de las municipalidades a modificar la importancia de la oferta económica</b> .....	57

<sup>2</sup> Copia fiel de esta resolución fue ingresada a esta Fiscalía por medio del oficio Ord. 169, del H. Tribunal, de 14 de diciembre del 2022.

<b>IV. LINEAMIENTOS PARA LA DICTACIÓN DE LAS ICG</b> .....	62
<b>A. Necesidad y justificación de la dictación de ICG</b> .....	62
1. Baja participación de oferentes en las licitaciones y los riesgos de ilícitos anticompetitivos .....	63
2. Mejores prácticas internacionales para combatir la colusión en licitaciones públicas.....	64
3. Precedente de ICG en licitaciones municipales.....	65
<b>B. Lineamientos para considerar en las ICG en la licitación de Obra Pública Municipal</b> .....	66
1. Sobre el modelo de bases licitación de obra pública municipal .....	67
2. Limitar las posibilidades de renegociación .....	69
3. Recomendaciones para la evaluación de los criterios de adjudicación .....	70
4. Buenas prácticas que promueven la competencia y evitan ilícitos anticompetitivos .....	75
5. Recomendaciones para las licitaciones con financiamiento externo.....	79

## **I. ANTECEDENTES Y DESCRIPCIÓN DE LA INDUSTRIA**

### **A. La Solicitud de Constructora LN SpA y Constructora Cristi Limitada**

1. La Solicitud afirma que en el mercado de obras de infraestructura pública licitada por los municipios se cometerían constantes infracciones a la libre competencia, por lo que solicita la dictación de ICG con el objeto de que se regule dicho mercado. Asimismo, argumentan tres motivos por los cuales se justificaría la necesidad de dictar ICG para este mercado: la libre competencia, la eficiencia y evitar la corrupción.
  
2. La Solicitud define el mercado relevante como *“la construcción de obras públicas en todas sus definiciones incluyendo la remodelación, conservación o normalización (cuando la magnitud de la construcción es superior a los servicios llamados de remodelación, conservación o normalización), que se licitan por municipios del país, siendo el agente económico, el que define el mercado principalmente”*<sup>3</sup>.
  
3. Las Solicitantes destacan la baja cantidad de participantes oferentes en las licitaciones de obra pública promovidas por los municipios<sup>4</sup>, lo que, a su juicio, tendría relación con los defectos en el diseño regulatorio de las bases de

<sup>3</sup> Solicitud, pág. 14.

<sup>4</sup> Según indican las Solicitantes, en los años 2018 y 2019 el promedio de oferentes en las licitaciones era de 2,7. Solicitud, pág. 2.

licitación que se elaboran. Al respecto, afirman que serían poco transparentes y que establecerían restricciones a la competencia que serían ilegales, dando ventaja a oferentes de forma dirigida.

4. Por un lado, indican que uno de los defectos sería que la variable precio tendría un menor peso o ponderación, en comparación con otros factores como experiencia y capacidad económica de los oferentes. Por otro lado, señalan que la experiencia<sup>5</sup> exigida por las municipalidades para obtener el mayor puntaje es desmedida y no tiene relación con la dimensión de la obra, lo que operaría como una barrera de entrada que desincentiva la participación de oferentes aptos para adjudicarse el proyecto. Por último, respecto de la capacidad económica para ejecutar la obra<sup>6</sup>, las Solicitantes explican que este criterio se evalúa de forma sobredimensionada en relación con la forma en que operarían los pagos en la práctica, puesto que las obras de infraestructura pública se financiarían mediante estados de pago mensuales<sup>7</sup>, por lo que no sería necesario requerir una capacidad económica equivalente al 100% de la obra.
5. Hacen presente que las municipalidades no suelen requerir un estándar mínimo de calidad o de características esenciales de las empresas de forma previa, sino que, por el contrario, estas cualidades son evaluadas de forma lineal con el precio y sin guardar debida concordancia con la magnitud de la obra que se están licitando<sup>8</sup>.
6. Indican las Solicitantes que, con el objeto de respaldar objetivamente sus argumentos, habrían realizado un estudio de 697 licitaciones de obra pública de municipios de todas las regiones del país, entre el año 2018 y 2019,

---

<sup>5</sup> Respecto de este criterio de evaluación, los Solicitantes indican: “*La experiencia de la empresa es el criterio más evaluado en las licitaciones analizadas, presentándose en el 89,7% de los casos y junto con ser el criterio más utilizado en las evaluaciones también es el que más pondera (después del precio), 25,7% en promedio*”. Solicitud, pág. 21.

<sup>6</sup> En relación con este criterio de evaluación, la Solicitud indica: “*La capacidad económica (CE) de la empresa fue evaluada en el 46,3% de las licitaciones analizadas. En promedio ponderó 15,5% con mínimos y máximos de 1,0% y 35,0% respectivamente*”. Solicitud, pág. 22.

<sup>7</sup> Los Solicitantes indican que las obras públicas se pagan por estados de pago mensuales, es decir, se financian con el desarrollo o avance físico de la obra.

<sup>8</sup> Refieren que los criterios de experiencia y patrimonio (denominan “factores estáticos”) serían exigidos de forma desmedida para el tipo de obra que se licita, lo que provocaría que un oferente con menor puntaje por concepto de experiencia y/o capacidad económica se vea obligado a reducir el precio de manera relevante (denominan “factor móvil”), limitando así la competencia y dando espacio a la presentación de ofertas temerarias destinadas a fracasar. Al tener que compensar un factor estático como lo es la experiencia, se genera este fenómeno, consistente en la reducción del precio, por motivos distintos a la eficiencia. Solicitud, pág. 27.

considerando aquellas del tipo “LR”, esto es, mayores a 5.000 UTM. Precisan que, de las licitaciones estudiadas, el precio ponderaría en promedio 34,2%, la experiencia económica 25,7% y la capacidad económica 15,5% del total de la evaluación de la oferta económica. Asimismo, si bien el precio fue la única variable que siempre estuvo presente en las bases de licitación revisadas, su porcentaje de ponderación era muy variable, con mínimos de 0,0% (en algunas licitaciones no se evaluó el precio) y máximos de 89%, con el promedio antes mencionado.

7. En virtud de lo anteriormente expuesto, las Solicitantes piden al H. Tribunal dictar ICG para las licitaciones de obra pública municipal, que tengan como parámetros básicos los siguientes<sup>9</sup>: (i) que los oferentes compitan principalmente en el precio, junto con otros factores móviles de ser necesario, previa calificación de idoneidad del oferente respecto de los factores estáticos; o en subsidio de esto, que el precio tenga una ponderación mínima del 80%; (ii) que la ponderación de la experiencia y la capacidad económica tengan relación con la obra a construir, manifestándose en que el patrimonio necesitado no sea superior al 50% del valor de la obra y que la experiencia exigida -medida en metros cuadrados construidos- no sea superior a 10 veces la magnitud de la obra que se construye; y, (iii) que las diferencias de puntuación en la evaluación del patrimonio y la experiencia sean lineales y no por tramos o “escalones” de una tabla.

## **B. Marco normativo de la contratación municipal de obra pública**

8. La contratación de obra pública municipal no se encuentra regulada de forma especial en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que se rigen por las normas generales que ordenan a la Administración de los Órganos del Estado y las Municipalidades en materia de contratación pública.
9. La Ley N°18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (“**LOCBGAE**”), en su artículo 8 bis dispone las directrices y principios que rigen la contratación pública para los órganos del Estado, a los cuales quedan sujetas también la contratación administrativa que realicen los municipios. Esta regulación establece una serie de condiciones y principios en materia de contratación administrativa, a saber: (i) la propuesta o

---

<sup>9</sup> Los solicitantes sustentan su petitorio en los artículos 3°, 18°, 4° y 31° del DL N.º 211.

licitación pública como regla general para la celebración de contratos administrativos; (ii) el principio de libre concurrencia al llamado administrativo de los oferentes; (iii) la igualdad de los oferentes ante las bases que rigen el contrato; (iv) la licitación privada como mecanismo excepcional que solo procede previa resolución fundada; y, (v) la contratación directa como mecanismo excepcional que solo es procedente en el caso en que la naturaleza de la negociación así lo requiera.

10. Por último, el artículo 64 n°7 de la LOCBGAE establece que se contraviene el principio de probidad administrativa si se omite o elude la licitación pública en los casos en que la ley dispone que es necesaria.
11. Luego, el DFL N°1 que Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades (“**LOCM**”), en la letra c) del artículo 5°, dispone que las Municipalidades son las administradoras de los bienes municipales y de los bienes nacionales de uso público, por lo que les compete ejecutar, por sí o a través de particulares especialmente contratados para estos efectos, la mantención de la infraestructura de dichos bienes para la satisfacción de las necesidades de la institución y de la comunidad.
12. Así, se faculta a los municipios para el desarrollo de la obra pública municipal, función que puede encomendarse a un tercero bajo la figura jurídica del contrato de obra pública. El contrato de obra pública es aquel que tiene por objeto la construcción, modificación, conservación o demolición de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o del subsuelo por cuenta de un órgano de la Administración del Estado (en este caso los municipios) con el fin de satisfacer una finalidad pública de manera directa e inmediata<sup>10</sup>.
13. En particular, la construcción de una obra pública puede ser encomendada a un tercero por los municipios en dos modalidades: (i) mediante la celebración de un contrato de servicio de ejecución de obra pública<sup>11</sup>; o bien, (ii) mediante

---

<sup>10</sup> La Ley no contempla una definición general del “contrato de obra pública”, con todo, el Reglamento del MOP en su artículo 4 n°15 dispone: “*Contrato de Obra Pública: Es un acto por el cual el Ministerio encarga a un tercero la ejecución, reparación o conservación de una obra pública, la cual debe efectuarse conforme a lo que determinan los antecedentes de la adjudicación, incluyendo la restauración de edificios patrimoniales*”.

<sup>11</sup> La facultad para contratar la ejecución de obra por medio de terceros encuentra su fundamento normativo en el artículo 8° de la LOCM, que dispone de forma general la atribución de los municipios

la celebración de un contrato de concesión de obra pública<sup>12</sup>. En la primera modalidad, la obra es ejecutada por el contratista y su costo asumido por el municipio con recursos de su patrimonio, quien a su término la recibe y pone en funcionamiento; mientras que, en la segunda, el municipio encomienda su ejecución al contratista y concesionario, quien asume su financiamiento a cambio de su explotación temporal.

14. La regulación en la materia establece que la contratación con terceros para la construcción de una obra pública, en cualquiera de las dos modalidades mencionadas (construcción o concesión), será previa licitación y adjudicación del contrato, conforme a las modalidades y procedimientos que la ley disponga. Al respecto, las modalidades de contratación en este ámbito se encuentran dispuestas en el artículo 8° de la LOCM en base a los umbrales que se indican a continuación.
15. En primer lugar, la celebración de los contratos y el otorgamiento de las concesiones se debe hacer previa licitación pública si el monto de los contratos o el valor de los bienes involucrados excede las 200 unidades tributarias mensuales (UTA) o, tratándose de concesiones, si el total de los derechos o prestaciones que deba pagar el concesionario sea superior a 100 UTA.
16. Por otra parte, si el monto de los contratos o el valor de los bienes involucrados es inferior a los montos señalados en el párrafo anterior, se podrá llamar a propuesta privada. Igual procedimiento se aplicará cuando, el monto de los contratos o el valor de los bienes involucrados exceda los indicados, pero concurren imprevistos urgentes u otras circunstancias debidamente calificadas por el Concejo Municipal, en sesión especialmente convocada al efecto y con el voto favorable de la mayoría absoluta de los concejales en ejercicio.

---

para celebrar contratos que impliquen la ejecución de acciones determinadas. Dentro de estas acciones determinadas es posible incluir la contratación de ejecución de obra pública.

<sup>12</sup> El artículo 37 de la LOCM establece que las concesiones para construir y explotar el subsuelo se otorgarán previa licitación pública y serán transferibles, asumiendo el adquirente todos los derechos y obligaciones que deriven del contrato de concesión. Luego, la Ley N°19.865 que aprueba el Sistema de Financiamiento Urbano Compartido (“Ley Sobre el Contrato de Participación”), en su artículo 1°, crea el sistema especial de Financiamiento Urbano Compartido, mediante el cual se financian proyectos de obra pública de forma conjunta o compartida por el municipio y privados, los que son entregados posteriormente en concesión por medio de licitación pública.

17. Por último, excepcionalmente, si no se presentaren interesados a la licitación convocada o si el monto de los contratos no excediere de 100 UTA, se podrá proceder mediante contratación directa.

### **1. Aplicación de la Ley N° 19.886 de Contratación Pública en el procedimiento de contratación de obra pública**

18. El artículo 66 de la LOCM indica que los procedimientos administrativos de contratación que realicen las municipalidades se registrarán por la Ley de Contratación Pública (“LCP”), con excepción de lo establecido en los incisos cuarto, quinto y sexto del artículo 8°, que se refieren a las modalidades de contratación por medio de licitación para el ámbito municipal, según se expuso en el apartado anterior.

19. El artículo 3°, inciso final de la LCP establece que, sin perjuicio de la exclusión indicada en su literal e)<sup>13</sup>, a las contrataciones a que ellas se refieren “se les aplicará la normativa contenida en el Capítulo V de esta ley, como, asimismo, el resto de sus disposiciones en forma supletoria”.

20. Al respecto, la Contraloría General de la República (“CGR”) ha afirmado la supletoriedad de la LCP, es decir, que resultará aplicable en todo aquellos que no esté regulado por la LOCM<sup>14</sup>. Asimismo, este H. Tribunal ha establecido que, en materia de licitación de obra pública municipal, el procedimiento aplicable es el dispuesto en la LCP, conforme a las modificaciones normativas que incorpora el artículo 66 de la LOCM<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Se destaca que el artículo 3°, letra e) de la LCP excluye igualmente de su aplicación los contratos destinados a la ejecución, operación y mantención de obras urbanas, con participación de terceros, que suscriban de conformidad a la ley N°19.865 Sobre el Contrato de Participación. En su caso, la concesión de obra pública de la Ley citada cuenta con un procedimiento especial de licitación en su Título II, lo que desplaza completamente la supletoriedad de la Ley de Compras Públicas en este ámbito.

<sup>14</sup> Dictamen N° 42826 del 11 de noviembre del 2008, de la CGR: “De esta forma, los contratos relacionados con la ejecución y concesión de obras públicas se rigen por su regulación específica - Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades-, y en la medida que existan aspectos no regulados, por la ley N° 19.886. (...) En este contexto, cabe concluir que, al no existir en la ley N° 18.695 una regulación relativa a la publicidad de los contratos de obras municipales, rige supletoriamente la ley N° 19.886, de manera que la exigencia realizada por la Dirección de Compras y Contratación Pública se ajusta a derecho, procediendo que las licitaciones relativas a obras municipales se publiquen a través del portal de dicha institución”. En el mismo sentido, los Dictámenes N°39472 del 2005 y N° 3004 del 2009.

<sup>15</sup> Cons. 7°, ICG N°3/2013, TDLC.

21. En definitiva, se ha establecido que el procedimiento de contratación de obra pública municipal se regirá por lo dispuesto en la LCP, que establece el sistema de contratación que rige a la Administración del Estado en la celebración de contratos con terceros y el procedimiento de selección de contratistas, junto con el Decreto N° 250 del Ministerio de Hacienda, que aprueba el Reglamento de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (“**Reglamento de Compras Públicas**”). Lo anterior, con excepción de las causales que determinan la modalidad de contratación del municipio con terceros -licitación pública, privada o contratación directa- que se regirán por el artículo 8° de la LOCM<sup>16</sup>.

22. Respecto del procedimiento, la LCP indica que los organismos públicos regidos por esta ley, en este caso las municipalidades y corporaciones municipales, “*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*”<sup>17</sup>. Asimismo, se prohíbe adjudicar contratos cuyas ofertas no hayan sido recibidas por medio de los sistemas electrónicos o digitales establecidos por la Dirección de Compras Públicas<sup>18</sup>.

23. La LCP reconoce los principios de contratación dispuestos en la normativa general, a saber, la igualdad de oferentes, libre concurrencia, transparencia, sujeción a las bases, eficiencia y competencia<sup>19</sup>. De igual forma, la

---

<sup>16</sup> Como se mencionó, la celebración de contratos de ejecución podrán realizar: (i) mediante licitación pública, si el monto de ellos o el valor de los bienes involucrados excede de 200 UTM; (ii) a través de propuesta privada, si es inferior a dicho monto o si concurren imprevistos urgentes u otras circunstancias debidamente calificadas por el concejo -en sesión especialmente convocada para el efecto y con el voto favorable de la mayoría absoluta de los concejales en ejercicio-; o, finalmente, (iii) a través de contratación directa, si no se presentaron interesados o si el monto de los contratos no excediere de 100 UTA.

<sup>17</sup> Inciso primero, artículo 18 de la LCP.

<sup>18</sup> Inciso final, artículo 18 de la LCP.

<sup>19</sup> Por ejemplo, uno de los mandatos de la Dirección de Contratación Pública dispuesto en la letra g) del artículo 30 de la Ley N° 19.886 reconoce “*promover la máxima competencia posible en los actos de contratación de la Administración, desarrollando iniciativas para incorporar la mayor cantidad de oferentes*”. Asimismo, la ley en el artículo 11 de la Ley N° 19.886, indica que las bases de licitación deberán establecer las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del bien o servicio por adquirir y todos sus costos asociados, presentes y futuros. Además, con el fin de asegurar la seriedad de las ofertas y el fiel y oportuno cumplimiento del contrato definitivo, la Ley de Contratación Pública indica que la respectiva entidad licitante requerirá la constitución de las garantías que estime necesarias, en la forma y por los medios que lo establezcan las respectivas bases de la licitación. Estas garantías deben fijarse en un monto que, sin desmedrar su finalidad, no desincentive la participación de oferentes al llamado de licitación o propuesta.

competencia como principio general en la contratación pública, se deriva de la regulación que hace imperativa la licitación pública como regla general en materias de contratación administrativa y del artículo 30 literal g) de la Ley de Compras Públicas, que establece que una de las funciones de la Dirección de Compras y Contratación Pública es la promoción de la máxima competencia posible en los actos de contratación de la Administración.

24. Por último, importa destacar que la CGR estableció que los principios de transparencia, probidad y publicidad que rigen a los órganos de la Administración del Estado y el procedimiento y disposiciones de la LCP, serán plenamente aplicables a las Corporaciones Municipales<sup>20</sup>, bajo el razonamiento de que, aunque sean instituciones que se hayan constituido en conformidad al Derecho Privado, el Estado les ha atribuido potestades y recursos públicos para la satisfacer las necesidades de la comunidad.

## 2. Sobre los registros de contratistas y proveedores

25. En general, se debe tener presente que según exige la LCP y su Reglamento<sup>21</sup>, sólo podrán contratar con el Estado los proveedores que acrediten su situación financiera y técnica. Para tal efecto, se dispuso como herramienta de acreditación el Registro de Contratistas y Proveedores de la Dirección de Compras Públicas (el “**Registro de Contratistas de ChileCompra**”)<sup>22</sup>, sin perjuicio de la existencia y funcionamiento de otros registros oficiales y públicos de proveedores para órganos o servicios determinados, tales como el registro del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (“**MINVU**”) y el del Ministerio de Obras Públicas (“**MOP**”), a los cuales también se hará referencia.

26. La existencia de estos registros permite reducir los costos de transacción en la contratación administrativa, al reunir en plataformas todos los antecedentes necesarios para la evaluación del oferente<sup>23</sup>.

### a. Registro de Contratistas de ChileCompra

---

<sup>20</sup> CGR, Dictamen N° E33624 del 2020 y N° E160316 del 2021.

<sup>21</sup> La regulación referida al Registro de Contratistas se encuentra en el artículo 16 y 17 de la LCP, y, principalmente, en el Capítulo IX del Reglamento de Compras Públicas.

<sup>22</sup> Artículo 80 del Reglamento de Contratación Pública.

<sup>23</sup> FNE. Informe Compras Públicas, pág. 55 y 56.

27. El Registro de Contratistas de ChileCompra presenta una ficha de proveedores con antecedentes básicos, técnicos, legales y financieros e históricos<sup>24</sup> de la empresa, para ser empleada por la entidad licitante en la evaluación de las propuestas presentadas. Asimismo, el Registro de Contratistas pone a disposición de la entidad licitante la información referida al comportamiento contractual anterior de los proveedores, el cual contiene “*elementos objetivos, tales como el cumplimiento íntegro y oportuno de las obligaciones, cumplimiento de plazos comprometidos, aplicación de multas u otras medidas que hayan afectado al proveedor*”<sup>25</sup>.

28. La Ley N° 19.886 otorga a la Dirección de Compras Públicas el mandato legal de administrar, mantener actualizado y licitar la operación del Registro de Contratistas, también llamado “ChileProveedores”, con la responsabilidad de entregar los certificados técnicos y financieros que correspondan según el Reglamento de Contratación Pública<sup>26</sup>. Este registro público busca identificar a todas las personas naturales y jurídicas, chilenas o extranjeras, que quieran contratar con entidades de la Administración, y verificar la existencia de alguna inhabilidad o incompatibilidad para esto, acreditando debidamente su estado financiero, idoneidad técnica y situación legal<sup>27-28</sup>.

<sup>24</sup> En este sentido, se indica en el Reglamento de Contratación Pública, artículo 94 letra a): “*Antecedentes básicos de los Proveedores, incluyendo nombre, razón social, rol único tributario, dirección correo electrónico y rubros en los que se especializa. La información será completada en un formulario de inscripción preparado por la Dirección. La Dirección se encargará de verificar la veracidad de la información entregada por los postulantes*”. En la letra b): “*Antecedentes técnicos y otros antecedentes que acrediten las especialidades y experiencias de los Proveedores inscritos. Deberán acompañarse todos y cada uno de los antecedentes necesarios para acreditar la especialidad, los que serán determinados por la Dirección y permitirán la clasificación del rubro al que pertenece el Proveedor*”. En la letra c): “*Se registrarán los antecedentes financieros y/o jurídicos de los Proveedores inscritos que requieran una evaluación con el objeto de: 1. Probar adecuadamente la existencia legal y validez de los poderes de una persona jurídica. 2. Demostrar una situación contable y financiera que hagan prever que cumplirá sus compromisos oportunamente*”. En la letra d): “*Se consignarán los antecedentes relativos al desempeño y cumplimiento de los Proveedores*”.

<sup>25</sup> Artículo 95 bis del Reglamento de Contratación Pública.

<sup>26</sup> Artículo 30, letra f) de la LCP.

<sup>27</sup> La evaluación económica, financiera y legal de los contratistas para calificar en el Registro de la dirección de Compras Públicas estará a cargo de esta por medio de profesionales y técnicos, pudiendo encomendar dicha labor a terceros previa licitación pública (ver Inciso segundo del artículo 85 del Reglamento de Contratación Pública).

<sup>28</sup> Para figurar en “ChileProveedores”, las empresas deben solicitar la inscripción en una categoría o rubro, dependiendo del giro o actividad que desarrollen, pudiendo inscribirse en más de una de ellas. La evaluación se materializa en informes estandarizados que permitan evaluar a cada postulante y calificar como “oferente inscrito”. Al respecto, el Reglamento destaca que la evaluación del postulante deberá ser por medio de un “procedimiento claro y transparente que asegure la confidencialidad de los antecedentes aportados y la objetividad y celeridad del proceso evaluatorio” (ver artículo 85 inc. final del Reglamento de Contratación Pública). Los antecedentes que se deben acompañar deben ser aquellos que acrediten su existencia legal y su situación financiera. Al respecto, la ley destaca

29. Bajo esta regulación, se permite a los organismos públicos que estén en proceso de contratación de un bien o servicio, exigir a los proveedores su inscripción en “ChileProveedores” como requisito previo para poder participar de la licitación y suscribir los contratos definitivos<sup>29</sup>.
30. La Dirección de Compras Públicas podrá rechazar las solicitudes de inscripciones de los proveedores y/o eliminar las vigentes<sup>30</sup> si se configura alguna de las causales del artículo 92 del Reglamento de Contratación Pública, como, por ejemplo, en caso de registrar deudas previsionales o de salud por más de 12 meses con sus trabajadores dependientes, o haber sido declarado en quiebra por resolución judicial ejecutoriada.

#### **b. Registro de Contratistas del Ministerio Vivienda y Urbanismo**

31. Este Registro (“**Registro del MINVU**”) está regulado principalmente el Decreto N°127 de 1977 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, el cual aprobó el Nuevo Reglamento del Registro Nacional de Contratistas del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (“**Reglamento del Registro MINVU**”) <sup>31</sup>.
32. La normativa indica que el registro será obligatorio o vinculante para el MINVU, quien sólo puede contratar con empresas registradas en él. Por otra parte, otras personas jurídicas o naturales podrán hacer uso de este Registro, para lo cual deberán “*suscribir un convenio con la Coordinadora Nacional del Registro, la que deberá llevar una nómina de dichas personas*”<sup>32</sup>.

---

que la información que se presente con el objeto de lograr la inscripción en el Registro deberá ser fidedigna y vigente, y, en caso de que haya errores o inexactitudes, se procederá al rechazo de la solicitud (ver artículo 83 y 84 del Reglamento). Luego, el proceso de evaluación dependerá de la categoría que el proveedor solicitó inscribirse (ver artículo 86 del Reglamento de Contratación Pública).

<sup>29</sup> En este sentido, el artículo 66 del Reglamento de Contratación Pública dispone que una de las formas que tienen los proveedores de acreditar la situación financiera y técnica frente a la entidad licitantes es a través de la inscripción en el Registro, donde pasarán a ser “Oferentes inscritos”, mientras que, por el contrario, los “Oferentes no inscritos” deberán acreditar su situación financiera y técnica con los “documentos justificatorios indicados por las respectivas bases”, conforme distingue la norma.

<sup>30</sup> Artículo 93 del Reglamento de Contratación Pública.

<sup>31</sup> Según indica el artículo 4° del Reglamento del Registro del MINVU: “*La jurisdicción del Registro abarca el territorio del país. Sin embargo, para su administración, el Registro operará descentralizadamente, a través de las Secretarías Regionales del Ministerio de Vivienda y Urbanismo*”. La Coordinadora Nacional del Registro es la encargada de recibir la información relacionada con las inscripciones, calificaciones, sanciones y demás hechos que se produzcan en cualquiera de las regiones con los proveedores y contratistas.

<sup>32</sup> Artículo 3° del Reglamento del Registro del MINVU.

33. El registro es técnico y se divide en cuatro grandes categorías según el tipo de obra que puede realizar el contratista: “edificación”, “urbanización”, “de especialidades” y “construcciones industrializadas”. Dentro de estas cuatro grandes categorías, hay sub-categorías, como, por ejemplo, el “registro de obras viales” y el “registro de obras sanitarias”.
34. Los contratistas pueden solicitar su inscripción en las diferentes categorías cuando cumplan con las exigencias profesionales que indica el Reglamento del MINVU para cada caso<sup>33</sup>. Para la inscripción, los interesados deberán acreditar experiencia en obras similares según la cantidad que exija cada rubro y según su criterio de evaluación<sup>34</sup>. Asimismo, los requisitos económicos de los proveedores indican el capital de la empresa, el monto máximo y mínimo por obra, en relación con la categoría que se desea inscribir.
35. Una vez inscrita la empresa, se crea una carpeta individual, que contiene la totalidad de los antecedentes que conozca y/o resuelva el Registro del MINVU sobre el contratista, entre éstas las sanciones a los contratistas inscritos, las cuales repercutirán en la movilidad de estos en los diferentes registros de cada rubro<sup>35</sup>.
36. Finalmente, importa mencionar que los contratistas del registro están en constante evaluación por la Comisión Receptora -compuesta por profesionales técnicos designados para el efecto- la que juzgará el desempeño del contratista y lo calificará con notas de 1 a 100<sup>36</sup>.

### c. Registro de Contratistas del MOP

37. Un tercer registro público corresponde al Registro General de Contratistas del Ministerio de Obras Públicas (“**Registro del MOP**”), el cual depende de la Dirección General de Obras Públicas y está regulado en el Título II del Reglamento para Contratos de Obras Públicas (“**Reglamento del MOP**”). Se

<sup>33</sup> Artículo 11 Reglamento del MINVU.

<sup>34</sup> La experiencia técnica se acredita mediante certificados expedidos por Organismos Públicos y por entidades privadas o particulares -previamente calificadas- que hayan encomendado obras (ver artículo 12 en relación con el artículo 15 del Reglamento del MINVU).

<sup>35</sup> Artículo 44 y 45 del Reglamento del MINVU.

<sup>36</sup> La Comisión Receptora juzgará el desempeño del contratista en los siguientes aspectos: (i) exigencias técnicas que comprende la calidad de los materiales y la ejecución; (ii) exigencias administrativas, que comprende desde la entrega de antecedentes de la obra hasta el cumplimiento legal de obligaciones laborales con los trabajadores; y, (iii) plazo contractual, que observa el cumplimiento del plazo y entrega una puntuación.

debe considerar que el reglamento se remite en gran parte al “Registro de Contratistas – Categorías y Especialidades” (en adelante, “**Anexo del Reglamento**”), que contiene la información para la evaluación de los contratistas.

38. El Registro consiste en un listado público, común y único a nivel nacional para las Direcciones Generales, Direcciones y Servicios dependientes del MOP e instituciones que se relacionen con el Estado por su intermedio, de los contratistas inscritos y facultados para participar en las licitaciones de obras públicas que realiza el MOP<sup>37</sup>. La información no es evaluada para cada licitación, sino sólo al momento de ingresar al Registro, sin perjuicio de la obligación del registrado de actualizar sus antecedentes anualmente<sup>38</sup>.
39. En relación con su estructura, el Registro del MOP se divide en un Registro de Obras Mayores y un Registro de Obras Menores<sup>39</sup>. Por un lado, el Registro de Obras Mayores se divide en Obras Civiles y en Obras de Montaje, las cuales, a su vez, se dividen en registros particulares según el tipo de obras a realizar. Para poder inscribirse en cualquiera de estos registros, el contratista deberá acreditar contar con la(s) especialidad(es) requerida(s) en cada caso<sup>40</sup>. Por otro lado, el Registro de Obras Menores está previsto para obras cuyo presupuesto estimativo<sup>41</sup> no exceda de 6.000 UTM<sup>42</sup> y también se divide en registros

<sup>37</sup> Artículo 4°, N°16 del Reglamento del MOP.

<sup>38</sup> Para ingresar al Registro, los contratistas deben presentar los antecedentes establecidos en el Reglamento y Anexo del Reglamento, para que se evalúe su idoneidad económica, técnica y legal para participar en licitaciones de obras públicas (ver artículos 15 y 53 del Reglamento del MOP). Excepcionalmente, en el caso de los llamados de licitación efectuados por la Dirección de Arquitectura del MOP pueden participar personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, no inscritas en el Registro, en casos previamente calificados por resolución fundada del jefe superior de dicho servicio (ver artículo 10 inciso final del Reglamento del MOP).

<sup>39</sup> Artículo 5° del Reglamento del MOP. Por otra parte, en paralelo al Registro, se pueden abrir registros especiales para ciertas obras que, por el presupuesto estimativo involucrado, o características técnicas o especiales de la obra, requieran de un tratamiento particular (ver artículo 10 del Reglamento del MOP). En otros términos, son registros *ad-hoc* para obras cuyas singularidades escapan a los parámetros que prevé el Registro y su anexo, ya sea por las especialidades requeridas o por el presupuesto involucrado. Estos registros especiales se rigen por las bases particulares que se fijen en cada caso y su vigencia se agota junto con aquella de la obra. Estos últimos no serán tratados en el presente informe por no estar afectos a los cambios propuestos por las Solicitantes.

<sup>40</sup> De acuerdo con lo establecido en el Anexo del Reglamento, actualmente Obras Civiles tiene veinte registros particulares y las de Montaje tres registros particulares. Ver: Anexo del Reglamento, pág. 1, 3-4.

<sup>41</sup> El artículo 4°, N° 23 del Reglamento dispone que se debe entender por presupuesto estimativo el costo preliminar aproximado previsto por el MOP para una obra, excluido el Impuesto al Valor Agregado.

<sup>42</sup> Artículo 48 del Reglamento del MOP.

particulares<sup>43</sup>. Los contratistas inscritos en el Registro de Obras Mayores quedan habilitados como contratistas de Obras Menores, en los registros equivalentes definidos en el Anexo del Reglamento<sup>44</sup>.

40. El Anexo del Reglamento es el documento principal que contiene los cuadros con la información de las diferentes categorías de especialidades de obra para el Registro de Obras Mayores y Obras Menores, como también los requisitos de inscripción, las condiciones de capacidad económica, experiencia y el valor estimativo del contrato que determina cada categoría.
41. Cada registro particular, sea de Obras Mayores o de Obras Menores, está dividido en tres categorías, atendiendo principalmente a la experiencia que pueda acreditar el contratista respecto de la especialidad particular, pero también a su capacidad económica, calidad profesional y planta de personal profesional. Así, la relevancia de las categorías radica en que constituyen una medición y clasificación del nivel de experiencia y capacidad del contratista.
42. Adicionalmente, el Departamento de Registros de la Dirección General de Obras Públicas mantiene una hoja de vida de todos los contratistas inscritos, en la que se anotarán la calificación que obtenga el contratista en cada uno de sus contratos y, en especial, toda observación relativa al cumplimiento de los plazos, bases administrativas y especificaciones técnicas de cada obra y cualquiera otra observación que sirva para el efecto.
43. Se debe hacer presente que el H. Tribunal ha revisado las condiciones de competencias del Registro del MOP. En concreto, se pronunció respecto de una solicitud de recomendación normativa presentada por proveedores sobre condiciones reguladas en los artículos 41, 101 y 11 del Reglamento del MOP<sup>45</sup>.
44. Al respecto, el H. Tribunal estableció que la restricción para que empresas relacionadas puedan inscribirse simultáneamente en un mismo registro podría ser necesaria, pero que debía acotarse únicamente a la participación de

---

<sup>43</sup> Según lo establecido en el Anexo del Reglamento serían 22 registros particulares. No se divide en Obras Civiles y en Obras de Montaje como el Registro de Obras Mayores.

<sup>44</sup> Artículo 63 del Reglamento del MOP. La tabla de equivalencia puede verse en: Anexo del Reglamento, p. 17.

<sup>45</sup> Expediente RoL ERN N° 26-2018, Proposición de modificación normativa N°20/2020, TDLC.

empresas en una misma licitación, donde deberían siempre competir agentes económicos independientes<sup>46</sup>.

45. Además, recomendó determinar la definición de subcontrato o subcontratista y evaluar la pertinencia del límite máximo del 30% de subcontratación dispuesta en el Reglamento del MOP<sup>47</sup>. Sobre las restricciones y requisitos para la constitución de consorcios entre proveedores para la ejecución de obra pública, el H. Tribunal estableció que no recomienda su flexibilidad o apertura, debido a que no existen antecedentes que permitan descartar la existencia de riesgos unilaterales y coordinados producidos con motivo de la formación de consorcio<sup>48</sup>. Finalmente, el H. Tribunal recomendó un mecanismo temprano de resolución de conflictos entre el mandante y el adjudicatario de la obra<sup>49</sup>.

46. En síntesis, este H. Tribunal ha recomendado mejoras específicas que incidirían en una mayor participación de oferentes independientes en licitaciones de obras, y ha rechazado aquellas solicitudes que, por el contrario, podrían generar riesgos anticompetitivos. Estos mismos objetivos proponemos sean considerados en la determinación de ICG respecto de las licitaciones municipales, en este proceso.

### **3. Financiamiento propio y externo para la ejecución de obra pública municipal**

47. Otro factor relevante que se debe tener presente es que las municipalidades cuentan con diversas fuentes de financiamiento para el desarrollo de sus funciones, dentro de los cuales se distinguen los recursos propios y recursos externos. Los primeros, son los que ejecuta de forma autónoma en iniciativas de inversión de obra pública, y provienen de los Ingresos Propios Permanentes<sup>50</sup> y del Fondo Común Municipal<sup>51</sup>.

<sup>46</sup> Cons. 37, Proposición de modificación normativa N°20/2020, TDLC.

<sup>47</sup> Cons. 58, 59, 62 y 64, Proposición de modificación normativa N°20/2020, TDLC.

<sup>48</sup> Proposición de modificación normativa N°20/2020.

<sup>49</sup> Cons. 84, Proposición de modificación normativa N°20/2020.

<sup>50</sup> Los ingresos propios permanentes son los que genera la misma municipalidad para la gestión de su comuna a través de distintos mecanismos. Estos ingresos se componen por el impuesto territorial (contribuciones), los permisos de circulación de beneficio municipal, las patentes de beneficio municipal, etc.

<sup>51</sup> El Fondo Común Municipal es un sistema de reparto solidario que entrega recursos a los municipios en nuestro país, donde cada municipalidad del país entrega parte de sus recursos propios permanentes, que posteriormente se reparten según 4 criterios: partes iguales, nivel de pobreza, predios exentos de pago de contribuciones y cantidad de ingresos propios generados.

48. Los recursos externos son aquellos transferidos a los municipios por programas o proyectos ejecutados por los gobiernos regionales<sup>52</sup>, bajo la gestión, coordinación y supervisión del gobierno central a través de la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo (“**SUBDERE**”). En lo particular, corresponderá al gobernador regional asignar los recursos de los programas de inversión del gobierno regional, de los programas de inversión sectorial de asignación regional y aquellos que corresponda en virtud de transferencias de competencias<sup>53</sup>.
49. La distinción entre ingreso propio y externo de la municipalidad para el financiamiento de la ejecución de obra pública determinará, en mayor o menor medida, la intervención de los órganos de nivel central y regional en la administración del fondo, su asignación a cada proyecto municipal y los mecanismos de control físicos y financieros en la ejecución de éstos. En lo que interesa a este proceso, determina también qué variables de la licitación son efectivamente determinadas por la municipalidad licitante o vienen predefinidas por el programa que la financia, y cuál es el destino de los fondos remanentes en caso de que se adjudique por un monto menor al presupuesto disponible para el proyecto.
50. A continuación, se mencionarán los principales fondos de ingreso externo con los que las municipalidades financian sus proyectos de inversión de ejecución de obra pública: (i) el Fondo Nacional de Desarrollo Regional (“**FNDR**”); (ii) el Fondo Regional de Iniciativa Local (“**FRIL**”); (iii) el Programa de Mejoramiento Urbano y Equipamiento Comunal (“**PMU**”); y, (iv) el Programa de Mejoramiento de Barrios (“**PMB**”).

---

<sup>52</sup> Según el artículo 13 de la Ley N°19.175 Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, “*la administración superior de cada región del país estará radicada en un gobierno regional, que tendrá por objeto el desarrollo social, cultural y económico de ella*”. En el artículo 14 de este mismo cuerpo legal, se señala que “*en la administración interna de las regiones los gobiernos regionales deberán observar como principio básico, el desarrollo armónico y equitativo de sus territorios, tanto en aspectos de desarrollo económico, como social y cultural*”.

<sup>53</sup> Artículo 78 de la Ley N°19.175 Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional.

51. El FNDR<sup>54</sup>, principal financiamiento externo de los municipios, es administrado y forma parte del patrimonio de los gobiernos regionales<sup>55</sup>, destinado al *“desarrollo regional y compensación territorial, destinado al financiamiento de acciones en los distintos ámbitos de desarrollo social, económico y cultural de la región, con el objeto de obtener un desarrollo territorial armónico y equitativo”*<sup>56</sup>. De esta forma, el FNDR financia todo tipo de iniciativa de inversión de las municipalidades que requieran o no la ejecución de obra pública, para aspectos relacionados con educación, cultura, salud deporte, entre otras<sup>57</sup>.

52. Por su parte, el FRIL<sup>58</sup> tiene por objeto específico financiar la ejecución, mantención y conservación de proyectos de infraestructura comunal, que mejoren la calidad de vida de la población más pobre de la comuna. Este fondo se constituye de cuatro áreas de trabajo que pueden comprender ejecución de obra pública: servicios básicos, viabilidad, habilitación de servicios públicos y equipamiento comunitario. Las iniciativas de inversión municipal relacionadas con la ejecución de obra pública presentadas al FRIL, deberán ceñirse a los instructivos o bases que establezcan cada gobierno regional<sup>59</sup>.

---

<sup>54</sup> El marco regulatorio del FNDR es el siguiente: (i) Decreto Ley N°573 de 1974, que da origen al FNDR; (ii) artículo 104 de la Constitución Política de la República; (iii) Ley N°19.175, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional; (iv) Ley de Presupuestos. Partida: Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Gobiernos Regionales, de cada año; (v) Circular N°33, del Ministerio de Hacienda, de fecha 13 de julio de 2009; (vi) Circular N°33, del Ministerio de Hacienda, de fecha 23 de diciembre 2013; (vi) Normas, Instrucciones y Procedimientos de Inversión Pública – NIP.

<sup>55</sup> Artículo 69 letra f) de la Ley N° 19.175/93 Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional.

<sup>56</sup> Artículo 74 Ley N° 19.175 Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional.

<sup>57</sup> El FNDR se otorga por medio de un proceso de selección que realizan los gobiernos regionales, donde revisan y seleccionan las iniciativas de inversión presentadas por los municipios y otros órganos públicos. A saber, las etapas para esta selección son: (i) elaboración y formulación de la iniciativa por el órgano público participante; (ii) preselección o admisibilidad de iniciativas; (iii) evaluación técnico-económica de las iniciativas preseleccionadas; (iv) priorización de las iniciativas por parte del gobierno regional; y, (v) asignación presupuestaria al órgano público correspondiente, con la aprobación de la Contraloría General de la República y la Dirección de Presupuestos de Chile (“DIPRES”).

<sup>58</sup> El FRIL tiene su fuente legal en la Ley de Presupuestos del Sector Público, que cada año asigna al programa de inversión del Gobierno Regional, dentro del subtítulo 33 (Transferencias de Capital), ítem 03 (a otras entidades públicas), 125 (Asignación Municipalidades - Fondo Regional de Iniciativa Local).

<sup>59</sup> La regulación del FRIL establece que cada gobierno regional generará su propio reglamento para la operatividad del fondo, aprobando instructivos o bases que establezcan la metodología de distribución de los recursos entre comunas, los procedimientos de ejecución, la entrega de recursos, los mecanismos de rendición de gasto al gobierno regional y otros, que permitan la mejor utilización de los recursos. Véase, como ejemplo, la Resolución 117 que Aprueba el Reglamento del FNDR – FRIL para el Gobierno Regional de los Ríos.

53. En tercer lugar, otros tipos de ingreso externo utilizados regularmente por los municipios para financiar, entre otras cosas, las iniciativas de inversión de obra pública municipal son el PMU y el PMB. Ambos fondos son administrados por el gobierno central a través de la SUBDERE.
54. El PMU<sup>60</sup> es un programa de inversión pública que tiene por objetivo principal contribuir a mejorar la calidad de vida de la población pobre del país, mediante la disposición de infraestructura y equipamiento comunitario<sup>61</sup>. Así, los recursos del PMU se destinan principalmente a la ejecución de obra de construcción, reparación, mejoramiento, conservación, sedes sociales, canchas deportivas y gimnasio municipales, pavimentación de calles, pasaje y aceras, alumbrado público, plazas, entre otros.
55. La regulación del PMU establece que las municipalidades serán los ejecutores directos de los fondos, siendo además las “Unidades Técnicas” encargadas del desarrollo de los diferentes proyectos del programa, para lo cual, tendrán como principales obligaciones *“preparar las bases de licitación, llamar a propuesta pública, preparar los contratos y adjudicar previa conformidad del Gobernador, efectuar la inspección técnica de las obras y el seguimiento físico y financiero de los proyectos”*<sup>62</sup>.
56. Por otro lado, el PMB<sup>63</sup> tiene por objeto mejorar la calidad de vida de la población de más escasos recursos que habita en condiciones de marginalidad sanitaria, dando atención preferencial al mejoramiento de barrios y campamentos irregulares con déficit de servicios básicos. La regulación de este fondo dispone que *“una vez efectuadas las aperturas de propuestas, las Municipalidades procederán a adjudicar y celebrar los contratos correspondientes, previa autorización de la Subsecretaría [SUBDERE]”*<sup>64</sup>.

<sup>60</sup> Regulado en el Decreto N°946, del Ministerio del Interior del 1993. Este Programa permite la ejecución rápida de proyectos de inversión en infraestructura urbana menor, con la idea de colaborar en la generación de empleo y en el mejoramiento de la calidad de vida de la población local.

<sup>61</sup> El Programa de Mejoramiento Urbano y Equipamiento comunal tiene dos modalidades, el PMU tradicional y el PMU de emergencia.

<sup>62</sup> Artículo 8° del Decreto N°946 del Ministerio del interior del 1993: *“Art. 8 Los municipios cumplirán la función de ejecutores directos o mandantes, y de Unidades Técnicas en el desarrollo de los diferentes proyectos del programa. Para ello, tendrán como principales obligaciones las siguientes: preparar las bases de licitación, llamar a propuesta pública, preparar los contratos y adjudicar previa conformidad del Gobernador, efectuar la inspección técnica de las obras y el seguimiento físico y financiero de los proyectos”*.

<sup>63</sup> Regulado por el Decreto N°829 del Ministerio del Interior.

<sup>64</sup> Artículo 18 del Decreto N°829 del Ministerio del Interior.

57. Con posterioridad a la celebración del contrato, el control físico y financiero de la ejecución de la obra es del municipio<sup>65</sup>, sin perjuicio de la obligación de enviar periódicamente a la SUBDERE toda la documentación que compruebe “*los diversos pagos efectuados durante la ejecución de los proyectos*”<sup>66</sup>.

## **II. LIBRE COMPETENCIA Y LICITACIONES DE OBRA PÚBLICA: EXPERIENCIA NACIONAL**

58. Conforme se ha descrito en la sección precedente, si bien las licitaciones de obra pública, en general, y las municipales en particular, están sujetas a un marco regulatorio general contenido en la LOCM y en la LCP, su Reglamento y las directrices establecidas por ChileCompra y CGR, ésta normativa no es exhaustiva ni determina todo el contenido y variables de asignación que cada municipalidad puede establecer respecto de cada licitación, dejando amplio espacio para la discrecionalidad de cada municipio. Tampoco se exige una consistencia intertemporal respecto de licitaciones de una misma municipalidad ni respecto de obras del mismo tipo.

59. Esto explica que, históricamente, tanto las Comisiones Preventivas y Central y luego este H. Tribunal, hayan conocido y resuelto numerosos casos relacionados con licitaciones municipales, tanto via procedimientos contenciosos como no contenciosos. Incluso, para un grupo particular de licitaciones (sobre recolección y disposición de residuos domiciliarios) ya se han utilizado ICG como herramienta de prevención y protección de la libre competencia.

60. A continuación, se describe la jurisprudencia relevante en materia de protección de la libre competencia en licitaciones públicas, identificando aquellos lineamientos y criterios que son aplicables y relevantes para las licitaciones de obra municipal.

### **A. Ámbito de competencia y cumplimiento de la normativa de libre competencia en materia de licitaciones**

61. En materia de revisión de bases de licitación, el H. Tribunal ha delimitado su ámbito material de competencia, como también los sujetos pasivos obligados a cumplir la normativa de libre competencia.

<sup>65</sup> Artículo 20 del Decreto N°829 del Ministerio del Interior.

<sup>66</sup> Artículo 21 del Decreto N°829 del Ministerio del Interior.

62. En primer término, respecto de la materia, el TDLC ha resuelto que es competente para conocer de forma amplia y general, mediante procedimientos contenciosos o no contenciosos<sup>67</sup>, todos los actos de los agentes económicos, sin exclusión de órganos de la Administración del Estado y otras entidades públicas como las municipalidades, incluyendo aquellos que se refieran al diseño de bases de licitación<sup>68</sup>.
63. En particular, el H. Tribunal ha establecido que su competencia estará dada fundamentalmente respecto de la etapa de **diseño de las bases** de licitación, puesto que en ese momento se presenta la posibilidad objetiva de verse impedida, restringida o entorpecida la libre competencia<sup>69</sup>. Sobre este aspecto, la jurisprudencia ha indicado que, salvo casos excepcionales, la competencia del H. Tribunal cesaría con la aprobación de las bases, puesto que, luego de dicho acto administrativo, los asuntos controversiales dirán relación con la ejecución del contrato adjudicado y el respeto del principio de legalidad, para lo cual serían competentes el Tribunal de Contratación Pública y la CGR<sup>70</sup>.
64. Sin embargo, se destaca que la jurisprudencia reciente del H. Tribunal ha precisado que su ámbito de competencia no se limita por el hecho de haber concluido la etapa de diseño de las bases, y, por tanto, tampoco con su adjudicación, siempre cuando el objeto de revisión y pronunciamiento se enfoque en el diseño de las bases de licitación. Lo anterior, toda vez que *“los efectos de las bases de licitación impugnadas no se han agotado con la mera adjudicación de los derechos subastados”*<sup>71</sup>.
65. En relación con los sujetos obligados por la regulación, tanto este H. Tribunal como la Excma. Corte Suprema ha especificado que las normas de libre competencia son de orden público, que le son plenamente aplicables a todas las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, atendidos a que todas ellas concurren al mercado<sup>72</sup>. Se destaca que las licitaciones tienen la

<sup>67</sup> Cons. 5°, Resolución N° 61/2020, TDLC.

<sup>68</sup> Cons.4°, Resolución N° 61/2020, TDLC.

<sup>69</sup> Cons. 6° Resolución N° 61/2020; Cons. 13°, Sentencia N° 138/2014 TDLC.

<sup>70</sup> Sentencia N° 138/2014 TDLC; Sentencia N° 121/2012 TDLC.

<sup>71</sup> Sentencia 177/2021, considerando Decimoctavo, TDLC En el mismo sentido, el considerando decimoséptimo: *“Que, al respecto, del texto del artículo 3° del D.L. N° 211, se desprende que es posible demandar en esta sede hechos, actos o contratos que puedan contravenir la libre competencia, sea que éstos se hayan ejecutado, materializado o agotado, o se estén ejecutando. Lo relevante, en el caso de que el acto haya sido ejecutado, materializado o sus efectos se hayan agotado, es que la acción se impetre dentro del plazo de prescripción establecido en el artículo 20 de la misma norma legal”*.

<sup>72</sup> Excma. Corte Suprema, rol N° 61/2010, de 28 de enero de 2011, c. 6.

capacidad de afectar los mercados y su competencia, eliminando, reemplazando o incluso creando nuevos mercados, por lo que todos los actores intervinientes pueden ser afectados por su regulación<sup>73</sup>.

66. En definitiva y conforme a lo expuesto, los sujetos pasivos de la normativa de libre competencia, particularmente respecto de la materia referida a la revisión de las bases de licitación, son los potenciales oferentes<sup>74</sup>, el adjudicatario y la entidad licitante (institución pública o privada), que en este caso corresponderá a las municipalidades, directamente, así como indirectamente a los Gobiernos Regionales y la SUBDERE, cuando a través de sus programas de financiamiento incidan o intervengan en el diseño de las licitaciones ejecutadas por los municipios.

### **B. Afectación de la libre competencia y definición de mercados relevantes en licitaciones públicas**

67. En relación con la definición del mercado relevante en las licitaciones de obra pública, el H. Tribunal ha distinguido dos casos: (i) si la licitación se refiere a la contratación por parte del Estado de bienes o servicios (“competencia en la cancha”), el mercado se define en relación a las dimensiones del producto y geográficas dentro de las que se enmarcan las licitaciones en análisis; y (ii) si asigna un derecho y se confiere un monopolio o una posición dominante, donde la licitación reemplaza la competencia posterior (“competencia por la cancha”), el mercado se define, en general, de forma más acotada<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> Sentencia N° 118/2012, c. 6°, TDLC.

<sup>74</sup> Véase: Sentencia N° 112/2011 TDLC, confirmada por la Excm. Corte Suprema en Rol 6874-2011; Sentencia N° 165/2018 TDLC, modificada por la Excm. Corte Suprema en Rol 278/2019.

<sup>75</sup> Sentencia N° 168/2019, c. 10°, TDLC: “Que, en el contexto de una licitación pública, para efectos de delimitar el mercado relevante en la dimensión del producto, es necesario dilucidar cómo actuó el SS Osorno cuando convocó a las Licitaciones Puerto Octay y Río Negro. En este caso, se debe determinar si, en su calidad de organismo de la administración del Estado, la Demandada actuó como un agente económico, esto es, como demandante de bienes o servicios, o bien, como un ente regulador que asigna derechos o recursos escasos, reemplazando la competencia en el mercado por competencia por el mercado para que el adjudicatario sirva un mercado de manera monopólica por un período de tiempo. En el primer caso, el mercado relevante involucrado será aquel en el que inciden los bienes o servicios licitados (considerandos 27 y siguientes, Sentencia N° 114/2011); mientras que, en el segundo, el mercado relevante será precisamente la licitación (considerando 10, Sentencia N° 138/2014)”. Recuperado de: [https://www.tdlc.cl/nuevo\\_tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia\\_168\\_2019-1.pdf](https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_168_2019-1.pdf) [Fecha de consulta: 12 de marzo de 2021]. En similar sentido: H. Tribunal, Resolución N°58/2019, c. 27°: “en el contexto de una licitación pública, cuando es el Estado quien actúa como un agente económico, esto es, como demandante de bienes o servicios, el mercado relevante es aquel al cual pertenecen dichos bienes o servicios licitados”. Recuperado de: [https://www.tdlc.cl/nuevo\\_tdlc/wp-content/uploads/2019/12/Resolucion\\_58\\_2019.pdf](https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/2019/12/Resolucion_58_2019.pdf) [Fecha de consulta: 12 de marzo de 2021].

68. En el primer caso, cuando el Estado es demandante de bienes o servicios, la jurisprudencia ha indicado que *“el mercado relevante es aquel al cual pertenecen los bienes o servicios licitados”*<sup>76</sup>. De igual forma, ha establecido que para determinar si se puede ver afectada la libre competencia, el órgano público: (i) debe contar con un poder de compra en el mercado relevante del producto, pudiendo negociar precios, condiciones o volúmenes de compra distintos a los que existirían en una situación de competencia; (ii) debe abusar de su poder de compra, actuando de forma arbitraria o discriminatoria y alternado el proceso competitivo del mercado al que se refiere la licitación; y (iii) que las exigencias que incluya en las bases de licitación no cuenten con justificaciones objetivas ni razonables<sup>77</sup>.
69. En relación con el poder de compra, la jurisprudencia ha precisado que para su verificación se deben cumplir tres condiciones copulativas: (i) una participación de mercado significativa de la parte compradora o licitante; (ii) barreras al ingreso de otros compradores o a la expansión de los ya existentes; y, (iii) un bajo nivel de la elasticidad precio de la oferta, para los proveedores u oferentes del mercado relevante<sup>78</sup>.
70. En el segundo caso, cuando el órgano público confiere un monopolio o una posición dominante, la jurisprudencia ha definido que el mercado relevante corresponde a la licitación misma<sup>79</sup>. Al respecto, el H. Tribunal ha destacado la necesidad de resguardar dos ámbitos de competencia: (i) las condiciones de competencia en la licitación (competencia ex ante), que tiene por finalidad asegurar la mayor cantidad de oferentes y la asignación óptima de recursos; y (ii) las condiciones de competencia en la provisión del servicio a los usuarios por parte del concesionario (competencia ex post)<sup>80</sup>.
71. Los lineamientos jurisprudenciales que serán expuestos a continuación pueden extenderse para ambos tipos de licitaciones, es decir, tanto en caso de que el municipio contrata servicios de construcción como cuando conjuntamente asigna la construcción de una obra y concede su administración. En este último caso, el H. Tribunal también ha establecido

<sup>76</sup> Resolución N° 58/2019, cons. 27, TDLC.

<sup>77</sup> Resolución N° 71/2022, TDLC.

<sup>78</sup> Sentencia N° 184/2022, cons. 88 y Resolución 71/2022, cons. 34, TDLC.

<sup>79</sup> Sentencia N° 114/2011, cons. Trigésimo, TDLC.

<sup>80</sup> Informe TDLC N° 18/2020 e Informe N° 11/2014.

lineamientos particulares relacionados con evitar futuros abusos del concesionario, en atención a que el órgano público confiere un monopolio o una posición dominante.

72. Debe aclararse que la finalidad preventiva y de promoción de la competencia que orienta la dictación de ICG por este H. Tribunal hace que sea innecesaria una definición precisa de mercados relevantes o la determinación del poder de compra que pueda tener una municipalidad -o el conjunto de ellas- respecto de ciertas obras pues, a diferencia de la jurisprudencia citada, en este proceso no se busca identificar o corregir posibles conductas anticompetitivas.

73. Por el contrario, los objetivos consisten en mejorar las condiciones de competencia en cada licitación municipal, lo que trae beneficios tanto porque se incrementa la desafiabilidad de incumbentes como porque se logra una asignación más eficiente de los recursos públicos, además de los efectos de prevención general, al eliminar o mitigar riesgos de conductas anticompetitivas.

### **C. Lineamientos y criterios jurisprudenciales aplicables a la licitación de obra pública**

74. Según ha definido el H. Tribunal, el examen de las bases de licitación tiene por finalidad “*velar porque las condiciones de competencia ex ante aseguren que la ausencia de rivalidad expost se traduzca de todos modos en las más eficientes condiciones de prestación del servicio en términos de precio, cantidad y calidad ofrecidas*”<sup>81</sup>. Para la observancia de estos aspectos, la jurisprudencia ha establecido lineamientos aplicables a las licitaciones públicas que tienen por finalidad el “*mantenimiento de mínimas condiciones de rivalidad*”<sup>82</sup>.

75. La jurisprudencia precisa que se prohíbe cualquier mecanismo o actuación en el proceso y diseño de bases que: (i) manifiestamente faciliten la colusión de otros agentes económicos; (ii) limiten injustificadamente la competencia mediante las condiciones contenidas en dichas bases; y, (iii) establezcan injustificadamente condiciones para que se produzca un potencial abuso de dominancia luego de la licitación. En complemento, esta Fiscalía ha agregado como objetivo deseable que las bases establezcan resguardos para asegurar

<sup>81</sup> Sentencia N° 138/2014, cons. 14, TDLC.

<sup>82</sup> Sentencia 177/2021 y Sentencia 138/2014, TDLC.

la correcta fiscalización del funcionamiento de la concesión y reducir las asimetrías de información con el concesionario<sup>83</sup>.

76. En orden a lo anterior, se hará referencia a algunos aspectos sobre los cuales se ha pronunciado la jurisprudencia en los acápite siguientes: (1) las bases deben fomentar la mayor participación posible de oferentes en la licitación; (2) las bases de licitación deben evitar la colusión entre agentes económicos; (3) las bases deben evitar futuros abusos del concesionario; y (4) las bases deben incluir buenas prácticas y resguardos generales en su elaboración.

### **1. Las bases deben fomentar la mayor participación posible de oferentes en la licitación**

77. Para incentivar la participación de una mayor cantidad de oferentes en las licitaciones, el H. Tribunal se ha pronunciado sobre la metodología o modelos de evaluación de las bases de licitación, y, en particular, respecto de las condiciones exigidas para ciertos factores de valoración que son los usualmente requeridos por las Municipalidades para la adjudicación.

78. Asimismo, respecto del diseño de las bases de licitación y la determinación de las variables del proceso de contratación, esta Fiscalía ha promovido evitar los requisitos o exigencias que constituyan un obstáculo o barrera que limite, retarde o impida la participación de actores interesados en participar de una licitación y prevenir el riesgo de que los oferentes manipulen la licitación o incurran en actos anticompetitivos<sup>84</sup>.

79. A continuación, se mencionarán los criterios que la jurisprudencia en materia de libre competencia ha establecido sobre lo anterior.

#### **a. Etapa previa de admisibilidad y evaluación de estándares mínimos**

80. Para mejorar los incentivos de los oferentes para participar en licitaciones públicas, el H. Tribunal ha ordenado que determinados factores de las ofertas sean evaluados en una primera etapa de admisibilidad, sin asignarles un

<sup>83</sup> Además de este, los objetivos anteriores también son recogidos por la FNE en su “Guía para la elaboración de bases de licitación de terminales terrestres interurbanos”.

<sup>84</sup> FNE. Compras públicas y Libre Competencia. Material de Promoción N° 1, abril 2011, p. 14. Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/11/Material-de-Promocion-1-Compras-publicas-Abr2011.pdf>

puntaje o nota para su posterior ponderación<sup>85</sup>, sino que sólo por medio de la verificación de un estándar mínimo exigido para participar en la licitación Este esquema de evaluación -asociado al “modelo de dos etapas”- ha sido desarrollado principalmente para ser considerado respecto de los aspectos técnicos de la oferta y características de los oferentes (experiencia, comportamiento económico y laboral anterior del oferente, aspectos administrativos)<sup>86</sup>.

81. Cabe hacer presente que el estándar debe ser el mínimo necesario para asegurar una calidad suficiente del servicio a prestar, pues en caso contrario, se estarán limitando los potenciales oferentes de forma injustificada.
82. En concordancia con lo anterior, en cuanto al factor de evaluación de la oferta económica, la jurisprudencia ha indicado que debe ser el criterio preponderante en la etapa de adjudicación de la oferta<sup>87</sup>, al igual que esta Fiscalía, que destaca la necesidad de que en las licitaciones prime la variable precio<sup>88</sup> para incentivar mayores grados de competencia en estos procesos.

#### **b. Plazos para presentar las ofertas**

83. Este H. Tribunal se ha pronunciado sobre el plazo que deben fijar las bases de licitación para la presentación de ofertas<sup>89</sup>, por el posible riesgo de que un tiempo escaso para la preparación de propuestas genere una baja participación de oferentes<sup>90</sup> y beneficios a los incumbentes.
84. Así, el plazo para presentar ofertas y para iniciar la prestación del servicio conforme a la Bases debe ser razonable y proporcional a la magnitud del contrato de concesión, de modo tal que permita a los oferentes preparar

<sup>85</sup> Cons. 73 y Condición Tercera, Resolución N° 63/2021 TDLC. En igual sentido, esta Fiscalía ha esgrimido que para aumentar la participación de oferentes, se debe mejorar el diseño de bases de licitación respecto de la evaluación, promoviendo limitar la variedad de criterios de evaluación y puntuación de ellos (FNE. Informe Estudio de Compras Públicas, p. 191).

<sup>86</sup> Resolución N° 63/2021 y Resolución N° 66/2021, TDLC.

<sup>87</sup> Resolución N° 66/2021, TDLC.

<sup>88</sup> FNE. Compras públicas y Libre Competencia. Material de Promoción N° 1, abril 2011, p.17. Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/11/Material-de-Promocion-1-Compras-publicas-Abr2011.pdf>

<sup>89</sup> Cons. 83, Resolución N° 66/2021, TDLC.

<sup>90</sup> En el mismo sentido, esta Fiscalía: “Finalmente, como en toda licitación, variables como el plazo que se entrega para participar o el tamaño del contrato influirán para atraer a más competidores, y sugerimos optar por tiempos y tamaños que permitan maximizar el número de participantes (esto es, aumentar los plazos y el tamaño del contrato)” (Estudio de Compras Públicas, p.23).

adecuadamente sus ofertas y luego permita cumplir adecuada y oportunamente el contrato, lo que se debe determinar considerando la complejidad de la obra licitada o servicio a prestar y otorgando tiempo suficiente para evaluar económica y financieramente el proyecto, hacer las cotizaciones necesarias, hablar con eventuales contratistas y/o personal que se requiera contratar, obtener los insumos requeridos, entre otros.

85. En caso de modificaciones a las Bases, deberá ampliarse el plazo para presentar ofertas por un número de días suficiente para la adecuación de los proyectos y modelos de negocios de los oferentes, según la entidad de las modificaciones<sup>91</sup>.

### **c. Oferta técnica y plan de inversión**

86. Según se adelantó, el H. Tribunal ha establecido que las bases deben definir los estándares técnicos, de experiencia y las exigencias de índole administrativa como un requisito de admisibilidad de la oferta, es decir, como un requisito mínimo y objetivo para participar, sin asignarle puntaje en la evaluación<sup>92</sup>.

87. A juicio del H. Tribunal, los diseños de bases de licitación que evalúan el plan de inversión en la oferta técnica, asignando un mejor puntaje al mayor monto ofrecido por el oferente, *“pueden generar efectos nocivos en la licitación, pues el proyecto más costoso no necesariamente será efectivamente el más idóneo”*<sup>93</sup>. En este sentido, el H. Tribunal ha precisado que las bases de licitación deben detallar los estándares de calidad mínimos y objetivos que requiera al plan de mejoras<sup>94</sup>. Así, no será suficiente con exigir una propuesta de inversión libre al proponente, sino que las bases deben especificar el tipo de mejoras específicas<sup>95</sup>, de manera que la competencia entre oferentes se dé

<sup>91</sup> FNE. Guía para la elaboración de bases de licitación pública de terminales terrestres interurbanos (2022). pág. 10.

<sup>92</sup> Cons. 73 y Condición Tercera, Resolución N° 63/2021 TDLC; Cons. 53 y 73, Condiciones Segunda y Tercera, Resolución N° 63/2021 TDLC.

<sup>93</sup> Cons. 114, Resolución N° 66/2021. El H. Tribunal destaca que el mayor puntaje asociado al mayor monto de inversión incentiva la presentación de ofertas abultadas, respecto de las cuales el eventual adjudicatario se verá en la necesidad de solicitar renegociaciones, encareciendo a la larga la ejecución del proyecto. Asimismo, puede dar ventaja a los oferentes que cuentan con mayor financiamiento, en perjuicio de otros participantes que pueden ser igualmente eficientes.

<sup>94</sup> Resolución N° 63/2021, TDLC.

<sup>95</sup> Cons. 113, Resolución N° 66/2021: Por ejemplo, el detalle del tipo de obra de ser en un monto de dinero o en obras concretas, además de informar sus fechas de entregas. En caso de que se

en factores que efectivamente logren los objetivos públicos buscados por el ente licitante, sin incurrir en inversiones innecesarias o excesivas.

#### **d. Oferta económica preponderante y reserva de su máximo valor**

88. Según se señaló previamente, tanto la jurisprudencia como esta Fiscalía han argumentado que las bases de licitación deben establecer que la oferta económica sea el factor preponderante para determinar la adjudicación de la licitación<sup>96</sup>. Al respecto, se debe destacar que para licitaciones de servicios se ha resuelto que la evaluación de la oferta económica debe centrarse únicamente en el menor precio a pagar por la prestación de este, con el objeto de que los oferentes compitan por lograr menores costos (ofertas económicas más bajas y eficientes)<sup>97</sup>.

89. Adicionalmente, para lograr lo anterior, el presupuesto disponible o el valor máximo de una licitación debe ser reservado, para efectos de incentivar que se compita por disminuir los costos de los proyectos y no por maximizar los pagos disponibles<sup>98</sup>.

#### **e. Experiencia y patrimonio exigido al oferente**

90. Según se expuso, la jurisprudencia ha indicado que la experiencia del ofertante debe ser valorada para admitir su participación en el proceso de licitación y no como un factor de adjudicación<sup>99</sup>. Asimismo, conforme a los lineamientos que ha proporcionado la OCDE en esta materia, el H. Tribunal ha resuelto que no se debe asignar puntaje a la cantidad de años de experiencia, sino que bastará con exigir una cantidad de años mínimo para verificar el cumplimiento del criterio<sup>100</sup>. Asimismo, ha destacado que no se debe exigir una experiencia reducida a un tipo de actividad o rubro<sup>101</sup>, sino que es posible considerar también experiencia en otros análogos.

---

especifique un monto, la jurisprudencia ha indicado que este deberá estar relacionado con algún costo específico del que se tenga antecedente

<sup>96</sup> Resolución N° 63/2021 y N° 66/2021, TDLC.

<sup>97</sup> Cons. 114 y 115, Informe N°31/2022, TDLC.

<sup>98</sup> FNE. Informe de Estudio Compras Públicas, p. 242; Cons. 18.1 y 32, Resolución N° 58/2019.

<sup>99</sup> Cons. 60, Resolución N° 63/2021, TDLC.

<sup>100</sup> Cons. 59, Resolución N° 63/2021; Cons. 90, Resolución N° 66/2021, TDLC.

<sup>101</sup> Cons. 63, Resolución N°63/2021; Cons. 90, Resolución N° 66/2021; Cons. 55, Sentencia N° 77/2008, TDLC.

91. En relación con el patrimonio o capacidad económica del oferente, el H. Tribunal ha establecido que las bases de licitación no deben constituir un desincentivo a la entrada de interesados en participar, ni beneficiar arbitrariamente a algunos agentes económicos respecto de otros<sup>102</sup>, por lo que también debe evitarse calificar con puntaje este factor.

#### **f. Evaluación del comportamiento económico y laboral anterior**

92. En relación con la valoración del comportamiento económico y laboral anterior de la empresa, la autoridad de competencia igualmente ha estimado que ambos conceptos -y su soporte en antecedentes- debe verificarse en una primera etapa de admisibilidad<sup>103</sup>, sin asignación de puntaje<sup>104</sup>.

93. Por ejemplo, el H. Tribunal ha sostenido que el informe Equifax o similar puede ser requerido para acreditar el comportamiento crediticio del oferente, sin embargo, estos documentos se evaluarán en la etapa de presentación de antecedentes, con una calificación mínima para la admisibilidad de la oferta que sea proporcional a su magnitud y a los riesgos financieros involucrados. De esta forma, los potenciales participantes que no cumplan con la calificación mínima no podrán presentar ofertas, o bien, serán declaradas inadmisibles<sup>105</sup>.

94. Luego, con respecto a la valoración del comportamiento laboral del oferente, la jurisprudencia ha expresado que no debe asignarse nota específica, sino que deben exigirse estándares mínimos y objetivos de cumplimiento de la normativa laboral, como por ejemplo: *“prohibir la participación de entidades que registren multas por un determinado monto, o que hayan sido vencidas, por sentencia firme y ejecutoriada, en juicios laborales en los últimos dos años, u*

<sup>102</sup> Recomendación N°10, Informe N°18/2020.

<sup>103</sup> Cons. 75, 76 y 78, Resolución 63/2021, TDLC; FNE, Guía para la elaboración de bases de licitación pública de terminales terrestres interurbanos (2022), p. 10.

<sup>104</sup> Ahora bien, se debe mencionar que el H. Tribunal ha estimado redundante y una restricción innecesaria evaluar el comportamiento económico y laboral anterior en los casos que, además, se requiera a los oferentes la emisión de una boleta de garantía de seriedad de la oferta y fiel cumplimiento del contrato, puesto que tendrían por finalidad establecer un resguardo similar. Ver Cons. 76, Resolución 66/2021: *“Este Tribunal considera que la evaluación económica-comercial, tal como se define en las Bases, podría constituir una restricción innecesaria de la competencia por la cancha, toda vez que ya se exigen otros antecedentes que tienen por finalidad asegurar la prestación del servicio, como la obligación de emitir boletas de garantía de seriedad de la oferta y de fiel cumplimiento del contrato”*.

<sup>105</sup> Cons. 76, Resolución 63/2021, TDLC.

*otras causas que la Municipalidad considere relevantes y que deben ser especificadas taxativamente en las Nuevas Bases de licitación*<sup>106</sup>.

### **g. Garantías solicitadas**

95. En general, las Bases consideran garantías para asegurar la seriedad de la oferta, el fiel y oportuno cumplimiento del contrato y la correcta ejecución de obras. Al respecto, la jurisprudencia ha considerado que estas deben ser proporcionales al proyecto licitado<sup>107</sup> y que constituyen mecanismos adecuados para evitar la presentación de ofertas temerarias.

### **2. Las bases de licitación deben evitar la colusión entre agentes económicos**

96. Con el objeto evitar la colusión entre los participantes, la jurisprudencia ha expresado que se debe evitar cualquier mecanismo o actuar del ente licitante que manifiestamente facilite la colusión de otros agentes económicos participantes.

97. En este sentido, el H. Tribunal refiere que -según recomendaciones de la OCDE<sup>108</sup>- es indispensable limitar la comunicación entre los intervinientes en la etapa de presentación de ofertas, constituyendo un riesgo para la libre competencia las instancias donde se reúna de forma simultánea a los oferentes que participan o participarán en una licitación. Por lo anterior, en oportunidades anteriores, esta Fiscalía ha promovido el contacto cero entre oferentes<sup>109</sup>.

### **3. Las bases deben evitar futuros abusos del concesionario**

98. Importa considerar que las licitaciones de obra pública pueden o no incluir la posterior concesión del bien construido. Al respecto, la jurisprudencia en libre competencia ha establecido criterios específicos para resguardar la

<sup>106</sup> Cons. 78, Resolución 63/2021, TDLC.

<sup>107</sup> Cons. 140, Informe N° 18/2020 FNE.

<sup>108</sup> Para este respecto, la resolución N°66/2021 del TDLC, cita la siguiente referencia: (OCDE (2012), Recomendaciones del Consejo OCDE para combatir la colusión en la contratación pública, p. 9. Recuperado de: <https://www.oecd.org/daf/competition/Recomendacion-del-Consejo-OCDE-para-combatir-la-colusion-en-contratacion-publica.pdf>.

<sup>109</sup> FNE. Guía para la elaboración de bases de licitación pública de terminales terrestres interurbanos (2022). p. 3.

competencia en este último caso, particularmente cuando la concesión califique como un monopolio u otorgue una posición dominante.

**a. El menor índice tarifario del bien concesionado como principal variable de adjudicación**

99. Como se señaló, el H. Tribunal ha indicado que las bases de licitación deben distinguir requisitos técnicos y administrativos para admitir ofertas, y considerar la mejor oferta económica para adjudicarla<sup>110</sup>. En esta línea, para los casos en que la licitación de una concesión sea respecto de un monopolio o un insumo necesario para otros servicios de terceros, la jurisprudencia ha destacado que la única variable de adjudicación debe ser el menor índice tarifario que se fije para cobrar a los consumidores finales o usuarios<sup>111</sup>. Asimismo, ha resuelto que el único criterio para dirimir un empate es la presentación de una nueva oferta que mejore la anterior, con un menor índice tarifario<sup>112</sup>.

100. Al respecto, se ha destacado la importancia de no asignar mayor puntaje o premiar con alguna preferencia en la licitación a quien quiera o pueda gastar más, bajo la expectativa de recuperarlo durante la concesión<sup>113</sup>. Sobre esto, el H. Tribunal ha resuelto que se debe eliminar como variable de adjudicación de la oferta económica los mayores pagos que se realicen a la Municipalidad por concepto de pago anual (fijo o variable) y aportes al desarrollo comunal<sup>114</sup>, puesto que, asignar mejor puntuación a altas rentas tendrá como consecuencia la presentación de ofertas económicas que tengan como objetivo recuperar dichos pagos, en perjuicio de los usuarios de la concesión, y finalmente, de los consumidores<sup>115</sup>.

<sup>110</sup> Cons. 53, 55 y 56, Resolución N° 63/2021, TDLC.

<sup>111</sup> Cons. 99, Resolución 66/2021, TDLC. En el mismo sentido, la FNE en el informe Rol NC N° 462-20, a folio 7, pág. 34.

<sup>112</sup> Cons. 101, Resolución N°66/2021, TDLC.

<sup>113</sup> FNE. Guía para la elaboración de bases de licitación pública de terminales terrestres interurbanos (2022). pág. 4.

<sup>114</sup> Cons. 105, letra a), Resolución N° 66/2021, TDLC.

<sup>115</sup> Cons. 43, Resolución N°63/2021, TDLC.

101. Luego, importa mencionar que la jurisprudencia ha establecido criterios específicos para la fijación de la renta fija<sup>116</sup> y renta variable<sup>117</sup> que puede obtener la entidad licitante de una concesión. Se destaca que cualquier cobro adicional debe estar estipulado en las bases de licitación y ser conocidos por todos los interesados<sup>118</sup>.

**b. Reglamento interno de operación del bien o servicio concesionado**

102. El H. Tribunal ha expresado que el principal objetivo del reglamento interno es establecer criterios generales, orientados a dar acceso igualitario y no discriminatorio al bien licitado en concesión. Será la entidad licitante quien deba generar dicho reglamento y someterlo a consulta pública, para efectos de que se encuentre aprobado en forma previa a la adjudicación y sea vinculante. Dicho reglamento debe ser público y estar a libre disposición de cualquier interesado durante el funcionamiento de la concesión<sup>119</sup>.

**4. Resguardos y buenas prácticas generales para la elaboración de las bases que incentivan la participación de oferentes**

103. Las autoridades de competencia han desarrollado criterios y consideraciones generales para el diseño de las bases de licitación para promover la participación de mayor cantidad de oferentes. Algunos se relacionan con consideraciones concretas que se deben tener presente para la elaboración de las bases, mientras que otras son buenas prácticas que entregan confianza y

<sup>116</sup> En cuanto a la renta fija, la jurisprudencia ha indicado que para su cálculo se deberá considerar como insumo el valor económico de los activos entregados en concesión, para lo cual se deberá requerir la asesoría de un tasador independiente (Cons. 46, Resolución N° 63/2021; Cons. 108, Resolución 66/2021; Cons. 102, Informe N°18/2020 TDLC.). En caso de existir dudas respecto de la tasación, el Tribunal ha resuelto que la Municipalidad debe contratar un segundo tasador independiente y que luego estará obligada a optar por aquella de menor valor (Cons. 109, Resolución N° 66/2021, TDLC).

<sup>117</sup> Luego, en caso de establecer una renta variable, esta Fiscalía ha estimado que debe corresponder a un porcentaje justificado en los ingresos (FNE. Guía para la elaboración de bases de licitación pública de terminales terrestres interurbanos (2022). p. 5). Por su parte, la jurisprudencia manifiesta que esta no podrá ser superior al 12% de los ingresos brutos obtenido por la explotación del bien la concesión el año anterior. Finalmente, destaca que cualquier pago que se establezca en las bases de licitación debe estar justificado en costos o en el valor del bien entregado en concesión (Cons. 85 a 88 y Condición Segunda, Resolución N° 66/2021 TDLC; Cons. 109, Informe N°18/2020, TDLC).

<sup>118</sup> Cons. 85 a 88 y Condición Segunda, Resolución N° 66/2021, TDLC.

<sup>119</sup> Cons. 87, Resolución N° 63/2021; Cons. 133, Resolución N° 66/2021; Cons. 152 y siguientes, Informe N°18/2020 TDLC.

transparencia a los participantes en el proceso de licitación, reduciendo así los riesgos de participar en él.

**a. Recomendaciones de conducta funcionaria para el resguardo de la competencia**

104. Para un adecuado diseño de bases de licitación, se ha establecido que la entidad licitante debe estudiar con detención el proceso de contratación que realizará, particularmente, estableciendo las definiciones básicas relacionadas con el objeto y fin del contrato a licitar (qué comprar, cuándo hacerlo, diseño de bases en una o dos etapas, cuál criterio de adjudicación utilizar)<sup>120</sup>.

105. Asimismo, para efectos de reducir las asimetrías de información entre el ente licitante y los oferentes, se ha recomendado realizar de forma previa un análisis cuidadoso de las necesidades<sup>121</sup> y las definiciones de mercados. Se debe conocer la cantidad y las cualidades de los oferentes para diseñar las bases<sup>122</sup>, puesto que, además de que ayudará a lograr una licitación y contratación más eficiente, permitirá no excluir a oferentes que cuenten con las cualidades suficientes para desarrollar los proyectos<sup>123</sup>. Para ello, se recomienda realizar consultas a los diferentes actores del mercado de la licitación, dependiendo la complejidad y tamaño de esta<sup>124</sup>.

106. Por último, se promueve que la entidad licitante se informe y haga seguimiento a las licitaciones pasadas, identificando a los oferentes que han perdido constantemente, para detectar errores y rectificarlos en las nuevas licitaciones<sup>125</sup>.

<sup>120</sup> FNE. Guía para la elaboración de bases de licitación pública de terminales terrestres interurbanos (2022). p. 13.

<sup>121</sup> FNE. Informe Estudio Compras Públicas, p. 131-132.

<sup>122</sup> FNE. Informe Estudio Compras Públicas, p. 130 y ss.

<sup>123</sup> Sobre esto, se indica que: “Si las asimetrías de información no están resueltas o aminoradas al momento de la apertura del proceso, puede ocurrir que: (i) Las especificaciones impuestas por el comprador limiten la participación de otros oferentes, por medio de la incorrecta definición del mercado relevante; (ii) Proveedores no se enteren de que sus bienes o servicios sí cumplen con lo requerido y por tanto no presenten ofertas; y (iii) Que los proveedores potenciales no estén enterados de las capacidades de provisión de sus competidores respecto del objeto de compra. Dichas limitantes, tanto por el lado de la demanda como por el de la oferta, pueden disminuir la competitividad del proceso, sobre todo para bienes o servicios complejos que demanden un conocimiento acabado del mercado para ambos agentes” (FNE. Informe Estudio Compras Públicas, p. 135 y 136).

<sup>124</sup> FNE. Guía para la elaboración de bases de licitación pública de terminales terrestres interurbanos (2022). p. 16.

<sup>125</sup>FNE. Compras públicas y Libre Competencia. Material de Promoción N° 1, abril 2011, p. 17.

**a. Evitar la discrecionalidad y entregar información clara, idónea y suficiente a los oferentes**

107. La jurisprudencia ha establecido que las bases de licitación no pueden incluir criterios de evaluación que otorguen a la entidad licitante un alto grado de discrecionalidad para desestimar o declarar inadmisibles las ofertas<sup>126</sup>. En la misma línea, los motivos por los cuales pueda declarar desiertas las licitaciones deben ser claros y acotados.

108. El Tribunal estima que las estipulaciones vagas atentan contra la libre competencia *ex ante*, puesto que, al no especificar su contenido, generan un alto riesgo para el ofertante al dar espacio para arbitrariedades al ente licitante, desincentivando la participación de los interesados. Estas consideraciones han sido compartidas por esta Fiscalía<sup>127</sup> y la Excma. Corte Suprema<sup>128</sup>.

109. Por el contrario, la jurisprudencia ha destacado que las bases de licitación deben ser claras y explícitas respecto del servicio que se licita y su objeto, con el fin de incentivar la participación, puesto que condiciones claras generan certeza y predictibilidad a los oferentes<sup>129</sup>.

110. En el mismo sentido, esta Fiscalía ha estimado que, las bases de licitación deben establecer que la entidad licitante tiene la obligación de contar con directrices y oportunidades para la entrega de información de forma clara, idónea, suficiente, objetiva, transparente y no discriminatoria a los oferentes en el proceso de licitación. Asimismo, para el tiempo de presentación de ofertas, las bases deberán contemplar un periodo de consultas, aclaraciones y respuestas donde se pueda manifestar el oferente de forma anónima<sup>130</sup>, además del deber de responder las interrogantes de los oferentes dentro de un tiempo razonable, considerando las complejidades del proyecto que se licita<sup>131</sup>.

<sup>126</sup> Cons. 163, Informe N° 29/2022, TDLC.

<sup>127</sup> FNE. Guía para la elaboración de bases de licitación pública de terminales terrestres interurbanos (2022), p. 10.

<sup>128</sup> Excma. Corte Suprema, Cons. 9, Sentencia Rol 7796-2009, de 27 mayo 2009.

<sup>129</sup> Cons. Sexto e instrucción N°2º, ICG N° 1/2006.

<sup>130</sup> Recomendación N°9, Informe N°18/2020 TDLC.

<sup>131</sup> FNE. Guía para la elaboración de bases de licitación pública de terminales terrestres interurbanos (2022), p. 11.

## **b. Evitar las cláusulas abusivas en el contrato que desincentiven la presentación de ofertas**

111. El H. Tribunal se ha pronunciado respecto de cláusulas contractuales abusivas que, además de desincentivar la participación de oferentes, afectan principios generales del derecho que deben ser atendidos.
112. Así, por ejemplo, conforme ha desarrollado el H. Tribunal, las cláusulas de las bases de licitación que establezcan la renuncia anticipada de derechos de los oferentes -como la acción o reclamación en contra de la entidad licitante en caso de que declare inadmisibile la oferta<sup>132</sup>- son abusivas y contrarias a la libre competencia<sup>133</sup>.
113. Asimismo, se consideran igualmente abusivas, aquellas cláusulas que disponen la facultad de la entidad licitante de poner término unilateral al contrato licitado a su solo arbitrio o sin expresión de causa<sup>134</sup>.
114. Luego, el H. Tribunal desaprueba el establecimiento como requisito, para poder reclamar una multa cursada, el pago previo de la misma, pues ello infringiría las garantías generales del debido proceso<sup>135</sup> y, a su vez, desincentiva la participación en las licitaciones. Por último, respecto del establecimiento de multas asociadas al incumplimiento del oferente, el H. Tribunal estima adecuado incluir sanciones distintas al término anticipado del contrato, que disuadan eficazmente al adjudicatario y que guarden relación con la entidad o tipo de incumplimiento específico<sup>136</sup>. Con todo, para el caso de que se estipule como medida el término anticipado y unilateral del contrato, la jurisprudencia estima que se deben indicar las causales de forma clara, objetiva y razonable<sup>137</sup>.

## **c. Monto del reembolso por elaboración de estudios preliminares**

<sup>132</sup> Recomendación B.1, Informe N°31/2022.

<sup>133</sup> Cons. Vigésimo, ICG N°3/2013. Lo anterior, sin perjuicio de que las normas de derecho público son irrenunciables, por lo que además corresponde a una cláusula que en la práctica es anulable. Cons. Cuarto, ICG N° 1/2006.

<sup>134</sup> Cons. Cuarto, ICG N° 1/2006.

<sup>135</sup> Cons. 144 y 146, Informe N° 18/2020.

<sup>136</sup> Cons. 144 y 1446, Informe N° 18/2020.

<sup>137</sup> Cons. 185, Informe N° 31/2023.

115. El TDLC ha establecido que las bases de licitaciones de obra pública que se realizan en el marco de la Ley N°19.865 que aprueba el Sistema de Financiamiento Urbano Compartido, deben ser transparentes respecto del monto de reembolso que le corresponde al proponente del proyecto en caso de no resultar adjudicatario<sup>138</sup>, para efectos de no desincentivar la presentación de propuestas por parte de otros oferentes<sup>139</sup>. Por su parte, esta Fiscalía ha estimado que para estos casos es deseable la publicación de (i) los criterios que fueron considerados por la Municipalidad para la fijación de dicho monto; (ii) todos los documentos que respalden los gastos incurridos; y (iii) un análisis sobre si los montos informados por el proponente del proyecto corresponden a valores de mercado según exige la misma Ley N° 19.865<sup>140</sup>.

### III. ANÁLISIS ECONÓMICO DE BASES DE LICITACIÓN PARA OBRAS MUNICIPALES

116. Luego de considerar lo expuesto en la Solicitud, en relación a la caracterización de las licitaciones y los problemas que habría en ellas, como también el levantamiento realizado por esta Fiscalía respecto a la experiencia nacional sobre mejores prácticas en el diseño de bases de licitación pública, se presenta a continuación el análisis económico realizado por este Servicio sobre las licitaciones públicas de obras de infraestructura llevadas a cabo por las municipalidades.

#### A. Descripción de la base de datos de licitaciones analizadas

117. Para presentar un análisis descriptivo de las bases de licitación de obras municipales y realizar un diagnóstico sobre los efectos en la libre competencia de su diseño, esta Fiscalía obtuvo una base de datos con información pública de ChileCompra que contiene las licitaciones publicadas en la plataforma de Mercado Público. En específico, se seleccionaron las licitaciones realizadas por

<sup>138</sup> Ley N°19.865, artículo 3°: “Para el caso que el adjudicatario no sea el proponente, las bases de la licitación podrán incluir la obligación del adjudicatario de reembolsar al proponente todo o parte de los costos de los estudios que éste debió realizar para elaborar su proposición, en la forma, modo y plazos que allí se establezcan”.

<sup>139</sup> Cons. 88, Resolución N° 66/2021, TDLC. Al respecto, la jurisprudencia ha establecido que el monto de los estudios preliminar debe ser publicado por la municipalidad o entidad licitante en el portal de Mercado Público desde el llamado a la licitación.

<sup>140</sup> Informe presentado por la FNE en el expediente Rol NC N° 462-20, en folio 7.

municipalidades entre los años 2020 y 2022, que tuviesen relación con los conceptos de “construcción”, “mantención” y “remodelación” de obras<sup>141</sup>.

118. Las principales variables que tiene esta base de datos son: (i) número o código de la licitación; (ii) nombre o carátula de la licitación; (iii) año y mes en que fue realizada; (iv) el tipo de adquisición, correspondiente a una clasificación de las licitaciones según el monto estimado a licitar; (v) el valor estimado de la licitación; (vi) el estado de la licitación<sup>142</sup>; (vii) la Institución que convoca la licitación; (viii) región y comuna donde se ubica la Institución; (ix) los nombres y R.U.T. de los oferentes que participaron en cada licitación; (x) el valor ofertado por cada uno de los oferentes; (xi) la admisibilidad de la oferta de cada oferente; y, (xii) si el oferente fue declarado ganador o no.

119. Adicionalmente, la base se complementó con información pública<sup>143</sup> consistente en características observables de las comunas, tales como (i) la población para el año 2021; (ii) ingreso propio permanente de la municipalidad para el año 2021; (iii) porcentaje de urbanización de la comuna para el año 2017; (iv) si corresponde a una comuna de la Región Metropolitana; (v) si corresponde a una capital regional; y condiciones del financiamiento de la licitación, es decir, (vi) si la municipalidad recibe financiamiento externo para la licitación; y, (vii) cuál es la fuente del financiamiento en caso de ser externo.

120. Finalmente, y sobre la base de información obtenida de ChileCompra, se complementa la información de cada licitación con los factores o criterios de evaluación y sus respectivos ponderadores en el polinomio de puntuación del oferente.

121. En las siguientes tablas se muestra el número y valor de las licitaciones públicas realizadas desde el enero del año 2020 hasta diciembre de 2022, categorizadas de acuerdo al tipo de adquisición.

<sup>141</sup> No obstante, se dejaron fuera las licitaciones que tuviesen relación con la compra o adquisición de “materiales de construcción”.

<sup>142</sup> Si la licitación fue adjudicada, declarada desierta, cerrada o revocada.

<sup>143</sup> Información sobre características de las municipalidades y comunas, disponible en: <http://www.sinim.gov.cl>; y <https://www.bcn.cl/siit/estadisticasterritoriales/tema?id=95>

**Tabla N° 1:** Cantidad licitaciones públicas por tipo de adquisición

Tipo de Adquisición: Licitación Pública	2020	%	2021	%	2022	%	Total	Total %
Menor a 100 UTM (L1)	325	6,4	373	7,5	352	7,8	1.050	7,2
Entre 100 y 1000 UTM (LE)	2.070	40,8	2.220	44,6	1.648	36,4	5.938	40,7
Mayor 1000 UTM (LP)	1.735	34,2	1.456	29,2	1.441	31,8	4.632	31,8
Entre a 2000 y 5000 UTM (LQ)	519	10,2	567	11,4	692	15,3	1.778	12,2
Mayor a 5000 UTM (LR)	426	8,4	366	7,4	394	8,7	1.186	8,1
<b>Total</b>	<b>5.075</b>	<b>100,0</b>	<b>4.982</b>	<b>100,0</b>	<b>4.527</b>	<b>100,0</b>	<b>14.584</b>	<b>100,0</b>

Fuente: Elaboración propia en base a información pública de ChileCompra.  
Entre paréntesis se indica el código usado por ChileCompra según segmentos de valor del contrato.

**Tabla N° 2:** Monto estimado adjudicado en MM CLP de licitaciones públicas por tipo de adquisición

Tipo de Adquisición: Licitación Pública	2020	%	2021	%	2022	%	Total	Total %
Menor a 100 UTM (L1)	921	0,2	1.271	0,3	1.092	0,3	3.284	0,3
Entre 100 y 1000 UTM (LE)	55.518	11,0	50.726	12,1	42.967	11,3	149.212	11,5
Mayor 1000 UTM (LP)	106.379	21,2	90.164	21,6	78.592	20,6	275.135	21,1
Entre a 2000 y 5000 UTM (LQ)	77.108	15,3	68.647	16,4	73.636	19,3	219.391	16,9
Mayor a 5000 UTM (LR)	262.546	52,3	206.850	49,5	184.658	48,5	654.053	50,3
<b>Total</b>	<b>502.472</b>	<b>100,0</b>	<b>417.658</b>	<b>100,0</b>	<b>380.946</b>	<b>100,0</b>	<b>1.301.075</b>	<b>100,0</b>

Fuente: Elaboración propia en base a información pública de ChileCompra.  
Entre paréntesis se indica el código usado por ChileCompra según segmentos de valor del contrato.

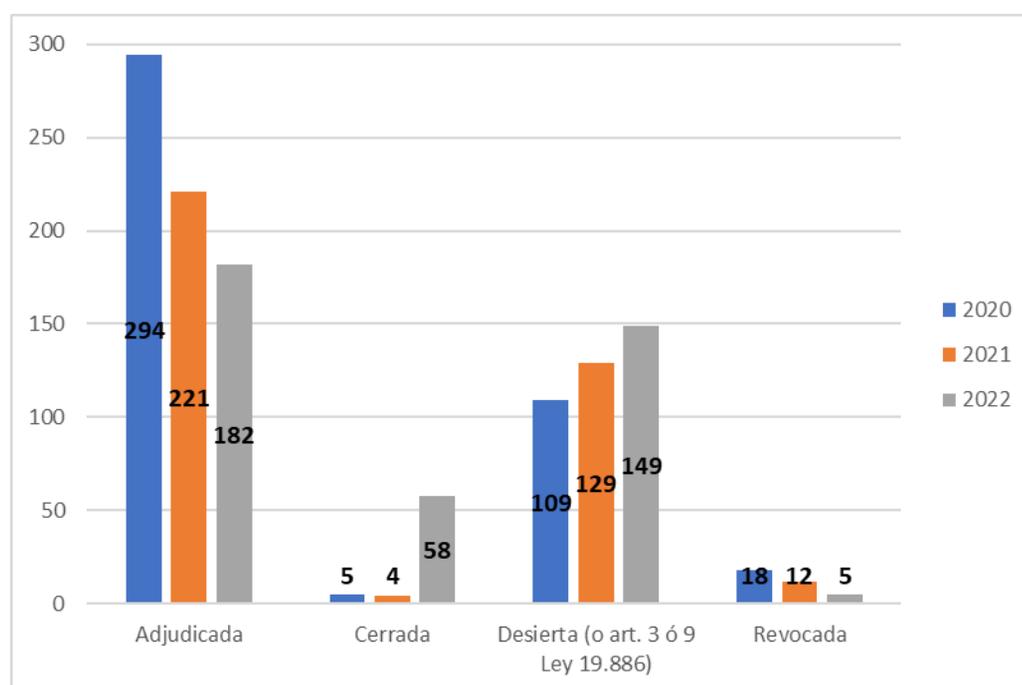
122. De acuerdo con lo que se muestra en la Tabla N° 1, en los tres años de estudio se realizaron 14.584 licitaciones públicas, dentro de las cuales predominan en cantidad las LE, que son licitaciones con un monto entre 100 a 1000 UTM.

123. No obstante, cuando se contrasta la información anterior con la Tabla N° 2, se observa que las licitaciones más relevantes cuando se compara el valor en pesos de éstas son las del tipo LR, consistentes en las licitaciones con un monto a adjudicar mayor a 5000 UTM. Este tipo de licitación representa el 50,3% del monto de todas las licitaciones públicas municipales obtenidas en la muestra.

124. Para este aporte de antecedentes, se presenta el desempeño competitivo de las licitaciones de tipo LR, considerando la relevancia que tienen éstas al ser las de mayor valor. Cabe señalar que los resultados que se obtienen de la revisión de estas licitaciones también serían aplicables para los otros tipos de licitaciones públicas de menor valor.

125. En el Gráfico N° 1 se muestra el estado de cada una de las licitaciones LR al mes de diciembre de 2022, de acuerdo a si se encontraban adjudicadas, cerradas, declaradas desiertas o revocadas.

**Gráfico N° 1:** Estado de las licitaciones mayores a 5000 UTM (tipo LR)



Fuente: Elaboración propia en base a información pública de ChileCompra.

126. Tal como se muestra en el gráfico anterior, 697 licitaciones fueron adjudicadas, lo que representa un 59% del total. Además, 387 fueron declaradas desiertas, correspondiendo a un 32,6%. Finalmente, las licitaciones cerradas y revocadas representan un 8,6%, sumando en total 102.

127. Es importante destacar el alto número de licitaciones declaradas desiertas. De hecho, si solamente se consideran las licitaciones adjudicadas y desiertas del

año 2022, 149 de las 331 tienen ese estado, representando un 45% de esas licitaciones para ese año en particular.

128. Considerando la información anterior, esta Fiscalía utilizará para su análisis las licitaciones adjudicadas y declaradas desiertas, ya que en conjunto representan un 91,4%. Con todo lo anterior, se analizarán 1084 licitaciones públicas municipales de tipo LR, las cuales poseen un monto mayor a 5000 UTM.

### **B. Caracterización de municipalidades licitantes y oferentes en las licitaciones de obras municipales**

129. Ahora, describiendo las licitaciones seleccionadas, las municipalidades que están dentro de la muestra a estudiar son 279, lo que representa un 80,9% del total de municipalidades en el país. De éstas, 51 pertenecen a la Región Metropolitana, mientras que 228 corresponden a comunas de otras regiones. Dentro de las 228 municipalidades regionales, 15 son capitales regionales.

130. Agrupando la información de las licitaciones realizadas por las municipalidades en cada región del país, en la siguiente tabla se muestra la cantidad de licitaciones por región y el valor total de éstas.

**Tabla N° 3:** Cantidad de licitaciones y monto estimado total, por región

<b>Región</b>	<b>Cantidad</b>	<b>Valor MM CLP</b>
<b>Región de Arica y Parinacota</b>	12	11.506
<b>Región de Tarapacá</b>	10	5.231
<b>Región de Antofagasta</b>	13	3.553
<b>Región de Atacama</b>	57	36.667
<b>Región de Coquimbo</b>	49	40.249
<b>Región de Valparaíso</b>	149	82.944
<b>Región Metropolitana de Santiago</b>	218	123.231
<b>Región del Libertador General Bernardo O'Higgins</b>	64	41.803
<b>Región del Maule</b>	60	29.821
<b>Región del Ñuble</b>	38	26.253
<b>Región del Biobío</b>	117	76.708
<b>Región de la Araucanía</b>	66	26.369
<b>Región de Los Ríos</b>	54	30.903
<b>Región de los Lagos</b>	134	71.086
<b>Región Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo</b>	31	21.916
<b>Región de Magallanes y de la Antártica</b>	12	15.695
<b>TOTAL</b>	<b>1.084</b>	<b>643.935</b>

Fuente: Elaboración propia en base a información pública de ChileCompra.

131. De acuerdo a la información de la tabla anterior, las regiones que realizan una mayor cantidad de licitaciones son la Región Metropolitana con 218, seguida de la Región de Valparaíso y la Región de los Lagos, con 149 y 134 licitaciones, respectivamente. Mientras que, de acuerdo con el monto estimado total, las regiones con las mayores licitaciones son la Región Metropolitana, la Región de Valparaíso y la Región del Biobío.
132. Respecto a las regiones que realizan la menor cantidad de licitaciones, corresponden a la Región de Magallanes y de la Antártica, Arica y Parinacota, ambas con 12 licitaciones, y finalmente Tarapacá con 10. Mientras que, según el monto total, las regiones con las menores licitaciones son la Región de Arica y Parinacota, luego la Región de Tarapacá y por último la Región de Antofagasta.
133. Respecto a la cantidad de licitaciones realizadas por las municipalidades, en el periodo analizado cada municipalidad publicó 3,8 licitaciones en promedio, con una mediana de 3 licitaciones. Detallando sobre la distribución de las licitaciones publicadas, un 25% de las municipalidades ha realizado solo 1 licitación, mientras que el 5% realizó 10 o más.
134. Desagregando la información anterior por la ubicación geográfica de la municipalidad, tal como se muestra en el Gráfico N° 2 de diagrama de caja<sup>144</sup>, existen diferencias en la cantidad de licitaciones publicadas si corresponden a municipalidades de la Región Metropolitana o de otras regiones.

<sup>144</sup> Los diagramas de caja son utilizados para mostrar gráficamente la distribución de los datos. Estos gráficos se componen por: (i) una caja o rectángulo central; (ii) una línea superior, arriba de la caja central; (iii) una línea inferior, abajo de la caja central; y (iv) puntos que pueden estar sobre la línea superior o bajo la línea inferior.

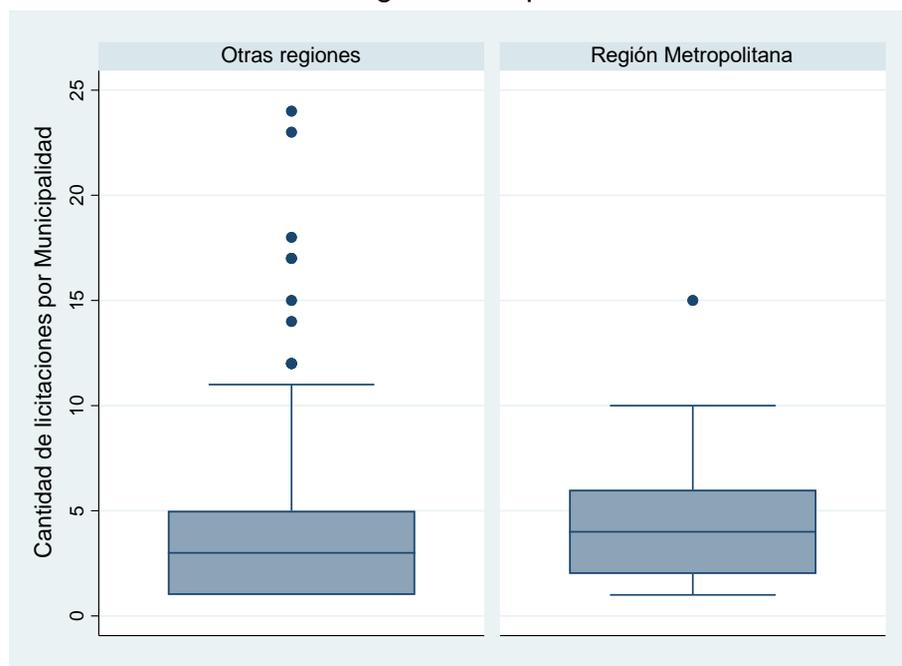
En primer lugar, respecto a la caja central: (a) la línea del centro representa el valor mediano de los datos, equivalente al percentil 50 (segundo cuartil); (b) el borde superior de la caja representa el valor del percentil 75 (tercer cuartil); y (c) el borde inferior de la caja representa el valor del percentil 25 (primer cuartil).

En segundo lugar, respecto a la línea superior, arriba de la caja central: puede representar (a) el valor máximo de la distribución; o (b) el valor del percentil 75 más el rango intercuartílico (diferencia entre el tercer y primer cuartil) por 1,5.

En tercer lugar, respecto a la línea inferior, abajo de la caja central: puede representar (a) el valor mínimo de la distribución; o (b) el valor del percentil 25 menos el rango intercuartílico por 1,5.

En cuarto lugar, los datos representados por puntos serían considerados anómalos, dado que su valor se aleja de la línea superior o inferior construida.

**Gráfico N° 2:** Cantidad de licitaciones por municipalidad, si pertenece o no a la Región Metropolitana



Fuente: Elaboración propia en base a información pública de ChileCompra.

135. Considerando por un lado las municipalidades que no pertenecen a la Región Metropolitana, en promedio realizaron 3,8 licitaciones, con una mediana de 3, mientras que las municipalidades que son parte de la Región Metropolitana, en promedio realizaron 4,3 licitaciones, con una mediana de 4.

136. En línea con la descripción anterior, en la siguiente tabla se muestra información de la cantidad de licitaciones que se realizan por municipalidad, desagregando las tres regiones con las licitaciones de mayor valor total -es decir, la Región Metropolitana, la Región de Valparaíso y la Región del Biobío- y el resto de las regiones.

**Tabla N° 4:** Cantidad de licitaciones por regiones con mayores licitaciones

Región	Cantidad Municipalidades	Promedio	Mediana
Región Metropolitana de Santiago	51	4,3	4
Región de Valparaíso	35	4,3	3
Región del Biobío	31	3,8	3
Otras regiones	162	3,7	3

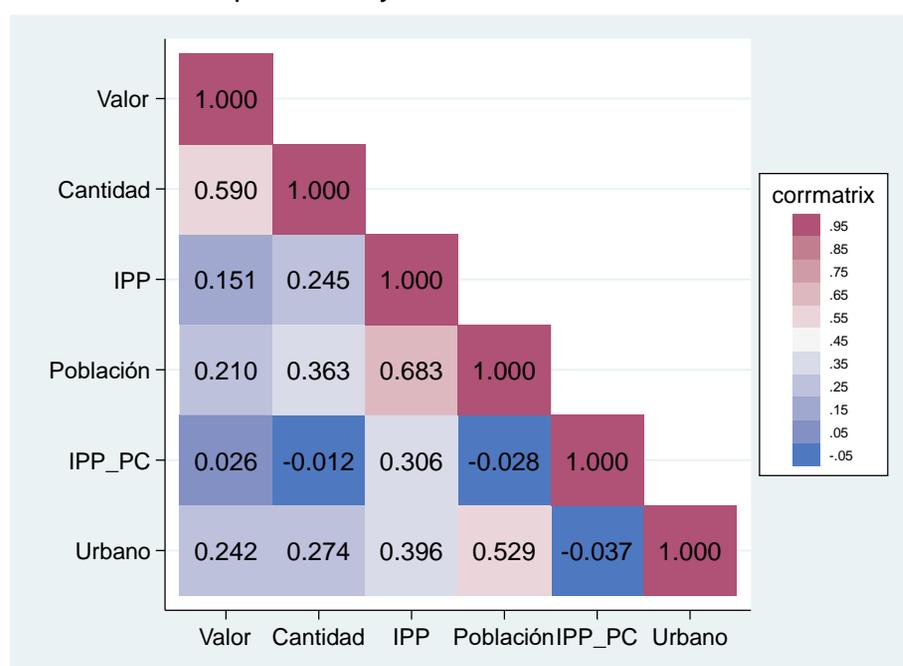
Fuente: Elaboración propia en base a información pública de ChileCompra.

137. De acuerdo a la información de la Tabla N° 4, las municipalidades de la Región Metropolitana y de Valparaíso realizan en promedio la misma cantidad de licitaciones, tomando un valor de 4,3. En el caso de la Región del Biobío, la

cantidad promedio de las licitaciones por cada municipalidad es menor en comparación a las dos regiones mencionadas anteriormente. Respecto al resto de las municipalidades de otras regiones, en promedio realizan 3,7 licitaciones, con una mediana de 3.

138. A continuación, se estudia si hay alguna relación entre características observables de las municipales, tales como el ingreso propio permanente (IPP), IPP per cápita o el porcentaje de población urbana, y la cantidad y monto de las licitaciones, en el Gráfico N° 3 se muestran las principales correlaciones.

**Gráfico N° 3:** Matriz de correlaciones entre características observables de las municipalidades y la cantidad de licitaciones



Fuente: Elaboración propia en base a información pública de ChileCompra, Censo 2017 e INE.

139. De acuerdo con lo que se observa en el gráfico anterior, existe una alta correlación entre la cantidad de licitaciones que realiza una municipalidad y el valor total de éstas, lo cual es parte de los resultados esperables.

140. Sobre las características observables de las municipalidades, se identifica una correlación positiva entre el ingreso propio permanente de una municipalidad y la cantidad de licitaciones que realiza, como también existe una correlación positiva entre la población de la comuna y la cantidad de procesos licitatorios.

141. En base a lo anterior, se observa una independencia entre el ingreso propio permanente per cápita de una municipalidad y la cantidad o monto de las licitaciones. En otras palabras, no se observa que, necesariamente, las comunas más grandes o pequeñas en términos socioeconómicos realicen más o menos licitaciones, luego de controlar por la población de cada una de ellas. Esto se debe a que existe una alta correlación entre el ingreso propio permanente de una municipalidad y la población de la comuna.
142. Por último, se observa una débil correlación positiva entre el porcentaje de población urbana de una municipalidad y la cantidad de licitaciones.
143. Respecto al financiamiento de las licitaciones estudiadas por este Servicio, los fondos pueden proveer: (i) de la misma municipalidad (IPP); (ii) de fondos externos, por ejemplo, del FNDR; o (iii) un financiamiento mixto.
144. De acuerdo con la información recopilada al revisar las 1084 licitaciones, 939 de ellas tienen financiamiento externo, lo que representa un 86,6% de la muestra a estudiar. Luego, 133 tienen financiamiento propio, representando un 12,3%. Finalmente, solo 12 tienen financiamiento mixto, siendo éstas un 1,1%.
145. Para describir la relevancia del financiamiento externo en estas licitaciones, la Tabla N° 5 siguiente indica los montos anuales asignados a cada Fondo y su proporción respecto del monto total de licitaciones municipales

**Tabla N° 5:** Monto anual de financiamiento externo para licitaciones de obra pública municipal (en MM\$)

TOTAL	2020	2021	2022
<b>FNDR</b>	53.590	41.820	43.660
<b>PMU</b>	45.529	46.553	48.602
<b>PMB</b>	29.619	30.286	31.618
<b>FRIL</b>	69.421	75.785	-
<b>Total</b>	198.159	194.444	123.880
<b>% respecto licitaciones analizadas</b>	75%	94%	67%

Fuente: Elaboración propia en base a Leyes anuales de Presupuesto.

146. Otro factor relevante que incide en la intensidad competitiva de una licitación, indicado tanto en la jurisprudencia y como la literatura económica, es si el ente licitante revela o no el precio de reserva (su disposición máxima a pagar) antes de la presentación de ofertas. En materia de licitaciones de obras municipales,

esto corresponde a publicar el presupuesto máximo disponible para la obra. Si bien esta información es relevante para los oferentes, pues indica la cota máxima de sus ofertas económicas, también ha sido establecido que constituye un punto focal al que se alinean las ofertas, siendo éstas menos agresivas que en procesos donde existe incertidumbre sobre el precio de reserva.

147. Del conjunto de licitaciones analizadas se observa que prácticamente todas ellas publican desde un inicio el presupuesto máximo disponible:

**Tabla N° 6:** Estimación de oportunidad en que se publica el presupuesto disponible

Publicación de disponibilidad presupuestaria	%
Antes de abrir ofertas	99%
Después de abrir ofertas	1%

Fuente: Elaboración propia en base a información pública de ChileCompra.

148. Finalmente, un elemento calificado como especialmente riesgoso por la jurisprudencia en el diseño de licitaciones corresponde a instancias en que los potenciales oferentes se reúnan, como las visitas a terreno obligatorias y simultáneas. Cualquier contacto previo entre competidores presenta dos factores de riesgo: (i) por un lado, reduce la incertidumbre de la identidad de los potenciales participantes en la licitación, y dado el conocimiento público de su experiencia pasada en otras licitaciones u obras, permite estimar el puntaje que obtendrían en ese factor y así determinar ofertas económicas menos agresivas; (ii) por otro, facilita la coordinación expresa o tácita entre los oferentes, alterando también por esa vía el resultado que tendría una licitación realmente competitiva.

149. La Tabla N° 7 siguiente presenta una estimación del porcentaje de licitaciones en que se exige o fomentan visitas a terreno u otras reuniones técnicas con la participación simultánea de potenciales oferentes.

**Tabla N° 7:** Estimación de licitaciones que facilitan el contacto entre potenciales oferentes

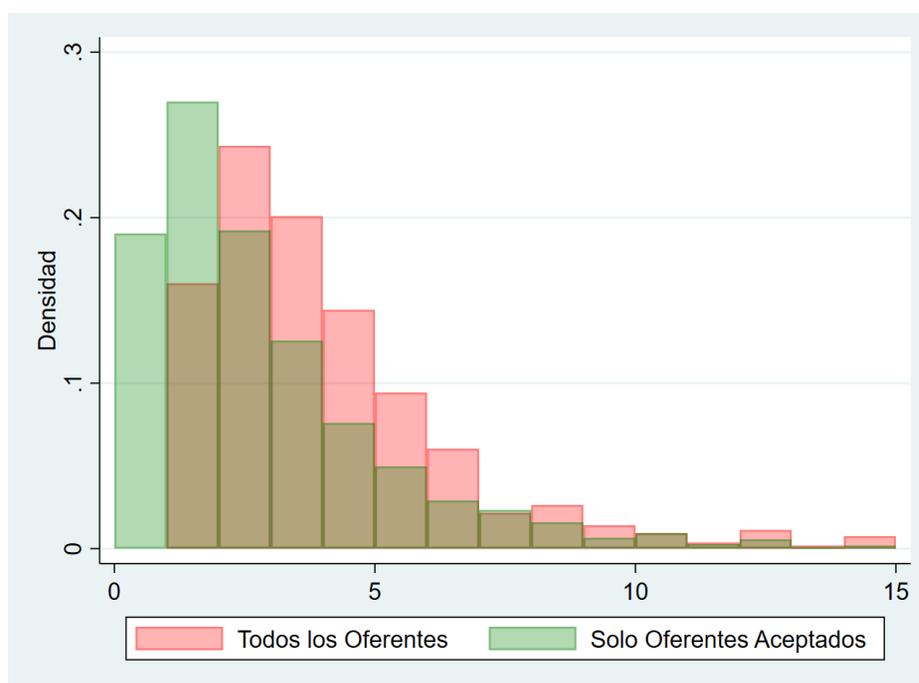
Reglas sobre visita a terreno	%
Visita a terreno obligatoria	57%
Visita a terreno voluntaria	38%
No contempla visita a terreno	5%

Fuente: Elaboración propia en base a información pública de ChileCompra.

150. Luego de haber descrito las características de las municipalidades que han realizado las licitaciones de obras revisadas, corresponde analizar a los oferentes que participan en esas licitaciones.

151. Por el lado de la oferta, en cada licitación en promedio participan 4,2 oferentes con una mediana de 3. Cabe destacar que en el 40% de las licitaciones analizadas participan 1 o 2 oferentes, mientras que en un 10% participan 7 o más oferentes. Sin embargo, al considerar solamente las ofertas aceptadas, los resultados varían. En el siguiente histograma se muestra una comparación entre la distribución de la cantidad de oferentes totales y los oferentes aceptados.

**Gráfico N° 5:** Diagrama de caja sobre los oferentes totales y los aceptados



Fuente: Elaboración propia en base a información pública de ChileCompra.

\*Nota: Gráfico truncado hasta 15 oferentes.

152. El Gráfico N° 5 muestra que en promedio en cada licitación participan 2,8 oferentes cuya oferta es aceptada, con una mediana de 2. Adicionalmente, en el 65% de las licitaciones participan 2, 1 o ningún oferente que efectivamente haya sido aceptado, mientras que en el 5% participan 7 o más oferentes con una propuesta válida.

153. Este análisis descriptivo ya expone una problemática en las licitaciones públicas de obras realizadas por las municipalidades, pues se observa una baja participación en estos concursos y, en consecuencia, una intensidad competitiva menor.

154. Profundizando en el resultado anterior, esta situación no es homogénea para todas las municipalidades del país. Cuando se segmenta la participación de oferentes en base a si son municipalidades de la Región Metropolitana o de otras regiones, se observa que esta problemática se exagera para las municipalidades que son de otras regiones, tal como se indica en la Tabla N° 8.

**Tabla N° 8:** Cantidad de oferentes por licitación, si municipalidad licitante pertenece o no a la Región Metropolitana

Municipalidades	Oferentes	Media	Mediana
RM	Todos	6,4	4
	Solo aceptados	4,4	2
Fuera RM	Todos	3,7	3
	Solo aceptados	2,4	2

Fuente: Elaboración propia en base a información pública de ChileCompra.

155. De acuerdo con la tabla anterior, se observa que la media y mediana de participantes en las municipalidades que no son de la Región Metropolitana son menores. Profundizando en lo anterior, considerando solamente las ofertas declaradas admisibles, el promedio de éstas para las municipalidades de la Región Metropolitana es de 4,4 ofertas, mientras que este valor cae a 2,4 para las municipalidades de otras regiones.

156. Este análisis descriptivo indica que la intensidad competitiva sería menor en licitaciones fuera de la Región Metropolitana, debido a la menor participación de oferentes.

### C. Análisis de los factores de evaluación

157. Luego de hacer una descripción de la demanda y oferta en esta industria, y en específico de la muestra de licitaciones estudiada, en el siguiente inciso se describen los factores utilizados en estas licitaciones para elegir al oferente ganador que se adjudica la obra licitada.

158. Respecto a la información de los factores de evaluación, esta Fiscalía los agrupó en las siguientes categorías:

- a. Precio o valor ofertado;

- b. Experiencia: relacionado ya sea a años de antigüedad de la empresa, metros cuadrados construidos, si está inscrito en los registros del MOP, MINVU u otros, o años de experiencia del personal a cargo de la obra;
- c. Capacidad económica: correspondiente al valor de los activos o patrimonio del oferente;
- d. Cumplimiento de requisitos formales: si el oferente entrega toda la documentación solicitada para la oferta en tiempo y forma;
- e. Plazo: tiempo estimado de la realización de la obra;
- f. Mano de obra local: si el oferente contrata un cierto porcentaje de su dotación laboral para la realización de la obra en particular;
- g. Cumplimiento de requisitos técnicos: generalmente está relacionado a si la propuesta está debidamente especificada, ya sea con una carta Gantt, precio de cada una de las partidas, entre otros;
- h. Comportamiento anterior oferente: si la empresa registra faltas, multas con la municipalidad o en la inspección del trabajo;
- i. Empresa regional: si la empresa tiene su sede en la comuna, patente en la municipalidad, o sede en la misma región;
- j. Visita a terreno: si el oferente acude a visitar el terreno de la obra, dentro de los tiempos establecidos en las bases de licitación;
- k. Otros: Factores menos frecuentes en las licitaciones, los cuales tienen relación con impacto social o medioambiental de la propuesta del oferente, otros tipos de contratación del personal, entre otros.

159. En cada licitación, los factores utilizados para evaluar las ofertas recibidas van acompañados de una ponderación, con la cual se determina un puntaje final para cada oferta aceptada, y finalmente se adjudica el contrato al oferente que obtenga el puntaje mayor. A continuación, se indican las principales estadísticas sobre los ponderadores para cada factor utilizado en la muestra estudiada por esta Fiscalía.

**Tabla N° 9:** Estadística descriptiva de los ponderadores asociados a los factores de evaluación

Factores de Evaluación	N°	Promedio	Mediana	Desv. Est.
<b>Precio</b>	1.037	32	30	19,1
<b>Experiencia</b>	1.043	36,0	35	14,0
<b>Capacidad económica</b>	413	16,1	15	7,5
<b>Cumplimiento requisitos formales</b>	925	7,1	5	5,7
<b>Plazo</b>	561	16,7	15	8,5
<b>Mano de obra local</b>	325	14,1	10	8,0
<b>Cumplimiento requisitos técnicos</b>	175	22,7	20	13,6
<b>Comportamiento anterior oferente</b>	167	9,8	10	6,6
<b>Empresa regional</b>	62	10,3	10	5,6
<b>Visita a terreno</b>	52	5,4	5	2,8
<b>Otros</b>	294	13,8	10	10,2

Fuente: Elaboración propia en base a información pública de ChileCompra.

160. En la tabla anterior se muestra para cada uno de los factores de evaluación: (i) la cantidad de veces que se utiliza un factor en las licitaciones; (ii) el promedio del valor que toma el ponderador; (iii) la mediana del valor; y, (iv) la desviación estándar de los ponderadores.

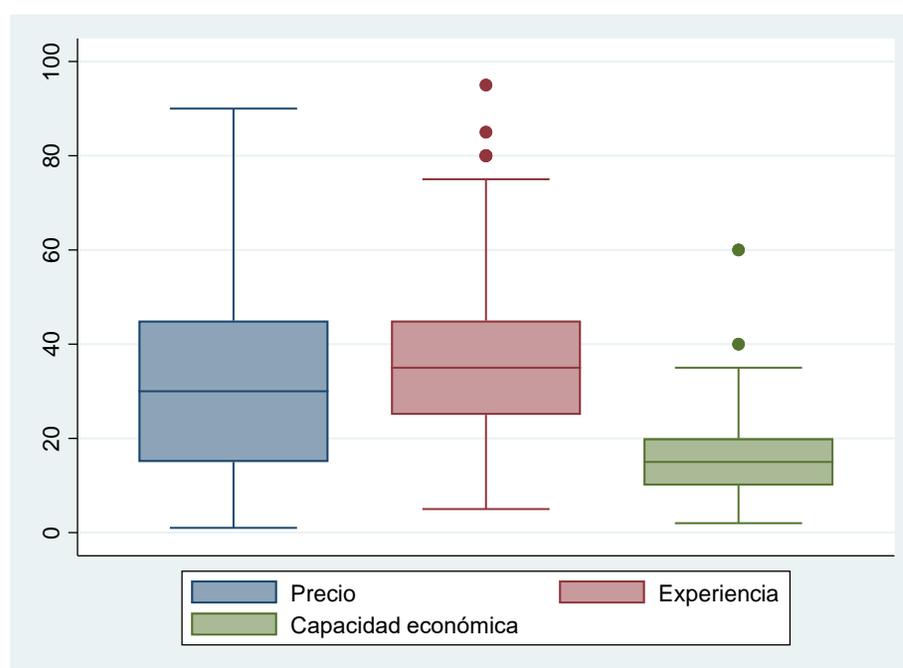
161. De acuerdo con la información de la Tabla N° 9, el factor que tiene una mayor ponderación es la Experiencia, con un promedio de 36% y una mediana de 35%. En segundo lugar, vendría el factor Precio, el cual tiene un valor promedio de 32% y una mediana de 30. Cabe resaltar que la Experiencia es un elemento fijo al momento de presentar la oferta, por el cual las empresas no pueden competir, a diferencia del Precio que es un factor variable, que las empresas sí pueden determinar en cada licitación.

162. Comparando el valor promedio de los factores de Precio y Experiencia, de un 32% y un 36% respectivamente, se realiza una prueba de hipótesis para corroborar si efectivamente se puede indicar que los promedios son valores diferentes. Los resultados de la prueba-t señalan que la diferencia entre estos valores sí es estadísticamente significativa con una confianza del 99%<sup>145</sup>.

<sup>145</sup> El valor t de la diferencia entre el promedio del ponderador de Precio y el de Experiencia tiene un valor de -4,8.

163. Luego de analizar los dos factores más relevantes, el siguiente factor fijo que posee una mayor importancia es el de Capacidad económica, el cual tiene una ponderación promedio de un 16,1% y una mediana de 15. Para visualizar la distribución de los ponderadores de estos tres factores, en el siguiente diagrama de caja se hace una comparación más detallada respecto a los valores que toman estos factores de evaluación en las licitaciones.

**Gráfico N° 7:** Diagrama de caja sobre los ponderadores de los factores de Precio, Experiencia y Capacidad económica



Fuente: Elaboración propia en base a información pública de ChileCompra.

164. Comparando entre estos tres factores, en un 25% de los casos el factor de Experiencia tiene una ponderación de un 25% o menor, a diferencia del factor Precio, que en un 25% de los casos tiene una ponderación de un 15% o menor. Además, en un 75% de las licitaciones el ponderador del factor Precio toma un valor de 45 o inferior. Por último, el factor de Capacidad económica en un 25% de los casos tiene una ponderación de un 10% o menor.

165. Además, como se observa en el gráfico anterior, el precio tiene una mayor dispersión de sus ponderadores, a diferencia de los ponderadores del factor Experiencia y Capacidad económica que poseen un rango intercuartílico menor.

166. Siguiendo con el análisis de los factores de evaluación, respecto a los otros factores variables al momento de participar en una licitación diferentes del factor Precio, en su mayoría no serían capaces de generar una gran presión competitiva para adjudicarse la licitación.

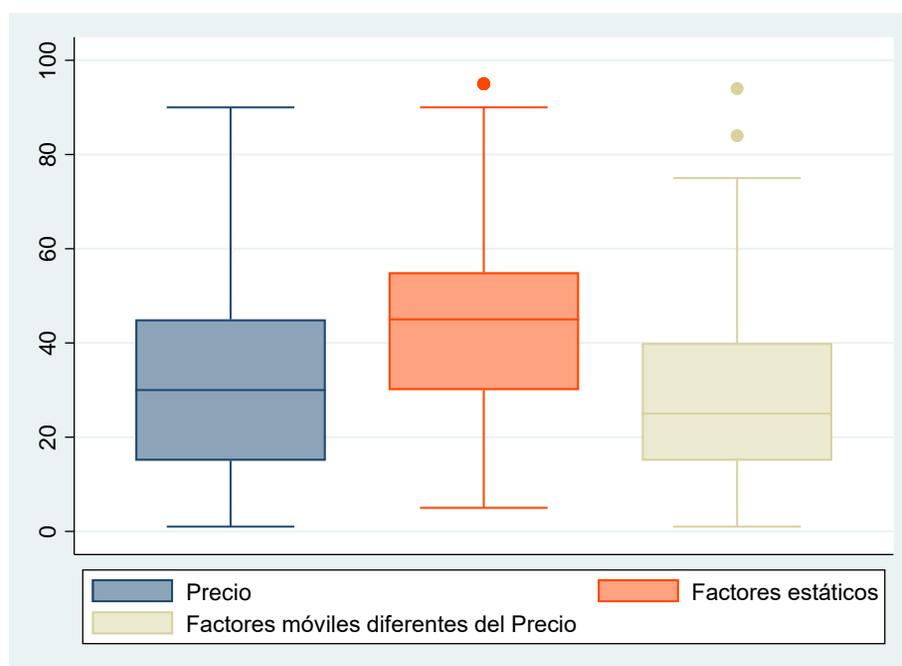
167. Precisando en lo anterior, en primer lugar, respecto a los factores de Cumplimiento de requisitos formales, Cumplimiento de requisitos técnicos, Visita a terreno y Otros, estos tienden a ser evaluados de manera dicotómica, es decir, que se le asigna todo el puntaje en el respectivo factor al oferente que cumpla con todas condiciones especificadas, o se le asigna un valor de cero.
168. En segundo lugar, respecto al factor de Mano de obra local, este es un ítem que perseguiría un objetivo de política pública diferente al de libre competencia o libre concurrencia, dado que busca favorecer al oferente que contrate trabajadores de la comuna o región de donde se esté realizando la licitación, y no necesariamente favorece al oferente más competitivo o eficiente. Además, en varias ocasiones también se evalúa de manera dicotómica, en donde el oferente que contrate, por ejemplo, un 10% de mano de obra local obtendría todo el puntaje en este factor, y un valor de cero si no lo cumple.
169. En tercer y último lugar, respecto al factor de Plazo, se podría asociar con una métrica de calidad del producto, en donde los oferentes más eficientes puedan ofrecer un menor plazo de ejecución de la obra y así obtener una ventaja sobre otros participantes menos competitivos. No obstante, si bien este factor podría ser parte de requisitos mínimos para aceptar la oferta de un oferente y que los que cumplan con este requisito pasen a competir por la oferta económica, también podría ser un criterio ponderable con el factor Precio.
170. En base a lo anterior, se va a hacer un análisis agrupado de los factores de evaluación. Por un lado, se agrupan todos los factores fijos -aquellos que son inherentes a la empresa (como experiencia y capital) y a la confección de la oferta (como Cumplimiento de requisitos formales y técnicos, visita a terreno, etc.)- y, por otro lado, todos los factores variables, a excepción del factor Precio. En la siguiente tabla y diagrama de caja se muestran las estadísticas descriptivas de estas categorías de factores y su distribución.

**Tabla N° 10:** Estadística descriptiva de los ponderadores asociados a los factores de evaluación

Factores	N°	Promedio	Mediana	Desv. Est.
Precio	1.037	32	30	19,1
Fijos	1.057	43,9	45	17,3
Variables, diferentes del Precio	1.053	27,4	25	16,9

Fuente: Elaboración propia en base a información pública de ChileCompra.

**Gráfico N° 8:** Diagrama de caja sobre los ponderadores de los factores de Precio, Fijos y Variables diferentes del Precio



Fuente: Elaboración propia en base a información pública de ChileCompra.

171. Según los resultados de la tabla y del gráfico anterior, el promedio del ponderador de los factores fijos es de un 43,9% y con una mediana de 45%. Respecto a los factores variables diferentes del Precio, el promedio de sus ponderadores es de un 27,4% y con una mediana de 25%.

172. Respecto a la distribución de estas categorías de factores, es importante resaltar que en un 25% de los casos, el ponderador de los factores fijos tiene un valor de 55% o mayor, siendo en esas licitaciones el factor más relevante que cualquier otro para elegir la oferta ganadora.

173. Por lo anterior, en promedio, existe aproximadamente un 45% de la evaluación total que un oferente no es capaz de modificar al momento de participar en una licitación. En conjunto con lo anterior, en promedio hay un 27% de la ponderación total en que un oferente no tiene un gran espacio para competir y diferenciarse de otro.

#### **D. Simulación sobre el impacto de los factores fijos sobre la oferta económica y la concurrencia**

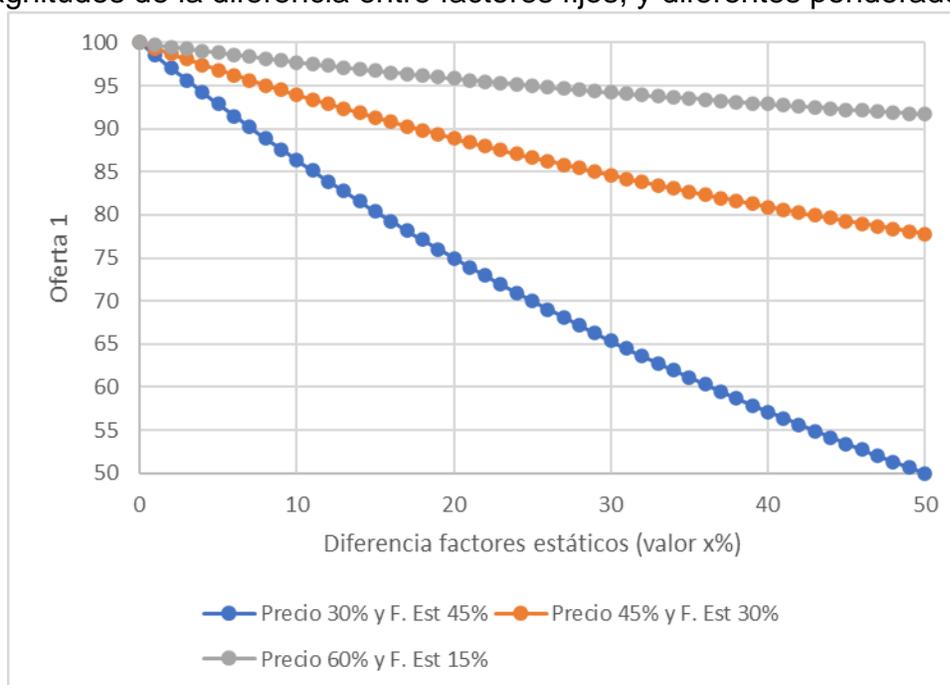
174. En base al estudio empírico de los factores de evaluación utilizados y sus respectivos ponderadores, y utilizando la información de la Tabla N° 10, se ha realizado un análisis de estática comparativa para reflejar: (i) cómo cambios en

los factores fijos de un oferente afectan el monto de la oferta económica para seguir siendo competitivo; (ii) cómo cambiaría la situación actual si se aumenta la importancia del factor de evaluación del precio; y (iii) cómo se soluciona el problema de las “ofertas temerarias” como barrera de entrada endógena al aumentar la importancia del factor de evaluación del precio. La descripción detallada de la metodología, datos y supuestos utilizados está contenida en el Anexo Metodológico N° 2, que se acompaña a esta presentación.

175. Este análisis permite inferir cuánto inciden en la oferta económica la ponderación que se otorgue a otros factores de evaluación que observan características intrínsecas del oferente que no son modificables (como experiencia, capital, etc.). Así, esta simulación indica que, si existe una diferencia del 10% entre la evaluación de las características estáticas de dos competidores, el “oferente 1” (con menor puntaje en factores fijos) tiene que presentar una oferta económica 14% menor que la de su competidor, sólo para igualar su puntaje. Si la diferencia en el puntaje de factores fijos aumenta a un 20%, la oferta económica del “oferente 1” tiene que ser un 25% menor.

176. Por lo anterior, la oferta económica tiene un comportamiento elástico ante los factores fijos, debido a que cambios en un 1% de la diferencia de estas características intrínsecas de los oferentes provoca una variación negativa de la oferta económica en una magnitud que es mayor que un 1%. Este comportamiento se debe a la baja importancia relativa que tiene el factor Precio con respecto a los factores fijos.

**Gráfico N° 10:** Variación de oferta económica de “oferente 1” para distintas magnitudes de la diferencia entre factores fijos, y diferentes ponderadores



Fuente: Elaboración propia en base a información pública de ChileCompra.

177. En base a la información del Gráfico N° 10, se observa que, si bien la diferencia de los factores fijos sigue teniendo una repercusión negativa en la oferta económica del “oferente 1”, ésta se ve atenuada en la medida que el ponderador del factor Precio toma mayor importancia. En otras palabras, cuanto menor es el ponderador del precio como variable de adjudicación, mayor es el sacrificio monetario que debe realizar un competidor con menor experiencia o capital para suplir el menor puntaje que puede obtener en los factores de evaluación que recogen características intrínsecas de la empresa.

178. A modo de ejemplo, en el caso que el ponderador del factor Precio tomase un valor de 45%, una diferencia en los factores fijos de un 10% requeriría una disminución de un 6% en la oferta económica del “oferente 1” para igualar el puntaje de su competidor. En el caso que el ponderador del factor Precio fuese el factor más relevante, con un valor del 60%, una diferencia en los factores fijos de un 10% solamente provocaría una disminución de un 2% en la oferta económica del “oferente 1”.

179. Estos resultados ya reflejan la importancia que tiene para la competencia en una licitación y su asignación de un competidor eficiente, aumentar la relevancia del factor Precio en la evaluación de las ofertas. Lo anterior se debe a que, ante pequeñas diferencias en características intrínsecas de los oferentes, en donde ambos debiesen ser calificados como técnicamente idóneos, la oferta

económica del oferente con un poco menos de experiencia o capacidad económica debe ser significativamente menor, sin una justificación razonable para una penalización de tal magnitud.

180. El efecto descrito causaría una desventaja competitiva a empresas que busquen desafiar a los incumbentes, que es conocida por todos los posibles participantes y, en esa dimensión, influye en sus decisiones estratégicas de participar o no en una licitación y si sus ofertas económicas serán más o menos agresivas.

181. Además, existen dos prácticas comunes en las bases de licitación municipales, que exacerba los problemas a la competencia mencionados anteriormente. En primer término, gran parte de las licitaciones hace público el presupuesto disponible para la obra antes de la presentación de ofertas, normalmente en la misma fecha de apertura de la licitación o en la etapa de preguntas y respuestas.

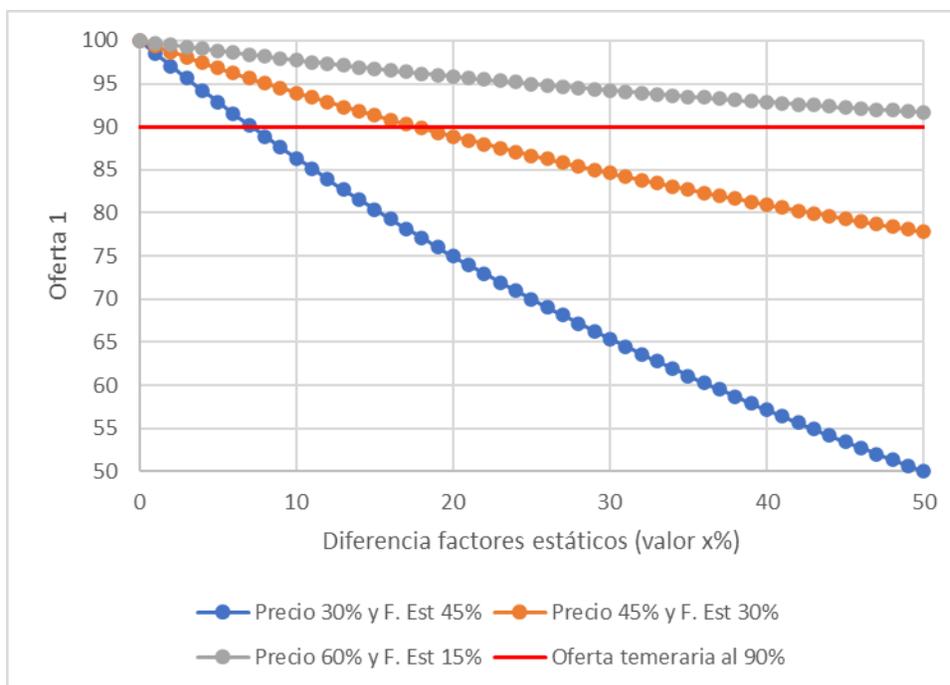
182. Por otra parte, se observan reglas de descalificación de ofertas económicas muy bajas o “temerarias”. Este concepto de “ofertas temerarias” se refiere a que, si una oferta económica de algún oferente es tanto menor que el monto estimado a adjudicar, en una cierta magnitud determinada previamente, se considera que su oferta no sería lo suficientemente creíble y dicho oferente queda inmediatamente eliminado de la licitación.

183. Este tipo de reglas de precio mínimo se utiliza frecuentemente en las bases de licitación de las municipalidades, explicitando el criterio para calificar la oferta económica de un competidor como “temeraria”. De acuerdo a la revisión de las bases de licitación realizada por este Servicio, se ha observado casos que utilizan como punto de corte para excluir ofertas que sean menores o iguales a un 90% del monto estimado a adjudicar.

184. La combinación de estas dos prácticas lleva a que la competencia en precios sea muy acotada, incluso cuando ese factor tenga una ponderación relevante en la evaluación de ofertas. A modo de ejemplo, se publica que el presupuesto disponible en una licitación es de \$500 millones, y que cualquier oferta menor a \$450 millones será declarada inadmisibles. Entonces, los oferentes sólo pueden competir en precio dentro del rango de ese mínimo y máximo.

185. Considerando el punto de corte indicado anteriormente para calificar a una oferta como “temeraria”, se puede analizar el impacto que tiene esta práctica bajo los tres escenarios descritos en los resultados de la simulación del Gráfico N° 10, como se muestra en el siguiente gráfico.

**Gráfico N° 11: Ofertas temerarias y los factores de ponderación**



Fuente: Elaboración propia en base a información pública de ChileCompra.

186. El Gráfico N° 11 refleja que cualquier oferta económica de un oferente que tome un valor igual o inferior a 90, es decir, que esté por debajo de la línea roja, inmediatamente queda descalificado del proceso licitatorio.

187. Ahora bien, considerando la situación inicial basada en datos reales, en donde el ponderador del factor Precio es de un 30%, se obtiene que con una diferencia del 10% en los factores fijos el “oferente 1” nunca podría compensar esa diferencia con una mejor oferta económica. Esto se debe a que, para ser tan competitivo como el “oferente 2” tiene que disminuir su oferta en un 14%, superando así el límite de “oferta temeraria”, generándose una barrera a la entrada que es endógena del proceso licitatorio.

188. Esto claramente genera un desincentivo a la participación en licitaciones cuando tienen conocimiento -o existe alta probabilidad- de que participará una empresa con más experiencia o capacidad económica, ya sea porque asistieron simultáneamente en una visita a terreno, porque el incumbente anuncia

públicamente su intención de participar en la licitación, o simplemente por el historial de licitaciones pasadas, que es observable por cualquier interesado.

189. Este desincentivo a la participación por el criterio de “oferta temeraria” no ocurre -o es menos fuerte- al aumentar la ponderación del factor Precio. Si el valor del ponderador del factor Precio fuese de un 60%, una diferencia entre los factores fijos de los competidores no provocaría que la penalización en la oferta económica fuese lo suficientemente grande para que una empresa con menos experiencia sea excluida de participar exitosamente en el proceso licitatorio.

190. Es importante hacer presente que este desincentivo se genera por la confluencia de al menos tres circunstancias: licitaciones en que el monto disponible es público antes de la presentación de ofertas, en que se establece la exclusión de ofertas inferiores a un cierto porcentaje de ese presupuesto, y la ponderación del factor Precio es baja en comparación con la de otros factores fijos.

191. Ninguna de estas circunstancias está regulada en la LOCM ni en la LCP, por lo que la situación descrita se puede corregir mediante una combinación de instrucciones a los entes licitantes, que se desarrollarán en la sección IV siguiente.

#### **E. Incentivos de las municipalidades a modificar la importancia de la oferta económica**

192. Considerando el análisis de los factores de evaluación y los resultados de la simulación precedente, es necesario estudiar cuáles son los incentivos económicos que tienen las municipalidades para aumentar o reducir la ponderación del factor Precio respecto de otros factores de asignación en una licitación.

193. Para ello, es útil categorizar si la licitación que publica la municipalidad está financiada con fondos externos o fondos propios. En la siguiente tabla se muestra la información sobre los ponderadores de los factores de evaluación, dividiendo en estas dos categorías<sup>146</sup>.

---

<sup>146</sup> Tal como se mencionó *supra*, existe una tercera categoría de financiamiento en los procesos licitatorios relativa al financiamiento mixto, pero al ser solamente 12 licitaciones clasificadas en este tipo en la muestra estudiada, no se va a profundizar en su caracterización.

**Tabla N° 11:** Estadística descriptiva de los ponderadores asociados a los factores de evaluación por tipo de financiamiento

Factores	Financiamiento	N°	Promedio	Mediana	Desv. Est.
Precio	Externo	894	30,0	30	17,8
	Propio	131	45,0	45	22,1
Fijos	Externo	926	45,5	45	17,0
	Propio	119	32,4	35	15,1
Variables, diferentes del Precio	Externo	909	27,4	25	16,7
	Propio	132	27,0	25	18,1

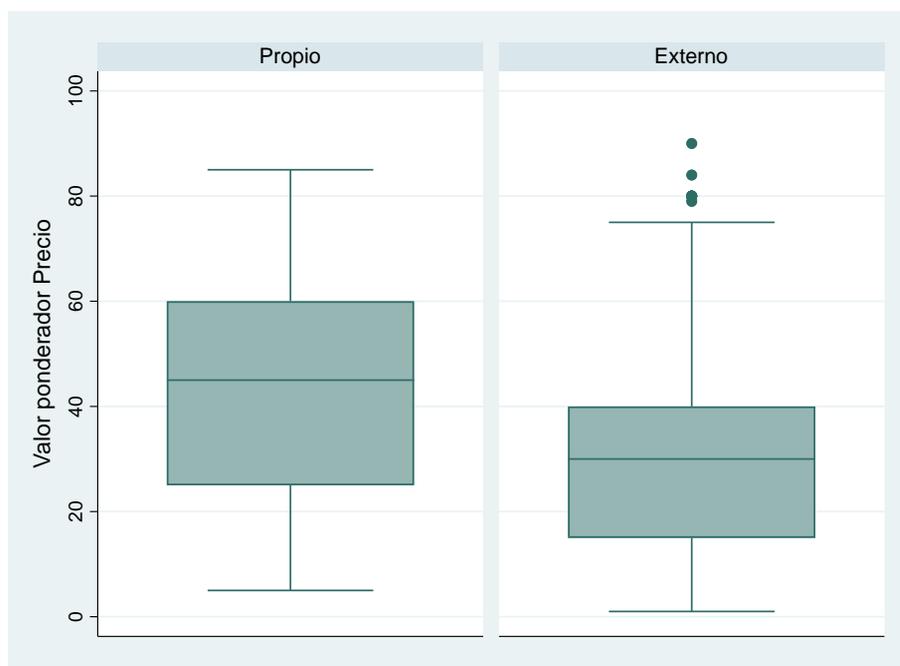
Fuente: Elaboración propia en base a información pública de ChileCompra.

194. De acuerdo a la información de la Tabla N° 11, para las licitaciones municipales que tienen un financiamiento externo, los factores que tienen una mayor ponderación son los que denominamos “fijos”, relacionados a las características intrínsecas del oferente como experiencia previa, capacidad económica, entre otros. Este factor, en promedio, tiene una ponderación de un 45,5%. Luego sigue en importancia el factor Precio, con una ponderación promedio de un 30%. Por último, se le asigna la menor ponderación a los factores variables que son diferentes del precio, con un valor promedio de un 27,4% y una mediana de 25%.

195. Para el caso de los procesos licitatorios que son financiados con fondos propios, el orden de importancia de los factores de evaluación es el inverso. El factor más importante es el Precio, con una ponderación promedio de un 45%. Luego, sigue en importancia los factores fijos, con una ponderación promedio de un 32,4%. Finalmente, el resto de los factores variables reciben la menor ponderación promedio, con un 27%.

196. De la comparación anterior ya se observa que las municipalidades cambian la importancia de los factores de evaluación, dando más importancia al factor Precio cuando las licitaciones están financiadas con fondos propios. Profundizando en la comparación anterior, en el siguiente gráfico se refleja la distribución de los ponderadores del factor Precio utilizado por las municipalidades, caracterizando por el tipo de financiamiento.

**Gráfico N° 12:** Valor del ponderador del factor Precio, por tipo de financiamiento

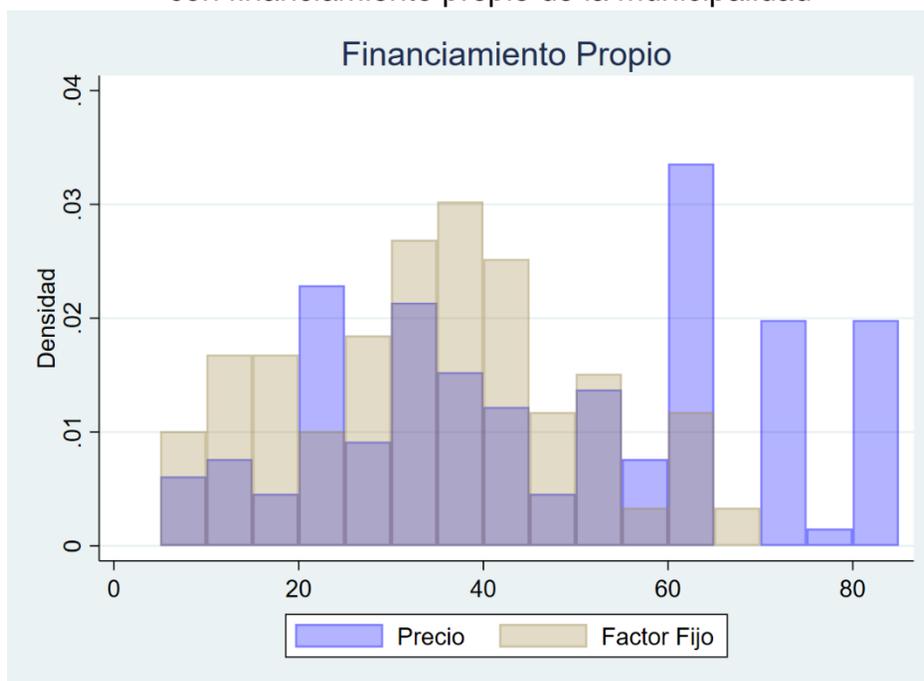


Fuente: Elaboración propia en base a información pública de ChileCompra.

197. Como ya se había señalado en la Tabla N° 11, el valor mediano para este ponderador cuando el financiamiento es propio es de un 45%, tal como se observa en el Gráfico N° 12. No obstante, es necesario destacar que en un 75% de los casos, las licitaciones municipales de financiamiento externo la asignan al factor Precio una ponderación igual o menor a un 40%. Incluso, en un 25% de los casos al factor Precio le asignan una ponderación de un 15% o inferior.

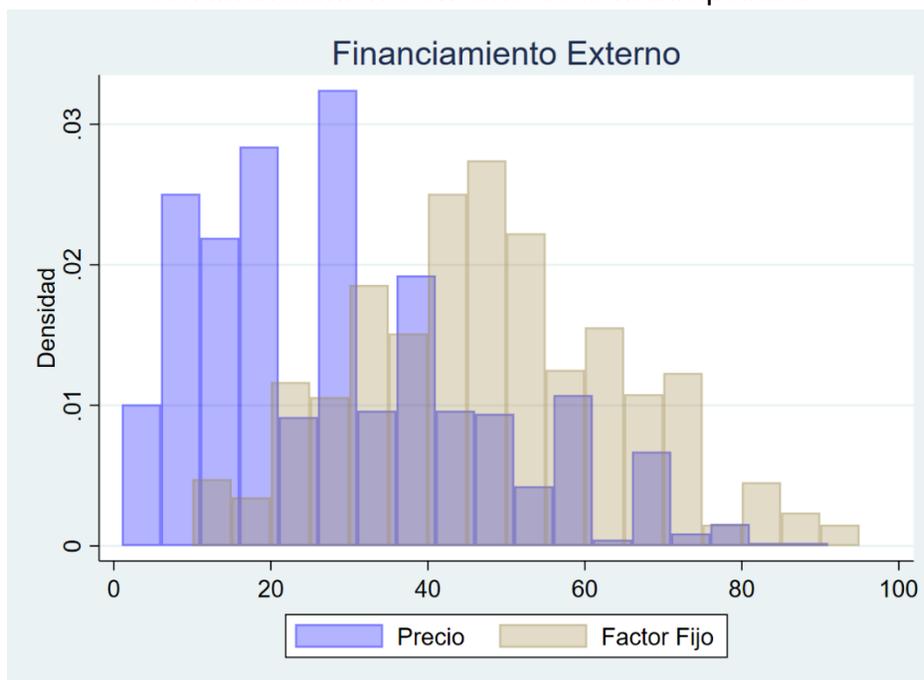
198. Precisando en el punto anterior, en los Gráficos N° 13 y 14 siguientes se busca reflejar la relación que existe entre el valor del ponderador del factor Precio y el ponderador de los factores fijos, la cantidad de veces en que una licitación define un determinado valor para los ponderadores de estos dos factores, y por tipo de financiamiento que utiliza la municipalidad en la licitación.

**Gráfico N° 13:** Distribución y frecuencia del ponderador de precio y factor fijo, con financiamiento propio de la municipalidad



Fuente: Elaboración propia en base a información pública de ChileCompra.

**Gráfico N° 14:** Distribución y frecuencia del ponderador de precio y factor fijo, con financiamiento externo de la municipalidad



Fuente: Elaboración propia en base a información pública de ChileCompra.

199. En el gráfico anterior se muestra la distribución del ponderador de precio y del factor fijo, y la frecuencia que se observa un valor en particular en la muestra, reflejado en el alto de cada barra.

200. En el caso de los factores de evaluación de las licitaciones con financiamiento externo, se observa que tiene una mayor preponderancia los factores fijos,

como una relevancia menor el factor Precio. A diferencia de las licitaciones municipales con fondos propios, en donde los factores de evaluación fijos pierden importancia ante el factor Precio.

201. En base a la información analizada en la tabla y gráficos anteriores, se observa que la fuente del financiamiento genera diferentes incentivos sobre las municipalidades para asignar una determinada importancia al factor Precio. En concreto, se le asigna una ponderación baja si los fondos para financiar la licitación provienen de fuentes externas a la municipalidad, lo que tiene una explicación en el tratamiento de los fondos remanentes cuando una licitación es adjudicada por un valor menor al presupuesto asignado a la obra.

202. Al respecto, la SUBDERE indicó a este Servicio que, al menos sobre los programas de financiamiento que otorga dicha Subsecretaría a las municipalidades, en caso que la oferta económica de la empresa adjudicada sea menor al monto estimado, esta diferencia de presupuesto tiene que ser devuelta a la Subsecretaría<sup>147</sup>. En otras palabras, la municipalidad no le puede dar un uso alternativo al ahorro monetario generado entre el financiamiento aprobado y la oferta económica ganadora.

203. Además, este ahorro generado tampoco puede ser utilizado por SUBDERE para financiar otro proyecto, ya sea en la misma municipalidad o en otra, sino que tiene que ser devuelta al Tesoro Público<sup>148</sup>.

204. Por el contrario, cuando la obra municipal es financiada con fondos propios, el ahorro remanente por su asignación a una oferta menor al disponible sí es reasignable dentro del presupuesto municipal, lo que genera incentivos a diseñar la licitación de forma tal de tener una mayor competencia en precios. Desafortunadamente, ese tipo de licitaciones representa menos del 15% del total de licitaciones municipales.

205. Tomando en cuenta la situación descrita, en la mayor parte de las licitaciones, las municipalidades no tienen incentivos para fomentar una competencia

---

<sup>147</sup> De acuerdo a la información aportada por la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo en toma de declaración de fecha 12 de abril de 2023, en el contexto de la investigación Rol N° 2720-22 FNE.

<sup>148</sup> De acuerdo a la información aportada por la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo en toma de declaración de fecha 12 de abril de 2023, en el contexto de la investigación Rol N° 2720-22 FNE.

intensa por el precio del producto o servicio licitado, dado que cualquier disminución en el monto a pagar obtenida por adjudicar a un oferente con una oferta económica atractiva, no genera que los recursos liberados puedan tener un uso alternativo que sea en beneficio de esa municipalidad ni de otras.

#### **IV. LINEAMIENTOS PARA LA DICTACIÓN DE LAS ICG**

##### **A. Necesidad y justificación de la dictación de ICG**

206. Como se señaló, el diseño de las bases de licitación de obras municipales analizadas no es adecuado para lograr suficiente competencia en ellas. Atendido a las consecuencias perjudiciales que los principales defectos que se han detectado en la licitación de obras públicas municipales, esta Fiscalía considera necesaria la dictación de la ICG en la materia, dada además la idoneidad de este mecanismo para mejorar las condiciones de competencia. Éstas ICG permitirán cubrir los vacíos de la regulación de rango legal y reglamentario aplicables en aquellas materias entregadas a la decisión de cada municipio y que son relevantes para (i) incentivar la participación de un mayor número de oferente, (ii) que éstos compitan con mayor intensidad para una asignación eficiente de los recursos públicos involucrados, y, (iii) prevenir riesgos de conductas anticompetitivas tanto de los entes licitantes como entre los oferentes.

207. Primero, se debe destacar que esta Fiscalía en reiteradas oportunidades ha realizado observaciones para mejorar la competencia en los procesos de licitación que realizan los órganos públicos<sup>149</sup>. Se destaca el Informe del Estudio de Compras Públicas, que, a propósito de lo observado en el mercado de licitación pública que incluye a las municipalidades, realiza una serie de propuestas normativas y recomendaciones generales para mejorar la competencia. Estas recomendaciones encuentran, además, soporte en las mejores prácticas y recomendaciones internacionales en la materia.

208. Segundo, se debe destacar que el H. Tribunal en el pasado ha intervenido en el ámbito de licitaciones municipales por medio de la dictación de ICG, atendido los defectos de competencia que se presentaban y la ausencia de regulación que otorgue solución específica a dichos deficiencias. Lo dispuesto en dicha

---

<sup>149</sup> FNE. Compras públicas y Libre Competencia. Material de Promoción N° 1, abril 2011; FNE y Guía para la elaboración de bases de licitación pública de terminales terrestres interurbanos (2022).

oportunidad y los efectos positivos que se obtuvieron como resultado, sientan un precedente importante para justificar la idoneidad y efectividad de la dictación de ICG como mecanismo para mejorar la competencia en este ámbito.

### **1. Baja participación de oferentes en las licitaciones y los riesgos de ilícitos anticompetitivos**

209. El Informe del Estudio de Compras Públicas destaca, como principal observación del sistema de contratación pública, la baja participación de oferentes en las licitaciones, que genera dos riesgos y efectos nocivos que se encuentran relacionados: (i) una menor intensidad competitiva dentro de cada licitación; y, (ii) un mayor riesgo de ilícitos anticompetitivos<sup>150</sup>.

210. Como ha confirmado el análisis económico realizado en la investigación de la Fiscalía para esta presentación, las licitaciones de obra pública municipal presentan también una muy baja participación, con los riesgos mencionados. El bajo número promedio de oferentes se asocia a un diseño deficiente de las bases de licitación, que restringe la competencia *ex ante* mediante criterios de participación y requisitos de evaluación innecesariamente exigentes y sobredimensionados en factores que son inherentes a las empresas participantes (especialmente experiencia y capacidad económica), con alto grado de discrecionalidad, que no permiten competir en precio y eficiencia.

211. Sin perjuicio de existir un marco normativo y principios generales para la licitación pública, estos no limitan la discrecionalidad de las municipalidades en el diseño de las bases y el modelo de evaluación que utilizan. Las municipalidades no están obligadas a establecer un ponderador mínimo y objetivo para la adjudicación, o a realizar un estudio de las condiciones de mercado de los oferentes pasados o potenciales, para efectos de conocer las reales necesidades del servicio y las exigencias mínimas que serán adecuadas requerir para mejorar la competencia, cuestión que eventualmente perjudica a oferentes que se pueden considerar igualmente eficientes para ejecutar el proyecto.

212. Por otra parte, se debe destacar que la baja presencia de competidores en las licitaciones de obra pública municipal facilita las conductas de coordinación,

<sup>150</sup> FNE. Informe del Estudio de Compras Públicas, p. 14.

colusión y corrupción entre los actores involucrados. En el mercado de obra pública municipal, esto es especialmente relevante, con las instancias de contacto entre oferentes que generalmente se establecen (como las visitas a terreno obligatorias y simultáneas).

213. Los mecanismos y principios que dispone la regulación general y la LCP no están siendo suficientemente idóneos para enfrentar las dificultades que presentan la licitación de obra pública municipal, y resulta necesario que se establezcan mecanismos adicionales que incentiven la mayor participación de oferentes, que eviten la constitución de barreras u obstáculos para su participación en las bases, y que, a su vez, combatan los riesgos de ilícitos competitivos.

## **2. Mejores prácticas internacionales para combatir la colusión en licitaciones públicas**

214. Se debe mencionar que la OCDE ha elaborado una guía para combatir la colusión en las licitaciones públicas<sup>151</sup>, por los efectos altamente dañinos que genera en los mercados, al disminuir su eficiencia, y en los recursos fiscales de los países, al extraer los recursos de manera ilegítima. Dicha guía expone los factores que las entidades licitantes deben tener en consideración al diseñar las bases de licitación para maximizar la intensidad competitiva en dicho proceso.

215. Esta guía, por un lado, establece un listado de acciones para detectar colusión en licitaciones para adquisiciones públicas, y por el otro, establece distintos elementos y etapas necesarias para prevenir conductas ilícitas. En relación a este último punto, la OCDE señala que los procedimientos de contratación deben contar con las siguientes condiciones: (i) información adecuada antes del proceso de licitación; (ii) un diseño de licitación que maximice la participación potencial de licitantes que compiten; (iii) definición clara de los requisitos y evitar las medidas predecibles; (iv) proceso de licitación diseñado para reducir eficazmente la comunicación entre oferentes; (v) criterios de evaluación y adjudicación de ofertas elegidos de forma cuidadosa; y, (vi)

---

<sup>151</sup> OCDE, Recomendación para combatir la colusión en la contratación pública (2012), acceso el 1 de julio de 2020, disponible: <https://www.oecd.org/daf/competition/Recomendacion-del-Consejo-OCDE-para-combatir-la-colusion-en-contratacion-publica.pdf>; Asimismo, véase: FNE-OCDE: Guía OCDE para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones de abastecimiento público, disponible en [https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/guia\\_oecd\\_bidrigging\\_final.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/guia_oecd_bidrigging_final.pdf)

personal de compras públicas con conciencia de los riesgos de la colusión en los procesos de adquisición.

216. Al igual que los lineamientos que ha proporcionado esta Fiscalía y el H. TDLC, se constata que existe un esfuerzo constante de las autoridades internacionales por evitar la colusión en las licitaciones públicas, proporcionando directrices, recomendaciones, estándares de conductas, entre otros, con el objeto de prevenir dichas prácticas. En este sentido, la dictación de ICG en el presente caso debe ir en línea con este trabajo, ahora de forma dirigida para un mercado con especiales y conocidos riesgos.

### **3. Precedente de ICG en licitaciones municipales**

217. La dictación de ICG ha sido un instrumento usado en el pasado por la autoridad de competencia para el ámbito de licitaciones municipales, en lo particular, para el mercado de recolección, transporte y disposición final de residuos domiciliarios, con la dictación de la ICG N°1/2006, y su posterior modificación a través de la ICG N°3/2013 (en adelante, “ICG N°1” e “ICG N°3”).

218. Para la dictación de la ICG N°1, la FNE expuso como motivación y necesidad: (i) las reiteradas oportunidades que se solicitaba su intervención, tanto para absolver consultas de municipalidades y empresas como para resolver conflictos que dicen relación con el mercado en cuestión; (ii) la necesidad de otorgar certeza jurídica a los actores oferentes respecto de los criterios básicos a los que se sujetan; y, (iii) la promoción de la libre competencia en las licitaciones.

219. Al momento de resolver, el H. TDLC estableció que la motivación principal que dio lugar a la procedencia de la dictación de las ICG N° 1 e ICG N°, fue la necesidad de establecer los criterios básicos a los que deben sujetarse las bases de licitación, para el resguardo de la *“publicidad, transparencia y libre acceso al mercado, así como la existencia de condiciones objetivas, generales, uniformes y no discriminatorias, que fomenten la participación de la mayor cantidad de oferentes posible en las licitaciones en cuestión y el ingreso de nuevos actores a las distintas fases del proceso de tratamiento de residuos sólidos domiciliarios”*.

220. Luego, al momento de dejar sin efecto la ICG N°1 por medio de la ICG N°3, el H. Tribunal destacó que la primera habría cumplido con su propósito, pues

permitió que los procesos de licitación de las municipalidades para el tratamiento de residuos domiciliarios fueran más transparentes, abiertos y objetivos, incrementando a su vez, la competencia en el mercado, lo que fue acreditado con los índices de concentración de la industria que se observaron a la baja<sup>152</sup>.

221. Es decir, es un hecho que las ICG N°1 tuvo el efecto de impactar de manera positiva las condiciones de competencia de las licitaciones municipales. Este precedente es importante para el caso de autos, puesto que las necesidades de dictación de las ICG mencionadas, en cuanto a defectos y riesgos, son semejantes en los aspectos de libre competencia.

222. Asimismo, se debe considerar que el mercado de licitaciones de obra pública municipal es una materia de recurrente revisión por parte de esta Fiscalía y el H. Tribunal, tanto en procedimientos contenciosos como no contenciosos, por lo que el alcance general de la ICG no sólo ayudaría como mecanismo de prevención, sino que además, al igual que la a ICG N° 1 y la ICG N° 3, entregaría certeza jurídica y predictibilidad a todos los actores del mercado respecto de los lineamientos y criterios relevantes en materia de bases de licitación de obra pública.

## **B. Lineamientos para considerar en las ICG en la licitación de Obra Pública Municipal**

223. Conforme a los lineamientos jurisprudenciales en materia de licitación pública descritos en la sección II.C, y, de acuerdo con los antecedentes obtenidos en los análisis de las bases de licitación de las municipalidades, esta Fiscalía recomienda los lineamientos que se expondrán a continuación, para que sean considerados por el H. Tribunal en la dictación de ICG en el ámbito de la contratación pública de obras municipales.

224. Al respecto, se destaca que los lineamientos que serán promovidos por esta Fiscalía pueden ser aplicables a las licitaciones de obra pública en general, independiente del tamaño, monto, características o complejidades del proyecto, puesto que son proporcionales y no generan costos o dificultad significativa para las licitaciones más pequeñas que las analizadas en este

---

<sup>152</sup> Cons. Sexto y séptimo, ICG N° 3/2013.

aporte de antecedentes, pues comparten estructuras de Bases y criterios de asignación similares.

### **1. Sobre el modelo de bases licitación de obra pública municipal**

225. Esta Fiscalía constató que la participación de oferentes admisibles en las licitaciones de obra pública municipal es de una mediana de 2 oferentes. Asimismo, que el precio es una variable de adjudicación que se pondera en un 32%, mientras que las otras características distintas en un 68%.

226. Según la jurisprudencia en la materia, los estudios que ha realizado esta Fiscalía y lo indicado por las autoridades internacionales, existe una relación entre la baja participación de oferentes en las licitaciones y los requisitos que se establecen para valorar a los oferentes, puesto que, algunos de estos pueden constituir obstáculos o restricciones que desincentivan concursar por la alta probabilidad de no poder cumplir con ellos. Lo anterior, en desmedro de la competencia por el factor precio -único factor variable- cuando se le otorga una baja ponderación o relevancia como variable de adjudicación.

227. Esta Fiscalía observa que es necesario exigir para las licitaciones de obra pública municipal un modelo de bases que otorgue alta preponderancia a la oferta económica y la variable precio, con la finalidad de que la competencia por la adjudicación sea por el proyecto que reporte mayores eficiencias. No es aconsejable que las condiciones técnicas de la oferta sean evaluadas con nota o asignación de puntajes. Al contrario, debe propenderse a establecerlas como estándares mínimos y objetivos, que determinen la admisibilidad de la oferta y su aprobación para participar de la licitación.

228. En este sentido, se estima que el modelo de dos etapas constituye el diseño de bases que ordena de mejor manera la evaluación preponderante de la oferta económica para la adjudicación y la valoración independiente del resto de los aspectos como criterios de admisibilidad. La primera etapa se debe enfocar en seleccionar las ofertas que son aptas para participar en la licitación y que cumplen con los requisitos objetivos, mínimos y suficientes para competir por la adjudicación (experiencia, capacidad económica, entre otros). Luego, en la segunda etapa, la oferta económica debe ser la única variable -o al menos la predominante- con la que competirán los oferentes por la adjudicación.

229. Ahora, el H. Tribunal ha establecido -respecto de otro tipo de licitaciones- que el modelo de dos etapas no es el único eficiente ni el que necesariamente debe ser implementado para el resguardo de la libre competencia en las licitaciones públicas, sobre todo respecto de servicios que no son homogéneos y que se refieren a mercados incipientes que se encuentran en desarrollo, donde los aspectos técnicos son importantes para el adecuado cumplimiento del proyecto<sup>153</sup>.

230. Al respecto, se debe mencionar que, si bien el ámbito de licitaciones de obra pública municipal no es de una homogeneidad absoluta respecto de los distintos servicios de construcción, tampoco se observa una heterogeneidad relevante en sus características esenciales, puesto que las actividades específicas que implican, como los materiales, las tecnologías, técnicas constructivas, insumo, personal y procedimientos que se utilizan son relativamente uniformes en el rubro, además de ser de objetiva evaluación.

231. Asimismo, se debe destacar que el ámbito de la construcción de obra no constituye un mercado nuevo y del cual no se tenga antecedentes de su evolución, sino que, todo lo contrario. Existen precedente e historial extenso respecto del comportamiento de la industria para hacer seguimiento, además de los registros públicos de proveedores que entregan antecedentes concretos respecto de las características técnicas de las obras y su ejecución. Además, sobre la preocupación natural por el cumplimiento de los proyectos, se debe hacer presente que en la industria en comento existen otros mecanismos para garantizar su correcta y oportuna ejecución, como son las garantías de seriedad de la oferta y de fiel cumplimiento.

232. En este sentido, los reparos para no promover el modelo de dos etapas en el diseño de licitación de obra pública municipal no son plausibles ni suficientes en comparación con sus beneficios para el resguardo de la competencia, en particular, para la participación de mayor número de competidores.

---

<sup>153</sup> En este sentido, el H. Tribunal en el cons. 145 y siguientes, Informe 29/2022; cons. 184 y siguientes, Informe 30/2022 y el cons. 14 al 130 Informe 31/2022. En la misma jurisprudencia, adicionalmente el TDLC destaca que no es posible afirmar cuál modelo de adjudicación es superior en cuanto a eficiencia asignativa, pues no existe uno general completamente aceptado. En este sentido, expresa que es la entidad licitante quien debe hacer un ejercicio de ponderación para determinar el mecanismo que finalmente adopte para evaluar las exigencias técnicas

233. Sin perjuicio de lo expuesto, esta Fiscalía estima que la única variable de adjudicación que ha sido identificada como relevante para ser ponderada en conjunto con la oferta económica en la etapa de adjudicación, sería el plazo para la ejecución del proyecto, atendidas las necesidades de política pública de los municipios y los diferentes fines que la ley les encomienda satisfacer en beneficio de la comunidad.

234. En subsidio de lo señalado, esta Fiscalía estima necesario establecer al menos que el precio tenga una ponderación mínima del 60% en relación con el resto de los criterios de evaluación, puesto que, con dicha ponderación los competidores con menos experiencia o capacidad económica no se ven excesivamente castigados, además de resguardar el riesgo de la presentación de ofertas temerarias que posteriormente deban ser desechadas. Se destaca que, conforme al análisis económico que realizó esta Fiscalía, no sería justificable utilizar una ponderación del precio menor al porcentaje indicado, puesto que de lo contrario constituiría un indicio de la existencia de un factor exclusorio en la licitación.

235. Ahora, esta Fiscalía destaca como necesario establecer una ponderación mínima de la oferta económica mediante ICG puesto que, según la investigación realizada, las municipalidades no tienen grandes incentivos para hacerlo de forma voluntaria. Lo anterior, especialmente respecto de las obras municipales que se realizan con fondos externos -que corresponden al 86,6% del total de las obras que licitan las municipalidades- en las que, en caso de existir excedentes de los fondos asignados, estos deben ser devueltos a la SUBDERE o gobierno regional, según corresponda, lo que genera que las municipalidades no cuenten con incentivos para administrar de forma eficiente los recursos públicos asignados y generar ahorros.

## **2. Limitar las posibilidades de renegociación**

236. Otro de los defectos que pueden ser abordados por las ICG, dice relación con la presentación de ofertas temerarias o no serias, respecto de las cuales el oferente se desiste de su adjudicación, o bien, solicita renegociación de las condiciones presupuestarias o técnicas para poder cumplir con el proyecto. Este defecto requiere ser regulado por medio de un mecanismo que entregue certeza a la entidad licitantes, sin necesidad de sobredimensionar la exigencia de requisitos técnicos (que excluiría a potenciales oferentes igualmente

idóneos), y que entregue predictibilidad al oferente para participar en la licitación.

237. Al respecto, esta Fiscalía estima que además de aumentar el estándar de descripción, especificidad y claridad respecto del proyecto que se licitan -para efectos de que los oferentes hagan propuestas realistas que se sujeten de forma estricta a las bases- es esencial que se limiten de forma expresa las causales y oportunidades por las cuales la entidad licitante permitirá la renegociación de las condiciones del proyecto adjudicado. Así, las municipalidades deben explicitar en las bases de licitación, con criterios objetivos y verificables, las razones por las cuales permitirá se realicen modificaciones al proyecto que impliquen extensión de los plazos originales o aumento de la asignación presupuestaria.

### **3. Recomendaciones para la evaluación de los criterios de adjudicación**

#### **a. Inscripción en Registros oficiales como herramienta de evaluación**

238. En línea con lo desarrollado precedentemente, todos los criterios técnicos diferentes al precio deben ser evaluados en relación con estándares mínimos, objetivos y verificables, los cuales deben quedar especificados en las bases de forma idónea, clara y suficiente, precisando los documentos o certificados que se requieran acompañar, para efectos de evitar la discrecionalidad en la adjudicación.

239. Al respecto, el H. Tribunal ha destacado que los factores de evaluación deben estar asociados a estándares mínimos, claros, y objetivos, que eviten la discrecionalidad y arbitrariedad de la municipalidad en la evaluación<sup>154</sup>. En este sentido, las bases deberán especificar: *“(a) el nivel mínimo de requisitos técnicos a cumplir para que una oferta sea declarada admisible; y (b) el tipo de documentación que se considerará válida para acreditar lo anterior, remitiéndose, en la medida que sea factible, a aquellos que den cuenta fehacientemente del cumplimiento de lo solicitado, no debiendo constituir, en caso alguno, una barrera a la entrada”*<sup>155</sup>.

<sup>154</sup> Cons. 149, Informe 29/2022.

<sup>155</sup> Cons. 149 y 150, Informe 29/2022.

240. Con todo, esta Fiscalía estima que otra alternativa para evaluar los aspectos técnicos del oferente con criterios mínimos y objetivos, es por medio de acreditar que los participantes de licitaciones de obra pública municipal se encuentren inscritos en los registros oficiales de contratistas del MOP y/o el MINVU, independiente de su inscripción en “ChileProveedores”. Esta herramienta -además de resguardar la competencia, al establecer estándares mínimos y objetivos y disminuir la arbitrariedad- reduce los costos de participación y los riesgos en la evaluación de antecedentes por parte de las municipalidades.

241. En todo caso, la exigencia al proveedor de estar inscrito en el Registro del MOP o MINVU, debe ser lo suficientemente específica respecto de la categoría y rubro que se requiere, el cual no debe ser injustificadamente limitado, sino que debe considerar todos aquellos idóneos para el desarrollo de la obra que se licita. Asimismo, la exigencia de la categoría y rubros alternativos debe ser proporcional a la complejidad de la obra a licitar.

242. Ahora, esta Fiscalía estima que en ningún caso no estar inscrito en el registro del MOP o MINVU debe constituir una restricción para participar en la oferta. Las bases siempre deben permitir que el estándar del registro respectivo, relacionado con las exigencias de una categoría y rubro específico, se puedan acreditar mediante otros antecedentes, sin necesidad de que el oferente se encuentre inscrito. En este caso, los estándares del registro seleccionado serán aquellos criterios mínimos y objetivos que deberán ser acreditados por el oferente de forma alternativa.

#### **b. La experiencia como exigencia amplia**

243. Según ha desarrollado la jurisprudencia y esta Fiscalía en recomendaciones anteriores, en las licitaciones públicas se debe evaluar la experiencia de forma amplia, sin limitarla al proyecto específico que se licita, o a la condición de que se haya adjudicado uno similar, sino que a todas las experiencias afines que requieran habilidades equivalentes<sup>156</sup>. En cambio, establece que las bases deben ampliar la experiencia exigida a las diferentes actividades afines, sobre

---

<sup>156</sup> Cons. 139 y condición B.1, Informe 29/2022.

todo en aquellos casos en que no se requiere un “*know how*” sofisticado para construir y operar un proyecto<sup>157</sup>.

244. Este lineamiento debe ser recogido para las licitaciones de obra pública municipal, puesto que, conforme se mencionó, el rubro se constituye de actividades que requieren tecnologías, técnicas, insumo, personal y procedimientos que son relativamente homologables en la práctica, y de las cuales se puede hacer un seguimiento y verificación objetiva. Por lo anterior, no existe justificación para limitar el rubro de construcción a un tipo específico de obra en las bases de licitación.

245. Esta Fiscalía ha coincidido con la jurisprudencia del H. Tribunal, precisando que “*considera razonable una exigencia de 3 años de experiencia en proyectos de complejidad menor, y de 5 años en proyectos de complejidad mayor. Con todo, en cualquier caso, debe considerarse que este no genere la exclusión de potenciales oferentes capacitados (...)*”<sup>158</sup>.

246. Por último, se requiere que las bases de licitación incluyan un listado taxativo de los documentos y requisitos mínimos necesarios para dar cumplimiento a la experiencia que se requiera acreditar<sup>159</sup>, lo cual igualmente debe ser indicado de forma clara a los oferentes.

### **c. La capacidad económica no debe favorecer arbitrariamente a agentes económicos determinados**

247. La jurisprudencia ha destacado que la capacidad económica exigida en las bases “*deberán especificar el monto del patrimonio mínimo requerido, el que no debe constituir un desincentivo a la entrada de nuevos interesados a la concesión*”<sup>160</sup>. En este sentido, esta Fiscalía estima que el diseño de las bases de licitación debe evitar toda circunstancia o requerimiento que favorezca arbitrariamente a algún competidor respecto de otro<sup>161</sup>. El monto a solicitar en

<sup>157</sup> Cons. 63, Resolución N°63/2021; Cons. 90, Resolución N° 66/2021; Cons. 55, Sentencia N° 77/2008, TDLC.

<sup>158</sup> FNE. Guía para la elaboración de bases de licitación pública de terminales terrestres interurbanos (2022). p. 9.

<sup>159</sup> Cons. 140, condición B.2 y B.3, Informe 29/2022.

<sup>160</sup> Recomendación N°10, Informe N°18/2020.

<sup>161</sup> FNE. Compras públicas y Libre Competencia. Material de Promoción N° 1, abril 2011, p. 14.

ningún caso puede ser desproporcionado en relación a la magnitud y complejidades del proyecto a licitar.

248. Conforme se ha indicado, para efectos de asegurar la seriedad de la oferta y su cumplimiento, las municipalidades cuentan con otros mecanismos alternativos de resguardos como lo son las garantías requeridas para este fin, siendo innecesario sobredimensionar requisitos como la capacidad económica o la experiencia.

#### **d. Plazos para la presentación de ofertas**

249. Si bien no existe regulación especial sobre el plazo de presentación de ofertas para el caso de las licitaciones de obra pública, esta Fiscalía estima que, el plazo de debe ser suficiente y proporcional a la complejidad y la magnitud de la obra que se licite<sup>162</sup>. En este sentido, en caso de que la licitación sea compleja y haya requerido, por ejemplo, estudios preliminares de seis meses, el plazo para presentar ofertas no puede ser menor a este tiempo.

250. Asimismo, si la municipalidad realiza modificaciones a las bases de licitación<sup>163</sup>, o si existen cambios relevantes en las condiciones de la licitación o de la información disponible para los interesados, se deberá considerar nuevamente un periodo suficiente de consultas y respuestas a las preguntas de los oferentes para la determinación del plazo para presentar, rectificar o modificar ofertas. Nuevamente este plazo debe ser proporcional a la magnitud de la modificación realizada a las bases, considerando las gestiones, estudios y cotizaciones extras que deberán realizar los oferentes para la propuesta.

---

<sup>162</sup> Importa mencionar que, especial pronunciamiento ha tenido este H. Tribunal sobre las licitaciones de obra pública que se desarrollen en el marco de la Ley N°19.865 sobre Financiamiento Urbano Compartido. Al respecto, ha indicado que el proponente del proyecto cuenta con una ventaja en comparación con sus competidores respecto del tiempo de elaboración de la oferta, puesto que conoce el proyecto y sus particulares con anterioridad. Por esta particularidad, la jurisprudencia establece que el plazo que fije las bases debe tener en consideración el tiempo adicional que tuvo el proponente del proyecto, por ejemplo, considerar un plazo de seis meses, prorrogables, en caso de que el proponente del proyecto haya tenido un año de estudio preliminar. (Cons. 83, Resolución N° 66/2021, TDLC.).

<sup>163</sup> En caso de que las bases tengan modificaciones en el curso del proceso de licitación, está Fiscalía ha precisado que “*deberá ampliarse el plazo para presentar ofertas por un número de días suficiente para la adecuación de los proyectos y modelos de negocios de los oferentes, según la entidad de las modificaciones*” (FNE. Guía para la elaboración de bases de licitación pública de terminales terrestres interurbanos (2022). p. 10.)

### e. Garantías proporcionales

251. Uno de los aspectos importantes que esta Fiscalía recomienda tener en consideración en la dictación de las ICG y que ha sido reconocido por la jurisprudencia, con la finalidad de no obstaculizar la participación de oferentes en licitaciones, es la proporcionalidad de las garantías requeridas en la licitación. Conforme ha destacado el H. Tribunal, *“es deseable que las garantías no sean excesivas, esto es, que no disuadan innecesariamente la participación de los interesados, para lo cual su monto no deberá superar lo necesario para cubrir los daños que irrogaría el riesgo que cubre cada una”*<sup>164</sup>.

252. Por un lado, la garantía de la seriedad de la oferta<sup>165</sup> no debería superar el valor de los posibles perjuicios económicos que sufriría el ente licitante en caso de que el adjudicatario no pueda ejecutar el proyecto y se deba desestimar la oferta. Por otro lado, la garantía de fiel cumplimiento del contrato no debe ser mayor a los perjuicios que padecería la entidad licitante en caso de que, luego de celebrado el contrato de licitación con el adjudicatario, este último no pueda dar cumplimiento al proyecto<sup>166</sup>.

253. Ahora, respecto del riesgo de la presentación de ofertas temerarias, se estima que la garantía de la seriedad de la oferta es un mecanismo mucho más pro-competitivo y eficaz que el establecimiento de ofertas económicas mínimas para la evaluación<sup>167</sup>, puesto que estas últimas pueden tener el efecto contrario, ya sea porque excluyen a oferentes más eficiente o porque pueden hacer proliferar la presentación de ofertas mínimas que posteriormente no se podrán ejecutar o se requerirá renegociación<sup>168</sup>.

<sup>164</sup> Cons. 140, Informe N° 18/2020 FNE.

<sup>165</sup> Se debe tener presente que H. Tribunal ha aceptado que la garantía de seriedad de la oferta se haga efectiva en dos casos: cuando el adjudicatario modifique las condiciones de su oferta y cuando el proponente se desiste de su oferta después de la adjudicación (Condición B.14 y B.15, Informe N°31/23, TDLC).

<sup>166</sup> Cons. 173, Informe N°31/23, TDLC.

<sup>167</sup> Cons. 87, Informe N° 18/2020.

<sup>168</sup> Cons. 83, Informe N° 18/2020 TDLC.

#### **4. Buenas prácticas que promueven la competencia y evitan ilícitos anticompetitivos**

##### **a. Promover estándares mínimos de la entidad licitante**

254. Conforme a las recomendaciones que ha realizado esta Fiscalía en el Informe de Estudio de Compras Públicas, es necesario que la municipalidad como entidad encargada de diseñar las bases y el proceso de contratación, de forma diligente promueva los mecanismos para reducir las asimetrías de información con los posibles oferentes del servicio a licitar. Lo anterior, con el fin de obtener licitaciones más eficientes y bases de licitación más competitivas.

255. Esta Fiscalía estima que se debe promover para las licitaciones de obra pública, la realización de estudios de las necesidades de la licitación y consultas al mercado y los oferentes, con el fin de solicitar exigencias pertinentes y proporcionadas en las bases. En este sentido, lo óptimo es contar con algún respaldo objetivo de cada exigencia propuesta en las bases, en relación con los hallazgos obtenidos por la entidad licitante.

256. Por otro lado, en materia de colusión y corrupción, esta Fiscalía ha realizado recomendaciones generales donde se ha destacado el deber de la entidad licitante de detectar y denunciar las ilegalidades o denunciar de forma reservada cualquier colusión de la que sospeche durante el desarrollo de la licitación, lo cual es pertinente quede establecido como un estándar de conducta funcionaria<sup>169</sup>. En el mismo sentido, se debe mandar que la entidad licitante actúe de forma impredecible, reduciendo la excesiva predictibilidad en las bases de licitación<sup>170</sup>.

##### **b. Contacto cero entre oferentes**

257. Según ha sostenido anteriormente esta Fiscalía, se debe evitar cualquier instancia de contacto entre oferentes, con lo que se ha recomendado de forma estricta el no contacto entre interesados y evitar crear instancias donde se pueda conocer la identidad de los potenciales oferentes o interesados. Para el efecto, se ha recomendado en otras oportunidades: (i) permitir la presentación de ofertas vía email u otros medios electrónicos; (ii) mantener anónima la

---

<sup>169</sup> FNE. Compras públicas y Libre Competencia. Material de Promoción N° 1, abril 2011, p. 14.

<sup>170</sup> FNE. Compras públicas y Libre Competencia. Material de Promoción N° 1, abril 2011, p. 16.

identidad del oferente (por ejemplo, usando un número en vez de nombres); y, (iii) exigir una declaración jurada de que no hay colusión<sup>171</sup>.

258. Ahora bien, en el ámbito de obra pública municipal, el H. Tribunal ha sido explícito en indicar que se deben prohibir que las bases contemplen visitar técnicas a terreno u otras instancias análogas, donde se puedan reunir y conocer los potenciales oferentes que participarán en la licitación. Al respecto, la jurisprudencia refiere que, sin perjuicio de ser importante resguardar la transparencia y el principio de igualdad de concurrencia de los interesados en la licitación, estas reuniones tienen como riesgo facilitar la colusión y coordinación entre los interesados. En este sentido, el Tribunal razona que se debe hacer un ejercicio de ponderación de los bienes jurídicos comprometidos, resolviendo como necesario prohibir que las reuniones y visitas informativas tengan el carácter de “*obligatorias y simultaneas*”<sup>172</sup>.

259. Por su parte, esta Fiscalía ha manifestado que esta clase de instancia “*promueve la interacción entre los interesados por la concesión antes de la presentación de ofertas, lo cual aumenta el riesgo de coordinación o colusión entre ellos y, además, el conocer ex ante quiénes son los potenciales oferentes, reduciría la intensidad competitiva del proceso licitatorio, ya que los oferentes podrían utilizar dicha información para adecuar sus ofertas*”<sup>173</sup>.

260. En definitiva, la municipalidad debe diseñar instancias alternativas para cubrir la necesidad de los oferentes de conocer la obra en terreno para los requerimientos técnicos. Por ejemplo, elaborar un registro de visitas de los oferentes de forma individual, donde se mantenga anónima su identidad, con las preguntas y respuestas que se hayan desarrollado en la misma, las cuales deberán publicarse para el conocimiento de todos los participantes, antes de que se presenten las ofertas.

### **c. Evitar la discrecionalidad y arbitrariedad en las bases de licitación**

261. Importa considerar que el H. Tribunal ha rechazado estipulaciones vagas que otorgan facultades extremadamente discrecionales a la entidad licitantes,

<sup>171</sup> FNE. Guía para la elaboración de bases de licitación pública de terminales terrestres interurbanos (2022). p. 3.

<sup>172</sup> Cons. 93 a 95, Resolución N° 66/2021 TDLC; Condición Tercera, Resolución N° 63/2021 TDLC., Sentencia N° 119/2012, c. 95°; Sentencia N° 175/2020, c. 135°, TDLC.

<sup>173</sup> Informe de la FNE en el expediente Rol NC N° 462-20, folio 7, pp. 30 y 49.

respecto de la evaluación de los criterios de adjudicación y las causales para declarar desierta una licitación. Por ejemplo, se ha rechazado que estas dispongan en las bases que la municipalidad “*se reserva el derecho de adjudicar al proponente, cuya oferta resulte más conveniente para sus intereses y declarar desierta la licitación*”<sup>174</sup>.

262. En este sentido, se ha resuelto que las bases deben explicitar en la evaluación de las propuestas bajo qué circunstancias o causales una oferta puede quedar fuera de bases o ser rechazada<sup>175</sup>, de forma taxativa y clara<sup>176</sup>. Asimismo, la jurisprudencia ha manifestado que las bases deben establecer que su terminación declarando desierta la licitación será por medio de resolución fundada<sup>177</sup>.

263. Esta Fiscalía destaca la necesidad de que las bases de licitación eviten la discrecionalidad de forma general, recogiendo los lineamientos antes expuestos, usando un lenguaje concreto y certero, para efectos de aumentar la confianza, predictibilidad y la certeza jurídica de los oferentes para participar en los procesos de licitación.

264. Por último, en relación con evitar la arbitrariedad, esta Fiscalía ha agregado que, además de que la entidad licitante debe evitar realizar cambios de las condiciones de manera innecesaria<sup>178</sup>, las modificaciones deben ser excepcionales respecto de materias relevantes<sup>179</sup>. Esto debe ser una directriz general que rija a las municipalidades, puesto que aquellas que realizan modificaciones reiteradas o arbitrarias, generar incertidumbre en los oferentes y pueden desincentivar su participación en las licitaciones futuras.

#### **d. Reserva del presupuesto máximo disponible**

265. Conforme a la jurisprudencia revisada y los riesgos observados, esta Fiscalía estima como óptimo que las municipalidades eviten dar a conocer el

<sup>174</sup> Cons. 68, Resolución N° 63/2021, TDLC. En un sentido similar, Cons. 119, Resolución N° 66/2021, TDLC.

<sup>175</sup> Cons. 70, Res. 63/2021.

<sup>176</sup> FNE. Guía para la elaboración de bases de licitación pública de terminales terrestres interurbanos (2022), pág. 11.

<sup>177</sup> Cons. 98 y 99, Informe 18/2020; Cons. 70, Resolución 63/2021, TDLC.

<sup>178</sup> FNE. Compras públicas y Libre Competencia. Material de Promoción N° 1, abril 2011, pág. 16.

<sup>179</sup> FNE. Guía para la elaboración de bases de licitación pública de terminales terrestres interurbanos (2022), pág. 11.

presupuesto máximo disponible para el servicio de construcción de obra que van a licitar, puesto que se desincentivaré la presentación de ofertas menores que compitan en reducir costos.

266. No se debe publicar el presupuesto disponible para pagar por el servicio, puesto que, según el estudio de esta Fiscalía, *“existe una correlación entre su presencia y una menor entrada, plausiblemente, porque se reduce la expectativa del beneficio que se puede obtener de un determinado contrato”*<sup>180</sup>. Sobre este aspecto, el H. Tribunal ha resuelto que el propósito debe ser incentivar a que los oferentes compitan en bajar los costos del servicio para presentar ofertas económicas de precios menores<sup>181</sup>.

267. En el mismo sentido, para el caso de la concesión de obra pública, si bien la oferta económica puede ocupar como criterio de evaluación el precio máximo que la municipalidad podrá cobrar y recibirá de pago por los derechos de la concesión -y por la cual la oferta además podrá ser desestimada-, en ningún caso dicho valor debe ser revelado a los oferentes antes de presentar sus ofertas económicas, puesto que se desvían los incentivos para presentar ofertas menores<sup>182</sup>, además de que posteriormente, es muy probable, que se financien dichos pagos por medio del traspaso de estos cobros a los usuarios finales del servicio.

268. Esta Fiscalía considera que el valor referencial de las licitaciones ya es indicado al público en general con la clasificación de categorías que ocupa ChileCompras (LR, LP, LQ, etc.) las cuales establecen rangos de montos para segmentar. Esta Fiscalía estima que dicha información es suficiente para dar predictibilidad a los oferentes respecto del tipo y magnitud de licitación.

#### **e. Agilizar los pagos que realiza la Municipalidad**

269. Conforme ha constatado esta Fiscalía en estudios anteriores, uno de los mayores desincentivos del sistema de licitación pública es el retraso en los pagos a los proveedores por parte de los órganos públicos, puesto que, es conocido que la Administración del Estado no realiza sus pagos a tiempo, lo que lo convierte en un contratante más riesgoso y evitado por los proveedores dado que existen oferentes que no se encuentran en condiciones de soportar

<sup>180</sup> FNE. Informe de Estudio Compras Públicas, pág. 242.

<sup>181</sup> Cons. 18.1 y 32, Resolución N° 58/2019, TDLC.

<sup>182</sup> Cons. 37, Resolución 63/2021; Cons. 79,82 y 90, Informe N° 18/2020 TDLC.

el retraso en los pagos o la insolvencia del deudor<sup>183</sup>. Lo anterior también afecta a las municipalidades en las licitaciones de obra pública, por lo que se deben establecer mecanismos que promuevan la agilización de su gestión, con el objeto de aumentar el atractivo para participar en licitaciones,

270. Al respecto, esta Fiscalía estima necesario que el H. Tribunal evalúe mecanismos de gestión para que las municipalidades puedan agilizar los pagos a los adjudicatarios, los que, a su vez, deben quedar establecidos en las bases de licitación para la certeza jurídica de los participantes. Por ejemplo, uno de los mecanismos es establecer la suspensión del servicio licitado en caso de que la municipalidad se retrase en un estado de pago dentro de un plazo razonable. Para lo anterior, se pueden considerar como referencia los plazos regulados en la Ley N° 21.131, sobre pago a treinta días, que modifica la ley N° 19.983, que regula la transferencia y otorga mérito ejecutivo a copia de la factura.

271. La normativa referida, consagra regulación especial para los organismos públicos afectos a la LCP, siendo por tanto plenamente aplicable a los municipios. Al respecto, se dispone que el plazo de pago es de 30 días corridos (al igual que las entidades privadas), sin embargo, se puede establecer un plazo de pago de hasta 60 días en caso de licitación o contratos. Asimismo, se hace presente que, en caso de incumplimiento, la regulación contempla que se generarán las responsabilidades administrativas de los funcionarios que pudieran corresponder<sup>184</sup>.

272. Finalmente, se hace presente al H. Tribunal que estos plazos máximos de pago se encuentran vigentes a la fecha según el calendario de promulgación de la ley.

## **5. Recomendaciones para las licitaciones con financiamiento externo**

273. Por último, esta Fiscalía destaca la preocupación por los bajos incentivos que tienen los municipios para administrar de forma eficiente los recursos externos que son asignados para ejecutar obra pública municipal. Por lo anterior, se estima como necesario que todos los lineamientos expuestos en esta presentación sean también exigibles en las licitaciones municipales cuyas

<sup>183</sup> FNE. Informe Estudio Compras Públicas, p. 250 y siguientes.

<sup>184</sup> Ver nuevos artículos 2° bis, 2° ter, 2° quáter y 2° quinquies de la Ley 19.983, agregados por el artículo 1° n° 3 de la Ley N° 21.131.

bases sean determinadas por otras entidades que otorgan financiamiento a las municipalidades, cuando tengan competencia para intervenir de forma directa o indirecta en la aprobación y/o diseño de las bases de licitación de los proyectos de ejecución de obra pública municipal.

**POR TANTO,**

**SOLICITO AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA:** tener presente los antecedentes aportados a este procedimiento de dictación de ICG para las licitaciones de obra pública municipal y, en definitiva, adoptar las ICG necesarias para promover la debida competencia en ellas y prevenir riesgos de conductas anticompetitivas, que consideren al menos aquellas que han sido desarrolladas en esta presentación.

**PRIMER OTROSÍ:** Solicito a este H. Tribunal tener por acompañados los siguientes documentos, con citación:

1. Anexo Metodológico FNE N° 1.pdf
2. Anexo Metodológico FNE N° 2.pdf
3. Bases Datos y do files FNE.rar

**POR TANTO,** solicito a este H. Tribunal acceder a lo pedido.

**SEGUNDO OTROSÍ:** Solicito a este H. Tribunal tener presente que las resoluciones que se verifiquen con ocasión de esta causa sean notificadas conjuntamente a los siguientes correos electrónicos: [adomic@fne.gob.cl](mailto:adomic@fne.gob.cl), [csantelices@fne.gob.cl](mailto:csantelices@fne.gob.cl) y [colivares@fne.gob.cl](mailto:colivares@fne.gob.cl).

**TERCER OTROSÍ:** Al H. Tribunal solicito tener presente mi personería para representar a la Fiscalía Nacional Económica, conforme lo dispuesto en los artículos 79 y siguientes del DFL N°29 de 2004, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°18.834, sobre Estatuto Administrativo, y de lo dispuesto en la Resolución Exenta FNE N° 636, de fecha 9 de septiembre de 2019, que Establece Orden de Subrogancia en la Fiscalía Nacional Económica y se acompaña en el presente otrosí.

Según la referida Resolución Exenta FNE N°636, en caso de ausencia o impedimento del titular del cargo de Fiscal Nacional Económico, el primer subrogante que lo reemplaza por el solo ministerio de la ley, es el Sr. Felipe Cerda Becker, titular del cargo de Subfiscal Nacional.

Sin embargo, como se indica en el certificado de fecha 6 de marzo de 2023 firmado por la Jefa de la División de Administración y Gestión de la Fiscalía Nacional Económica, también acompañado en el presente otrosí, el Sr. Felipe Cerda Becker se encuentra haciendo uso de licencia médica desde el día 3 de abril y hasta el 2 de mayo del 2023; razón por la cual también se encuentra impedido de subrogar el cargo de Fiscal Nacional Económico.

En dicha situación y de conformidad a lo dispuesto en los artículos 4°, inciso final, y 80° de la Ley N°18.834, y al Dictamen N°46.852 de 2006 de la Contraloría General de la República, procede que subrogue al cargo de Fiscal Nacional Económico el siguiente funcionario en el orden de subrogancia, ejerciendo en consecuencia por el solo ministerio de la ley como Fiscal Nacional Económico Subrogante, para todos los efectos legales.

Asimismo, solicito se tenga presente que, en mi calidad de abogada habilitada para el ejercicio de la profesión, asumiré personalmente el patrocinio en estos autos, con el domicilio singularizado en la comparecencia. Sin perjuicio de lo anterior, por este acto confiero poder a los abogados habilitados para el ejercicio de la profesión, **Alejandro Domic Seguich** y **Camilo Santelices Vergara**, ambos de mí mismo domicilio, quienes podrán actuar de forma separada e indistintamente con la suscrita y firman en señal de aceptación.