

REPÚBLICA DE CHILE

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA

LIBRE COMPETENCIA

INSTRUCCIONES DE CARÁCTER GENERAL N° 6/2024

Santiago, treinta de diciembre de dos mil veinticuatro.

- PROCEDIMIENTO

:

No Contencioso
- ROL

:

NC N° 482-20
- SOLICITANTES

:

Constructora Luis Navarro SpA y Constructora Cristi Limitada
- OBJETO

:

Solicitud de dictación de Instrucciones de Carácter General sobre contratos de obra pública licitados por municipios
- APORTANTES DE ANTECEDENTES

:

1. Cámara Chilena de la Construcción A.G.

2. Fiscalía Nacional Económica

3. Dirección General de Obras Públicas

4. Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo

5. Contraloría General de la República

6. Fiscalía Nacional del Ministerio Público

7. Dirección de Compras y Contratación Pública

8. Ilustre Municipalidad de Coyhaique

9. Ilustre Municipalidad de Viña del Mar

10. Ilustre Municipalidad de Aysén

11. Ilustre Municipalidad de Copiapó

12. Ilustre Municipalidad de Maipú

13. Ilustre Municipalidad de Tomé

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

CONTENIDO

I. PARTE EXPOSITIVA3

 A. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LAS SOLICITANTES 3

 B. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL QUE DA INICIO AL PROCEDIMIENTO... ..6

 C. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES 7

II. PARTE CONSIDERATIVA.....9

 A. CUESTIONES PRELIMINARES 9

 B. OBJETO DEL PROCEDIMIENTO..... 13

 C. MARCO NORMATIVO 14

 D. CARACTERÍSTICAS Y CONDICIONES DE COMPETENCIA EN LA INDUSTRIA..... 17

 E. ANÁLISIS DEL DISEÑO DE LAS BASES DE LICITACIÓN 24

III. PARTE RESOLUTIVA45

 INSTRUCCIONES GENERALES QUE DEBERÁN SER CONSIDERADAS RESPECTO DE LAS CONDICIONES DE COMPETENCIA EN LAS BASES DE LICITACIÓN PARA LA CONTRATACIÓN DE OBRA PÚBLICA MUNICIPAL..... 45

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

I. PARTE EXPOSITIVA

A. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LAS SOLICITANTES

1. A folio 6, el 25 de noviembre de 2020, Constructora Luis Navarro SpA (“Constructora LN”) y Constructora Cristi Limitada (“Constructora Cristi”, junto con Constructora LN, las “Solicitantes”) solicitaron el inicio de un procedimiento no contencioso, con el objeto de que este Tribunal dictara instrucciones de carácter general (“ICG”) para el mercado de obras de infraestructura pública o contratos de obra pública, licitados por municipios (“Solicitud”), de acuerdo con el artículo 18 N° 4 del Decreto Ley N° 211 (“D.L. N° 211”).

2. En cuanto al mercado relevante, explican que la ICG solicitada debe recaer sobre diversos tipos de obras públicas realizadas por municipalidades, dando como ejemplo obras viales, de arquitectura (colegios, bibliotecas, comisarías, establecimientos de salud, viviendas sociales, entre otras), sanitarias (agua potable, alcantarillado), de intervención de parques y plazas, entre otras obras o contratos en los que sea relevante la construcción (áreas verdes, cuando no son únicamente mantenciones; y algunos contratos de remodelación, conservación o normalización).

3. Así, las Solicitantes definen el mercado relevante como la construcción de obras públicas en todas sus definiciones, incluyendo la remodelación, conservación o normalización, que se licitan por municipios del país. Explican que la definición del área geográfica y la dimensión temporal -esto es, el año fiscal en que se realizan-, de dicho mercado, depende del proceso que es definido por el propio municipio.

4. A continuación, las Solicitantes exponen un análisis de 697 licitaciones de infraestructura pública impulsadas por 223 municipalidades de todas las regiones del país entre los años 2018 y 2019 y que fueron mayores a 5.000 Unidades Tributarias Mensuales, denominadas, de tipo “LR”. Del análisis las Solicitantes concluyeron que: (i) el presupuesto promedio de obras fue alrededor de \$1.113.000, (ii) el precio fue la única variable siempre evaluada y en promedio ponderó 34,2%, (iii) la visita a terreno se exigió en el 69,2% de las licitaciones analizadas y el plazo promedio para estudiar la propuesta fue de 35,9 días corridos, lo que califican como bajo para obras complejas. Añaden que el bajo número de postulantes en las licitaciones se explica porque en el contexto de la visita a terreno diversas empresas se desisten de competir, al detectar quiénes son sus competidores; (iv) el plazo de ejecución de las obras ponderó 14,4% en promedio; (v) la experiencia fue el criterio más evaluado de las licitaciones analizadas, presentándose en el 89,7% de los casos y que, con un 25,7%, es el que más pondera después del precio. Añaden que este criterio se

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

presenta de diversas formas como, años de experiencia, metros construidos, obras realizadas, entre otras; (vi) la capacidad económica fue evaluada en el 46,4% de las licitaciones analizadas, con una ponderación promedio de 15,5%. Explican que pedir más del presupuesto total de la obra a modo de capacidad económica no hace sentido, sin perjuicio de que ello fue observado en el 47,6% de las licitaciones que evaluaron este ítem; (vii) el registro de los contratistas en el Ministerio de Obras Públicas (“MOP”) y en el Ministerio de Vivienda y Urbanismo (“Minvu”), fue evaluado en el 34,9% de las licitaciones analizadas, ponderando en promedio 16,3%.

5. Con posterioridad, las Solicitantes advierten una relación perversa entre el precio y otras variables consideradas para la evaluar a los participantes de procesos de licitación, en particular, cuando el precio tiene una ponderación igual o menor a las otras variables. Posteriormente, señalan que los factores evaluados pueden categorizarse en estáticos y móviles. Los primeros corresponden a aquellos que no pueden ser modificados al momento de presentar una oferta, como la experiencia, capacidad económica y el registro de contratista; mientras que los segundos, como son el precio, plazo de ejecución, experiencia de los profesionales en la obra, entre otros sí pueden modificarse al realizar la oferta.

6. Respecto al ítem precio, sostienen que el oferente debe escoger un precio lo suficientemente menor para adjudicarse la licitación, pero que le reporte utilidades, lo que podría dar lugar a ofertas temerarias. Concluyen que el castigo promedio al precio respecto del criterio de experiencia es de 1,3% por punto de diferencia, y opera en los hechos como una barrera a la entrada. Concluyen que las municipalidades en donde el precio fue ponderado en mayor medida, observan más participantes y la adjudicación de ofertas más baratas y beneficiosas para las arcas fiscales.

7. Las Solicitantes estiman, en base a la modelación de factores estáticos y móviles, el castigo que recibe el precio en relación con los factores estáticos de la experiencia, capacidad económica y registro de los participantes, para las distintas licitaciones ordenadas según la región del país en la cual se originaron y según tipos de obras (de arquitectura, vialidad, sanitaria, plazas, entre otras). Concluyen que nada impide a las municipalidades establecer un bajo nivel de ponderación del precio, generando los efectos antes mencionados. Por otro lado, utilizando el Sistema de Información Municipal de la Subsecretaría de Desarrollo Regional, perteneciente al Ministerio del Interior, concluyen que en municipalidades más pequeñas el número de ofertas evaluadas en procesos de licitación es relativamente menor, lo que se explicaría en la baja fiscalización por parte de autoridades y de la población que reside en dichas comunas.

8. Asimismo, las Solicitantes acusan que existiría un problema de corrupción derivado de la discrecionalidad con la que actúan las

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

municipalidades al conferir procesos de licitación, que se advierte en el hecho de reiterarse las empresas que se adjudican dichos contratos de construcción, lo que coincide, a su vez, con licitaciones donde se pondera en menor medida el precio.

9. Las Solicitantes explican los motivos que justificarían la dictación de ICG por parte de esta Tribunal, indicando que (i) las barreras artificiales entregan una apariencia de legitimidad y competencia donde no la hay; (ii) las ICG permitirían una mayor eficiencia desde la perspectiva fiscal; (iii) permitirían evitar la corrupción en la adjudicación de procesos de licitación facilitados por los mecanismos y pautas de evaluación fijadas por los municipios.

10. Por otro lado, las Solicitantes señalan que el diseño evaluación óptimo que permitirá la participación de más empresas corresponde a uno en dos etapas, una de precalificación y otra de competencia en precio. Explican que, en caso contrario de mantenerse un sistema de una etapa, el precio debería ponderar al menos en 80%, de modo de no desincentivar la participación de empresas aptas para construir las obras licitadas.

11. En lo referido al Derecho, exponen que existen dos aristas no vinculadas a la competencia de este Tribunal referidas a infracciones en la sujeción a las bases de licitación de los procesos convocados y a prácticas que atentan contra la probidad en materia de compras públicas. Explican que sí atañe a esta Magistratura las materias de libre competencia, de modo que los participantes del mercado de licitaciones de infraestructura administrado por municipios deben acomodarse a las normas que regulan la libre competencia, eliminando exigencias ficticias que distorsionan las licitaciones, tal como este Tribunal hizo respecto al mercado de recolección de residuos domiciliarios el año 2006.

12. Exponen que el marco normativo actual es insuficiente para evitar las distorsiones a la competencia descritas, atendido que no se advierten parámetros objetivos para decidir la adjudicación de bienes y servicios licitados; la estricta sujeción a las bases cuenta con una apariencia de legitimidad, que no es efectiva; no existe un trato igualitario entre los oferentes; y advierten problemas en la difusión de los procedimientos de contratación.

13. En cuanto al criterio de capacidad económica de los participantes, explican que las obras se financian por estados de pago mensuales vinculados al desarrollo o avance físico que presentan, por lo que no es necesario contar con el equivalente al 100% del valor de la obra como requisito de capacidad económica. En dicho sentido, menciona el reglamento dispuesto en el Decreto Supremo N° 127 del Minvu, que modifica el Decreto Supremo N° 330, de 1975, y aprueba nuevo Reglamento del Registro Nacional de Contratistas del Minvu, que exige acreditar experiencia y capacidad económica por parte del contratista inscrito. Adicionalmente, las Solicitantes explican que la experiencia puede ser

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

propia, a nombre del que solicita la inscripción, o del equipo que integra su personal profesional, existiendo diversas reglas relativas al cómputo de la experiencia calculada y la vigencia de la inscripción en el registro.

14. Luego, las Solicitantes describen diversos casos en que se habrían visto directamente afectadas por las barreras a la entrada erigidas por municipios. Explican que Constructora LN participó del proceso de licitación ID 2943-12-LR20 de la Ilte. Municipalidad de San Pablo, en la Región de Los Lagos, cuya pauta evaluativa consideraba una ponderación de 15% al precio, 25% capacidad económica 35% experiencia, 20% propuesta técnica y 5% registro del contratista. Exponen que existió un fuerte castigo al precio que implicaba sacrificar un 23,3% del presupuesto, lo que erigió una barrera a la entrada. Lo mismo ocurrió en la licitación ID 2289-64-LR19 de la Ilte. Municipalidad de Frutillar, que Constructora LN advirtió que fue adjudicada a un actor que acreditó un nivel de experiencia que hubiera implicado que sacrificara un precio 70% menor al presupuesto. Por su parte, Constructora Cristi participó del proceso de licitación ID 2494-15-LR20 de la Ilte. Municipalidad de Coyhaique, en el cual la forma de ponderación de la experiencia implicaba que, estimando el puntaje que se obtendría por sus competidores a partir de información pública disponible, la solicitante debiera sacrificar un 15% del presupuesto para obtener un puntaje competitivo respecto de uno de sus competidores con mayor experiencia.

15. Las Solicitantes enfatizan que la actuación de las municipalidades debe enmarcarse en las normas de la libre competencia y respetar el orden público económico, no estableciendo requisitos desmedidos, irracionales y discriminatorios en sus procesos de licitación. Todo lo anterior, en concordancia con los principios y valores que inspiran el derecho de la libre competencia.

B. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL QUE DA INICIO AL PROCEDIMIENTO

16. A folio 28, con objeto de dar cumplimiento a lo resuelto por la Excm. Corte Suprema mediante resolución de fecha 14 de noviembre de 2022, que admite a tramitación la Solicitud de autos, se dio inicio al procedimiento contemplado en el artículo 31 del D.L. N° 211 respecto del ejercicio de la facultad establecida en el artículo 18 N° 3 del mismo cuerpo legal, con el objeto de analizar la necesidad de dictar instrucciones de carácter general y determinar el ámbito y contenido de tales instrucciones, respecto de los criterios de adjudicación contenidos en las bases de licitación elaboradas por las municipalidades para la contratación de obras y/o infraestructura pública, con miras a prevenir conductas contrarias a la libre competencia, sin perjuicio de la posibilidad de efectuar recomendaciones de modificación de normas legales o

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

reglamentarias de acuerdo con lo establecido en el artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211.

17. Asimismo, para efectos de aportar antecedentes, la resolución de folio 28 ordenó oficiar a la FNE, al MOP, al Minviu, a la Subsecretaría de Desarrollo Administrativo (“Subdere”), a Chile Compra, a la CChC, y a la Asociación Chilena de Municipalidades. Luego, a folio 42 se ordenó oficiar al Ministerio Público, a folio 44 a la Contraloría y a folio 87 a diversas municipalidades.

C. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES

C.1. CChC

18. A folio 52, el 25 de abril de 2023, la CChC aportó antecedentes, realizando propuestas y recomendaciones para modificar los procesos de licitación de obras públicas efectuados por las municipalidades.

C.2. Fiscalía Nacional Económica

19. A folio 58, el 25 de abril de 2023, la FNE aportó antecedentes, realizando propuestas y recomendaciones para modificar los procesos de licitación de obras públicas efectuados por las municipalidades.

C.3. Dirección General de Obras Públicas

20. A folio 67, el 5 de mayo de 2023, aportó antecedentes la Dirección de Obras Públicas, describiendo las normas y procedimientos que rigen las licitaciones efectuadas por el MOP, sus Direcciones Generales y Servicios.

C.4. Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo

21. A folio 69, el 8 de mayo de 2023, aportó antecedentes la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, describiendo sus competencias en materia de financiamiento de obras municipales.

C.5. Contraloría General de la República

22. A folio 73, el 9 de mayo de 2023, aportó antecedentes la Contraloría General de la República describiendo sus competencias en materia de financiamiento de obras municipales y remitiendo los antecedentes con que cuenta en relación con la Solicitud.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

C.6. Ministerio Público

23. A folio 76, el 18 de mayo de 2023, aportó antecedentes el Ministerio Público, indicando que no cuenta información sistematizada de las sentencias condenatorias por delitos de corrupción cometidos en el contexto de licitaciones realizadas por municipalidades.

C.7. Chile Compra

24. A folio 82, 6 de junio de 2023, aportó antecedentes Chile Compra, describiendo sus competencias en materia de financiamiento de obras municipales y remitiendo los antecedentes con que cuenta en relación con la Solicitud.

C.8. Ilustre Municipalidad de Coyhaique

25. A folio 113, el 10 de agosto de 2023, aportó antecedentes I.M. de Coyhaique, indicando que sería poco conveniente regular los criterios de evaluación para centrarlos únicamente en precio, toda vez que los factores estáticos son igual de relevantes. Añade que cada municipio tiene características distintas que deben ser consideradas en sus procesos licitatorios.

C.9. Ilustre Municipalidad de Viña del Mar

26. A folio 116, el 14 de agosto de 2023, aportó antecedentes la I.M. de Viña del Mar, señalando los criterios y ponderadores utilizados en las licitaciones de obras públicas que realiza.

C.10. Ilustre Municipalidad de Aysén

27. A folio 117, el 16 de agosto de 2023, aportó antecedentes la I.M. de Aysén, acompañando bases administrativas utilizadas para las licitaciones de obras públicas.

C.11. Ilustre Municipalidad de Copiapó

28. A folio 119, el 17 de agosto de 2023, aportó antecedentes la I.M. de Copiapó, describiendo bases administrativas utilizadas para las licitaciones de obras públicas, y señalando los criterios y ponderadores utilizados.

C.12. Ilustre Municipalidad de Maipú

29. A folio 123, el 25 de agosto de 2023, aportó antecedentes la I.M. de Maipú, señalando los criterios y ponderadores utilizados en las licitaciones de obras públicas que realiza.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

C.13. Ilustre Municipalidad de Tomé

30. A folio 126, el 29 de agosto de 2023, aportó antecedentes la I.M. de Tomé, acompañando bases administrativas utilizadas para las licitaciones de obras públicas.

II. PARTE CONSIDERATIVA

A. CUESTIONES PRELIMINARES

A.1. Potestad del TDLC para dictar instrucciones de carácter general

31. Según lo dispuesto en el artículo 18 N° 3 del D.L. N° 211, el Tribunal puede dictar instrucciones de carácter general *“de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentarse contra ella”*. De esta manera, la facultad descrita corresponde a una potestad privativa del Tribunal de naturaleza no jurisdiccional que reconoce como límite lo dispuesto por la ley (ICG N° 4/2015, c. 1 y 3; y Resolución N° 81/2024, §§ 74 y 76). En dicho sentido, el Excmo. Tribunal Constitucional sostuvo que cuando el Tribunal ejerce esta atribución *“no se está inmiscuyendo en el ámbito de la ley, sino que está ejerciendo una atribución necesaria para el cumplimiento de su misión de promoción y defensa de la libre competencia en los mercados”* (Tribunal Constitucional, 25 de abril de 2023, Rol N° 13.949-23 INA). De esta manera, no es posible a través de la potestad de dictar ICG regular cuestiones que son materia de ley, ni fijar reglas que sean contrarias a ella (Resolución N° 81/2024, § 78).

32. Adicionalmente, una interpretación literal del texto de la norma permite concluir que las instrucciones que emita este Tribunal deben ser respecto de actos o contratos que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentarse contra ella, quedando fuera de esta potestad regulatoria todo asunto sin connotación competitiva actual o potencial (Excma. Corte Suprema, 7 de junio de 2024, en causa Rol N° 105.997-2022, c. 41°).

33. Según consta en la historia de la ley N° 19.911 de 2003, el principal objetivo de las ICG es promover la competencia o evitar atentados contra ella, garantizando la audiencia de los agentes económicos a los que se aplicarán las instrucciones y la posibilidad de aportar antecedentes en el proceso (Historia de la Ley N° 19.911, pp. 114, 396 y 397 (véase resolución de 25 de abril de 2023 del Excmo. Tribunal Constitucional, Rol N° 13.949-23 INA; y Resolución N° 81/2024, § 74). Asimismo, constituyen una explicitación de criterios y parámetros utilizados para analizar casos concretos, con el objeto de prevenir conductas anticompetitivas y evitar eventuales juicios, cumpliendo un rol de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

certeza jurídica, previsibilidad y eficiencia (ICG N° 4/2015, c. 1° y 3°; y Resolución N° 81/2024, § 79).

34. Por otra parte, la doctrina ha señalado que esta potestad permite dotar de contornos claros a las conductas dispuestas en el artículo 3° del D.L. N° 211 (Montt S., 2010, *El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como Ente Regulador del Comercio*, Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, pp. 6 y 7). Además, este Tribunal ha señalado que el procedimiento destinado a dictar ICG no necesita imponer sanciones, siendo indiferente si la conducta de las empresas es o no anticompetitiva, pues el tenor de la disposición es claro en cuanto distingue que los actos o contratos objeto de regulación pertinente deben tener “relación con la competencia”, o bien, la potencialidad de “atentar contra ella” (ICG N° 2/2012, c. 32°; ICG N° 5/2022, § 3; y Resolución N° 81/2024, § 78).

35. En línea con lo anterior, al evaluar la conveniencia de ejercer la potestad de dictar ICG, este Tribunal tiene en consideración los costos de cumplimiento y fiscalización derivados de las reglas de conducta que podría dictar, de manera que las normas a ser aplicadas deben ser claras y precisas (ICG N° 3/2013, c. 8°; y Resolución N° 81/2024, § 80).

36. Por otro lado, la Excma. Corte Suprema ha aclarado que el ejercicio de la potestad de dictar ICG no tiene por finalidad solucionar problemas competitivos particulares que puedan afectar a uno o más agentes dentro de un mercado, sino que “*se orienta a prevenir o corregir riesgos o afectaciones competitivas relevantes que puedan afectar al mercado en su generalidad*” (Excma. Corte Suprema, 7 de junio de 2024, Rol N° 105.997-2022, cc. 122°, 156°).

37. En cuanto a los destinatarios de las ICG, la Excma. Corte Suprema ha resuelto que éstos corresponden tanto a entidades de derecho privado como a organismos de la administración del Estado, atendido que “*el mandato constitucional de igualdad, tanto ante la ley, como en el trato que el Estado debe dispensar en materia económica, impide restringir (...) el ámbito de aplicación de las instrucciones*” (14 de noviembre de 2022, Rol N° 22.271-2021, c. 7°; también, véase, Resolución N° 81/2024, § 80).

38. Cabe señalar que desde que fuera otorgada esta potestad al Tribunal en la Ley N° 19.911, se han impartido instrucciones en cinco oportunidades siendo dos de ellas modificaciones o actualizaciones de instrucciones previas. Entre ellas figuran las Instrucciones de Carácter General N° 1/2006 y N° 3/2013 para el mercado de la recolección, transporte y disposición de residuos sólidos domiciliarios, dirigidas precisamente a municipalidades para efectos de promover la competencia en los procesos de licitación llevados a cabo en esa industria.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

39. En razón de ello, y atendida la naturaleza de la Solicitud de autos, cabe precisar el ámbito de análisis que efectúa este Tribunal al momento de evaluar bases de licitación.

A.2. Ámbito de análisis en materia de licitaciones

40. Este Tribunal ha analizado en reiteradas ocasiones bases de licitación elaboradas por organismos públicos, tanto en procedimientos contenciosos como no contenciosos, atendido el alcance y los efectos que su diseño e implementación pueden tener para la libre competencia (v.g., Sentencia N° 177/2021, Sentencia N° 138/2014, Sentencia N° 118/2012, Resolución N° 79/2023, Resolución N° 75/2022, Resolución N° 74/2022, Resolución N° 61/2020, Resolución N° 58/2019, entre otras). En efecto, las licitaciones son aptas para *“crear mercados nuevos, eliminar o reemplazar los existentes, o afectar positiva o negativamente la competencia en unos y otros, dependiendo de las características y estructura de los mercados en que inciden, así como de las condiciones o requisitos de participación que se establezcan en las respectivas licitaciones o concursos”* (Resolución N° 79/2022, § 118, Resolución N° 75/2022, § 3; Resolución N° 74/2022, § 5; Resolución N° 61/2020, § 5; y Sentencia N° 118/2012, c. 6°).

41. En cuanto al ámbito de análisis de las bases de licitación en esta sede, se ha señalado que corresponde fundamentalmente a su diseño, pues en ese espacio existe la posibilidad objetiva de que la libre competencia pueda verse impedida, restringida o entorpecida, o se tienda a producir dichos efectos (Resolución N° 79/2022, § 119; Resolución N° 74/2022, § 6; Resolución N° 71/2022, §§ 5 y 6; Resolución N° 61/2020, § 6; y Sentencia N° 138/2014, c. 13°). Sin perjuicio de ello, el rol de esta magistratura en la revisión del modelo de licitaciones no apunta a la determinación de reglas óptimas desde una perspectiva de eficiencia, de modo que sean incluidas disposiciones específicas en los respectivos estatutos o bases, sino que solo apunta a evitar que en una licitación se concreten riesgos anticompetitivos (Resolución N° 79/2022, § 120; Informe N° 31/2023, § 5).

42. Por otro lado, la Excma. Corte Suprema ha delimitado el ámbito de evaluación de bases de licitación a aquellos aspectos en que pudo existir discrecionalidad por parte del organismo del Estado que las elaboró, por lo que no corresponde ordenar su modificación si con ello se contraría expresamente lo regulado por legislación sectorial vigente (Excma. Corte Suprema, 15 de junio de 2009, Rol N° 1855-2009, c. 7° y 8°; y Excma. Corte Suprema, 28 de enero de 2011, Rol N° 6100-2010, c. 14°).

43. Por otro lado, este Tribunal ha resuelto que cuando las bases de licitación realizadas por un órgano del Estado se ajustan a las disposiciones del D.L. N°

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

211, cesa su competencia para pronunciarse sobre los actos de autoridad posteriores vinculados al cumplimiento y apego a las bases, y al resguardo del principio de legalidad, cuando el ordenamiento jurídico entrega el conocimiento de dichos asuntos a otras instituciones (Resolución N° 79/2023 § 121; y Sentencia N° 138/2014, c. 12°), salvo en casos calificados en que el órgano no se encuentre sujeto a control judicial o administrativo, como es el caso de aquellas entidades no reguladas en el artículo 2° de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (Sentencia N° 194/2024, cc. 33° a 36°).

44. Otro aspecto vinculado al análisis de bases de licitación dice relación con la existencia de condiciones objetivas, generales y no discriminatorias. En dicho sentido, la Excma. Corte Suprema ha señalado que la no discriminación y la igual oportunidad para que todos los agentes del mercado compitan en igualdad de condiciones, son principios que inspiran el derecho de la libre competencia (Excma. Corte Suprema, resolución de 18 de abril de 2022, causa Rol N° 125.433-2020, c. 32°).

45. En esta sede, a propósito del diseño de bases de licitación llevados a cabo por municipios, se ha señalado que, con objeto de “*asegurar la debida publicidad, transparencia y libre acceso al mercado*”, deben establecerse condiciones objetivas, generales y no discriminatorias, cuya finalidad en último término es fomentar “*la participación de la mayor cantidad de oferentes posible en las licitaciones en cuestión y el ingreso de nuevos actores*” (ICG N° 1/2006, pp. 8 y 9, c. 2°).

46. Adicionalmente, se ha definido el establecimiento de criterios generales y uniformes, como un mecanismo para evitar el ofrecimiento de condiciones más favorables para algunos competidores en desmedro de otros (Informe N° 18/2020, §§ 155 y 166; Informe N° 20/2021, § 128; Informe N° 21/2022, § 171; ICG N° 5/2022, v.gr., §§ 167, 181, 267 y 283).

47. Un ejemplo de lo anterior es que el Tribunal ha evaluado la idoneidad y el rol del establecimiento de boletas de garantía en procesos de licitación. Al respecto ha señalado que éstas no deben ser excesivas, para evitar desincentivar la entrada de competidores al mercado, que su monto debe quedar especificado en la respectiva licitación y que éste no debe superar lo necesario para cubrir los daños que irrogaría el riesgo que cubre (Informe N° 18/2020, § 140; Informe N° 20/2021, § 111; Informe N° 23/2022, § 186; Informe N° 24/2022, § 173; Informe N° 25/2022, § 162), de modo que no disuadan innecesariamente la participación de interesados en la licitación (Informe N° 30/2022, § 168). En dicho sentido, la jurisprudencia de este Tribunal ha otorgado lineamientos respecto a la garantía de seriedad de la oferta y la garantía de fiel cumplimiento al contrato (Informe N° 30/2022, § 169; Informe N° 31/2023, § 173 e Informe N° 32/2023, § 147).

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

B. OBJETO DEL PROCEDIMIENTO

48. Conforme a lo expuesto *supra*, este Tribunal instruyó el presente procedimiento con el objeto de analizar la necesidad de dictar instrucciones de carácter general, de conformidad con el artículo 18 N° 3 del D.L. N° 211, y de determinar el ámbito y contenido de tales instrucciones, respecto de los criterios de adjudicación contenidos en las bases de licitación elaboradas por las municipalidades para la contratación de obras y/o infraestructura pública, con miras a prevenir conductas contrarias a la libre competencia, sin perjuicio de la posibilidad de efectuar recomendaciones de modificación de normas legales o reglamentarias de acuerdo con lo establecido en el artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211.

49. En síntesis, las Solicitantes y los intervinientes en sus aportes solicitan dictar instrucciones en el contexto de licitaciones de obra pública municipal respecto de:

(a) El mecanismo de adjudicación y ponderación de la oferta económica, incluyendo el análisis de los distintos factores que son ponderados en la evaluación que realizan las municipalidades, sugiriendo dar preponderancia al precio (*v.gr.*, Solicitud, folio 7, p. 42; CChC, folio 52, pp. 3 y ss.; FNE, folio 58, pp. 67, 71 y ss.; Contraloría, folio 73, pp. 2 y 3; Chile Compra, folio 82, pp. 2 a 6) o destacando qué factores estáticos son igualmente relevantes (I.M. de Coyhaique, folio 113, p. 2);

(b) El deber de las municipalidades de actuar de manera objetiva, fundada y transparente (*v.gr.*, Solicitud, folio 7, pp. 47 y ss.; CChC, folio 52, pp. 3 y ss.; FNE, folio 58, pp. 34, 76 y ss.; Chile Compra, folio 82, p. 5);

(c) Evitar la corrupción y la falta de probidad en procesos de licitación (Solicitud, folio 7, p. 38);

(d) No publicar el presupuesto disponible, para incentivar competencia al generar una disminución de costos (FNE, folio 58, pp. 77 y ss.);

(e) Establecer en las bases de licitación un plazo razonable y proporcional a la magnitud del contrato, para presentar ofertas e iniciar la prestación del servicio (FNE, folio 58, pp. 70, 73 y ss.);

(f) Disponer de garantías proporcionales, de modo que no obstaculicen la participación de oferentes (FNE, folio 58, p. 74);

(g) Evitar riesgos de coordinación derivados de los contactos entre oferentes (FNE, folio 58, pp. 75 y 76); y

(h) Agilizar los pagos que realiza la Municipalidad (FNE, folio 58, pp. 78 y ss.).

50. En cuanto a los posibles destinatarios de la ICG, la FNE sostiene que los sujetos pasivos de la normativa de libre competencia, particularmente en

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

materia de revisión de bases de licitación, son los potenciales oferentes, el adjudicatario y la entidad licitante. En este último caso, corresponde a las municipalidades de forma directa, y a los GORE y Subdere cuando intervienen en el diseño de las licitaciones ejecutadas por los municipios (FNE, folio 58, p. 22).

51. Por otro lado, y tal como se precisa en la sección A.1., las ICG dictadas en ejercicio de la potestad del artículo 18 N° 3 del D.L. N° 211, requieren que las materias objeto de instrucción “*tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella*”. En dicho sentido, las diversas alegaciones de las intervinientes deben ser evaluadas y ponderadas en su mérito, siempre que se vinculen a la libre competencia en relación con las bases de licitación elaboradas por las municipalidades para la contratación de obra pública, según se expone en la sección D *infra*.

C. MARCO NORMATIVO

52. Conforme a lo indicado por la FNE, la obra pública municipal no se encuentra regulada de forma especial en nuestro ordenamiento (FNE, folio 58, p. 5). Por ello, procede acudir a las distintas normas generales que ordenan la actuación de las municipalidades en materia de contratación pública, en cuanto órganos públicos.

53. El artículo 8° bis de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado establece que la contratación administrativa debe realizarse, por lo general, a través de licitación pública, resguardando la libre concurrencia e igualdad de los oferentes, siendo la excepción la licitación privada y la contratación directa. Al respecto, la doctrina ha afirmado que dicho principio no se encuentra en contraposición con la exigencia de estar inscrito en registros de contratistas, como requisito previo a formar parte de la postulación, lo que “*se justifica por razones de eficacia y de dar certeza mínima de la idoneidad de los oferentes*” (Bermudez J. (2014) *Derecho Administrativo General*, 3ª edición, Abeledo Perrot Thompson Reuters, p. 212).

54. El artículo 5° letra c) del DFL N° 1, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades (“LOCM”), establece que las municipalidades son las administradoras de los bienes municipales y los bienes nacionales de uso público, por lo que les corresponde la mantención de infraestructura pública por sí o a través de particulares contratados para estos efectos.

55. Al respecto, la FNE detalla que el artículo 8° de la LOCM dispone las modalidades de contratación en base a diversos umbrales en la celebración de contratos y el otorgamiento de concesiones, estableciendo el deber de hacer una licitación pública previa si el monto de los contratos o el valor de los bienes

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

involucrados sobrepasa las 200 Unidades Tributarias Mensuales (“UTM”), o, tratándose de concesiones, si el total de los derechos o prestaciones que deba pagar el concesionario es superior a 100 UTM. Si el monto es inferior a dichos umbrales, es posible llamar a una propuesta privada. Excepcionalmente, en circunstancias debidamente calificadas por el concejo municipal, en sesión especialmente convocada al efecto y con voto favorable de la mayoría absoluta de concejales, es posible llamar a propuesta privada aun cuando se superen los umbrales señalados. Por último, si no se presentan interesados a la licitación convocada o si el monto de los contratos no excede 100 UTA, se podrá proceder mediante contratación directa.

56. El artículo 66 de la LOCM indica que los procedimientos administrativos de contratación realizados por municipalidades se rigen por Ley N° 19.866 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios o Ley de Compras Públicas, que establece el sistema que rige a la Administración en la celebración de contratos con terceros y el procedimiento de selección de contratistas, junto con el Decreto N° 205 del Ministerio de Hacienda, que aprueba su respectivo reglamento (“Reglamento de Compras Públicas”). En cuanto al procedimiento, el artículo 18 de la Ley de Compras Públicas indica que los organismos regidos por dicha ley deben cotizar, licitar, contratar, adjudicar, solicitar el despacho y, en general, desarrollar todos sus procesos de adquisición y contratación de bienes, servicios y obras utilizando solamente los sistemas electrónicos o digitales que establezca al efecto la Dirección de Compras Públicas.

57. A folio 158, la FNE señala que el 11 de diciembre de 2023 fue promulgada la Ley N° 21.634, que moderniza la referida Ley de Compras Públicas, e introdujo cambios en diversas materias. Explica que la nueva normativa establece en el artículo 3° y 3° bis que los procesos de contratación de ejecución de obra pública deben llevarse a cabo, por regla general, mediante procesos de licitación. Luego, es posible colegir la aplicación supletoria de la Ley de Compras Públicas en los contratos de ejecución y concesión de obra pública municipal que, en los hechos, implica una aplicación a todas las etapas y actuaciones del proceso de contratación municipal, exceptuando las disposiciones especiales relativas a la regulación los umbrales para las diversas modalidades de contratación.

58. Adicionalmente, la FNE indica que la nueva Ley de Compras Públicas amplía su ámbito de aplicación a diversos organismos, entre ellos las corporaciones municipales (artículo 1°); introduce como principios rectores el libre acceso a las licitaciones, la competencia, la publicidad, la transparencia de los procedimientos y la probidad (nuevo artículo 2° bis); añade un capítulo VII sobre probidad y transparencia, que amplía las causales de incompatibilidad, establece el deber de abstención de funcionarios en procedimientos en los que

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

puedan tener interés (nuevo artículo 35 quinquies); dispone un canal de denuncias reservadas para abordar irregularidades detectadas en procesos de contratación regidos por la Ley de Compras Públicas (nuevo artículo 35 sexies); establece un nuevo catálogo de inhabilidades en el registro de proveedores (nuevo artículo 35 septies); dispone la obligación de los evaluadores del proceso de licitación de presentar una declaración jurada que asegure la ausencia de conflictos de interés y la confidencialidad del proceso (nuevo artículo 35 nonies), así como un registro de los funcionarios que participan del proceso de licitación indicando las funciones que desempeñan, información que estará disponible para diversas autoridades, incluyendo a la FNE (nuevo artículo 12 bis).

59. La FNE expone en la presentación de folio 158 que la Ley de Compras Públicas actual cuenta con un registro de proveedores cuya suscripción es obligatoria para poder contratar con órganos de la Administración del Estado (nuevo artículo 16). Dicho registro, así como toda la información que se incorpora en éste, es pública. Adicionalmente se dispone la interoperabilidad de ese registro con otros como el del Minvu y el MOP, que deben ser compatibles con el primero.

60. Por otro lado, el artículo 13 de la nueva Ley de Compras Públicas establece los supuestos en que se podrán modificar los contratos, cuando se haya previsto así en las bases de licitación o el contrato o, excepcionalmente, si ante circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor es imposible para el proveedor cumplir sus obligaciones, y ello no se haya previsto en las bases o el contrato.

61. La Fiscalía añade que la Ley N° 21.634 además introdujo modificaciones al artículo 65 de la LOCM, en relación con el rol del concejo municipal, atendido que se establece la obligación para los concejales de ceñirse al principio de estricta sujeción a las bases, de modo que no puedan obstaculizar o rechazar contrataciones de forma discrecional y arbitraria.

62. En cuanto a las garantías de seriedad de la oferta, el nuevo artículo 11 de la Ley de Compras Públicas dispone que para obras mayores a 5.000 UTM, la garantía de seriedad de la oferta no puede superar el 3% del monto de la licitación y si no se puede estimar el monto, éste no debe desincentivar la participación de oferentes. En cuanto a la garantía para asegurar el fiel y oportuno cumplimiento del contrato, para proyectos superiores a 1.000 UTM, el valor de la garantía será el 5% del precio final ofertado por el adjudicatario. Cabe señalar que el legislador indica en el inciso cuarto de la citada disposición que: *“Las garantías que se estimen necesarias para asegurar la seriedad de las ofertas, el cumplimiento de las obligaciones laborales y sociales de los trabajadores y el fiel y oportuno cumplimiento del contrato definitivo, deberán ser fijadas en un*

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

monto tal que, sin desmedrar su finalidad, no desincentiven la participación de oferentes al llamado de licitación o propuesta (...)”.

63. Luego, el mismo artículo 11 indica que cuando dichas ofertas, según lo establecido en las Bases, sean declaradas temerarias o bien se considere una contratación riesgosa, el municipio podrá exigir un monto distinto por concepto de garantía. Finalmente, para obras inferiores a las 1.000 UTM, la regulación indica que, se podrá requerir fundadamente y en virtud del riesgo involucrado en la contratación, una garantía por el mismo porcentaje de 5%.

D. CARACTERÍSTICAS Y CONDICIONES DE COMPETENCIA EN LA INDUSTRIA

64. Las Solicitantes plantean la necesidad de dictar instrucciones generales para las licitaciones de contratos de obras pública efectuadas por municipalidades. Las obras públicas municipales comprenderían labores de mantención y mejoramiento, así como obras de infraestructura, construcción o demolición de un inmueble. Asimismo, abarcarían todo tipo de obras civiles, a saber: (i) obras viales de todo tipo; (ii) obras de arquitectura; (iii) obras sanitarias; (iv) obras de intervención de parques y plazas, entre otras (Solicitud, folio 7, pp. 11 y 12).

65. La ley no dispone de una definición precisa de contrato de obra pública. Sin embargo, el artículo 4° numeral 15 del Decreto Supremo N° 75 de 2004 del MOP que Aprueba el Reglamento para Contratos de Obras Públicas ofrece la siguiente aproximación: *“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”*. Para estos efectos, el citado artículo, define en su numeral 14) como obra pública *“Cualquier inmueble, propiedad del Estado, construido, reparado o conservado por éste, en forma directa o por encargo a un tercero, cuya finalidad es propender al bien público”*. De esta manera, se puede concluir que los ejemplos utilizados por las Solicitantes para definir el objeto de la presente instrucción se encuentran comprendidos dentro de esta definición y que la Solicitud recae en el diseño de bases de licitación de obra pública convocadas por las municipalidades.

66. El financiamiento de estas obras puede provenir de recursos propios de las municipalidades o de fondos asignados por los Gobiernos Regionales (“GORE”). Para efectos de este procedimiento, la principal diferencia entre las licitaciones según el tipo de financiamiento recae en el grado de intervención de los órganos de nivel central y regional en el diseño de la licitación. Cuando la obra es financiada con recursos ajenos a los de la municipalidad, ésta tiene menor injerencia. En este sentido, las variables de licitación que puede definir

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la municipalidad y el destino de los remanentes del presupuesto o fondo de financiamiento, en caso de adjudicarse por un monto menor al presupuesto disponible, se encuentran predefinidos (FNE, folio 58, p.17).

67. Para el análisis de las licitaciones que son materia de este procedimiento, las Solicitantes han enmarcado su evaluación en aquellas que involucran un monto superior a 5.000 UTM, categorizadas en el sistema Chile Compra como “LR”, y que fueron realizadas en el período comprendido entre los años 2018 y 2019. Un enfoque similar fue adoptado en el aporte de antecedentes de la FNE a folio 58, con la principal diferencia de que su análisis involucra obras realizadas entre los años 2020 y 2022, sin perjuicio de que los criterios de selección de casos son levemente distintos. A folio 158, la FNE extendió su análisis, en el mismo horizonte temporal, para obras entre 2.000 y 5.000 UTM, registradas en el sistema Chile Compra como “LQ”.

68. Según expone la FNE, durante el período comprendido entre los años 2020 y 2022, las obras LR representaron el 8,1% de las licitaciones, pero constituyeron el 50,3% de los montos adjudicados. Asimismo, las obras pertenecientes a la categoría LQ representaron el 12,2% de las licitaciones, equivalente al 16,9% de los montos adjudicados (FNE, folio 58, pp. 38 y 39). Atendida la representatividad conjunta de las obras LQ y LR en los montos adjudicados, este Tribunal considera que se trata de una muestra suficiente para ilustrar la forma en que se ha realizado el diseño de las bases de licitación materia de autos.

69. El análisis de la FNE considera una muestra de 1.084 licitaciones de obras LR, realizadas por 279 municipalidades, que corresponden al 80,9% de los municipios en el país. Para el horizonte de análisis considerado, las regiones que registran una mayor cantidad de licitaciones son la Metropolitana, la de Valparaíso y la de los Lagos. En contraste, las regiones que registran un menor número de licitaciones corresponden a las de Magallanes y la Antártica Chilena, Arica y Parinacota y de Tarapacá. A nivel nacional, cada municipalidad realizó en promedio 3,8 licitaciones, pero un 25% de las municipalidades llevó a cabo sólo una (FNE, folio 58, pp. 40 y 41).

70. En cuanto al financiamiento, la FNE indica que el 86,6% de las licitaciones correspondían a obras financiadas con aportes externos, que son aquellos transferidos a los municipios por programas o proyectos ejecutados por los gobiernos regionales, bajo la gestión, coordinación y supervisión del gobierno central a través de la Subdere (FNE, folio 58, p. 16); mientras que sólo un 12,3% fueron financiadas con fondos propios de las municipalidades. Las restantes cuentan con un régimen de financiamiento mixto (FNE, folio 58, p. 44).

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

71. Respecto al diseño de las licitaciones y la evaluación de las respectivas ofertas, éstas consideran, en términos generales, la ponderación de componentes técnicos y económicos. Dichos factores se pueden clasificar en dos categorías: (i) aquellos que pueden ser decididos por el oferente al momento de presentar su postulación, denominados “variables” o “móviles”; y (ii) aquellos que se encuentran previamente determinados, denominados como “fijos” o “estáticos”.

72. La FNE expone que otra característica común de este tipo de licitaciones es la publicación del presupuesto máximo disponible para la obra, que en el 99% de los casos sería publicado desde el comienzo de la licitación. Asimismo, un 57% de las licitaciones considera una visita a terreno obligatoria (FNE, folio 58, p. 45). Por su parte, las Solicitantes indican que un 69,2% de las licitaciones de obra municipal LR realizadas en el período 2018-2019 habría exigido u otorgado puntaje por asistir a la visita en terreno (Solicitud, folio 7, p. 20).

73. Algunas licitaciones restringen el precio que pueden ofertar los participantes, estableciendo un mínimo admisible. Según la FNE, incluso se observan casos en que las bases de licitación excluirían todas las propuestas cuya oferta económica sea inferior a un 90% del presupuesto (Solicitud, folio 7, p. 61, y FNE, folio 58, p. 55).

74. En cuanto a la participación de los oferentes en las licitaciones tipo LR, la FNE señala que, en promedio, en cada licitación, participan 4,2 oferentes, y que sólo un 10% de las licitaciones registran una participación superior a siete oferentes. Sin embargo, al restringir el análisis a ofertas admisibles, en promedio se registran únicamente 2,8 oferentes, con mediana de 2 y en la gran mayoría de las licitaciones participan dos o menos. Los menores índices de participación se obtienen en municipios ajenos a la Región Metropolitana. Estas cifras son similares a aquellas obtenidas en su análisis de licitaciones LQ (FNE, folio 58, p. 46 y folio 158, p. 25) y resultan consistentes con las indicadas por las Solicitantes, quienes para el período 2018-2019, indican haber identificado una participación promedio de 2,7 oferentes con ofertas admisibles en licitaciones LR (Solicitud, folio 7, pp. 3, 22 y 38).

75. Sin embargo, la información aportada por Chile Compra, entidad que realiza un análisis de ofertas admisibles para licitaciones LR realizadas durante el período comprendido entre los años 2017 y 2022, dan cuenta de una cifra superior. Según sus estimaciones, la participación promedio durante el período de análisis, sería de 3,8 oferentes con ofertas admisibles. Esta cifra se mantendría inalterable si se restringe el período de análisis a los años 2018 y 2019 (Chile Compra, folio 82, pp. 2, 4 y 6).

76. Aunque este Tribunal no ha podido identificar la fuente exacta de discrepancia entre las cifras de las Solicitantes, la FNE y aquellas obtenidas por

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Chile Compra, una explicación plausible es la diferencia en la selección de licitaciones para sus respectivos análisis. A modo de ejemplo, Chile Compra indica haber incluido aquellas licitaciones realizadas por corporaciones municipales y haber seleccionado todas aquellas pertenecientes al rubro “Servicios de Construcción y Mantenimiento”, mientras que la FNE señala que seleccionó aquellas que tenían relación con los conceptos “construcción”, “mantención” y “remodelación de obras”, excluyendo aquellas que se vinculan a la compra de “materiales de construcción” (FNE, folio 58, p. 37).

77. Entre los factores variables analizados por la Solicitante y otros aportantes, se encuentran: **(i)** precio o valor ofertado; **(ii)** plazo de ejecución de la obra; **(iii)** contratación de mano de obra local para la ejecución del proyecto; **(iv)** asistencia del oferente de una visita a terreno, en caso de que no sea exigible como requisito de admisibilidad; **(v)** cumplimiento de requisitos formales y; **(vi)** cumplimiento de requisitos técnicos. Asimismo, los factores fijos recurrentes en este tipo de licitaciones son: **(i)** experiencia del oferente; **(ii)** capacidad económica; **(iii)** comportamiento anterior del oferente; **(iv)** carácter regional del oferente, esto es, si tiene sede o patente en la comuna o región; y **(v)** presencia en algún registro de contratistas, en particular, aquellos pertenecientes al Minvu o al MOP.

78. Los factores de evaluación que con mayor frecuencia aparecen en las bases de licitación analizadas son: el precio, la experiencia, el cumplimiento de requisitos formales, el plazo y la capacidad económica del oferente (FNE, folio 58, p. 49).

79. Respecto de la relevancia del precio, la FNE indica que, en promedio, este ponderaría un 32%, cifra inferior a la estimada por las Solicitantes (34,2%) y Chile Compra (37,1%). Según los antecedentes de autos, el mayor puntaje es asignado a la menor oferta presentada, obteniendo las ofertas restantes un puntaje proporcional a éste (FNE, folio 58, p. 49 y folio 158, p. 25, y Solicitud, folio 7, p. 20).

80. La experiencia del oferente es evaluada utilizando diferentes métricas, tales como los años de antigüedad de la empresa, metros cuadrados construidos, número de obras ejecutadas, años de experiencia del personal a cargo de la obra o su inscripción en registros del MOP o Minvu, entre otras. Este factor de evaluación se encuentra previamente determinado al momento de diseñar las ofertas y, en consecuencia, no constituye una variable por la cual puedan competir los oferentes en una licitación. Según expone la FNE, la ponderación promedio de esta variable ascendería a un 36% (FNE, folio 58, p. 49).

81. Las Solicitantes y Chile Compra estiman una ponderación promedio de un 25,7% y un 27,9% respectivamente para la experiencia. La discrepancia con los resultados de la FNE se produce porque, a diferencia de lo realizado por la

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

FNE, estas entidades omiten la ponderación de la inscripción en los registros MOP o Minvu. En otras palabras, las Solicitantes y Chile Compra estiman una ponderación promedio menor para la experiencia, ya que su definición de esta variable no incluye la ponderación por la inscripción de los postulantes en los registros MOP o Minvu.

82. En esta línea, de los datos que respaldan los cálculos realizados por las Solicitantes (folio 5), este Tribunal ha podido observar que el 34,9% de las licitaciones otorgan puntaje a la inscripción de los postulantes en estos registros y su ponderación promedio es de un 16,3%. Aun así, lo relevante es que tanto la experiencia como la inscripción en registros formales como los utilizados por el MOP y el Minvu, corresponden a elementos que no pueden ser modificados por el oferente al momento de la postulación.

83. La capacidad económica representa el valor de los activos o patrimonio del oferente. Según la FNE, la ponderación promedio para este factor es de un 16,1%, cifra similar a la reportada por las Solicitantes y Chile Compra. De acuerdo con los antecedentes de autos, este elemento sería evaluado asignando el mayor puntaje a aquel oferente con mayor capacidad económica y un valor proporcional a éste para todas aquellos oferentes con una capacidad económica inferior (FNE, folio 58, p. 50, y Solicitud, folio 7, pp. 18 y 22).

84. En relación con los factores móviles o variables de evaluación, término que para los efectos del análisis se refiere a la posibilidad de ser determinados por el oferente durante la formulación de su propuesta, la Solicitante indica que el 57,8% de las licitaciones evalúan el plazo de ejecución de la obra ofrecido y que, en promedio, éste ponderó un 14,4%, cifra similar a la reportada por Chile Compra (Solicitud, folio 7, p. 21 y folio 80, p. 5)

85. Aun cuando no son propiamente factores variables, para efectos del análisis, se incluyen en ellos los requisitos formales vinculados a la entrega oportuna de los antecedentes estipulados en las bases, así como otros requisitos técnicos. Cabe resaltar que los requisitos técnicos y la asistencia a una visita en terreno, tienden a ser evaluadas de manera dicotómica, esto es, se asigna el máximo puntaje si el oferente cumple con las condiciones o un valor de cero en caso contrario (FNE, folio 58, p. 51).

86. La siguiente tabla muestra un resumen de la ponderación promedio de los factores de evaluación variables y fijos estimados por la FNE:

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

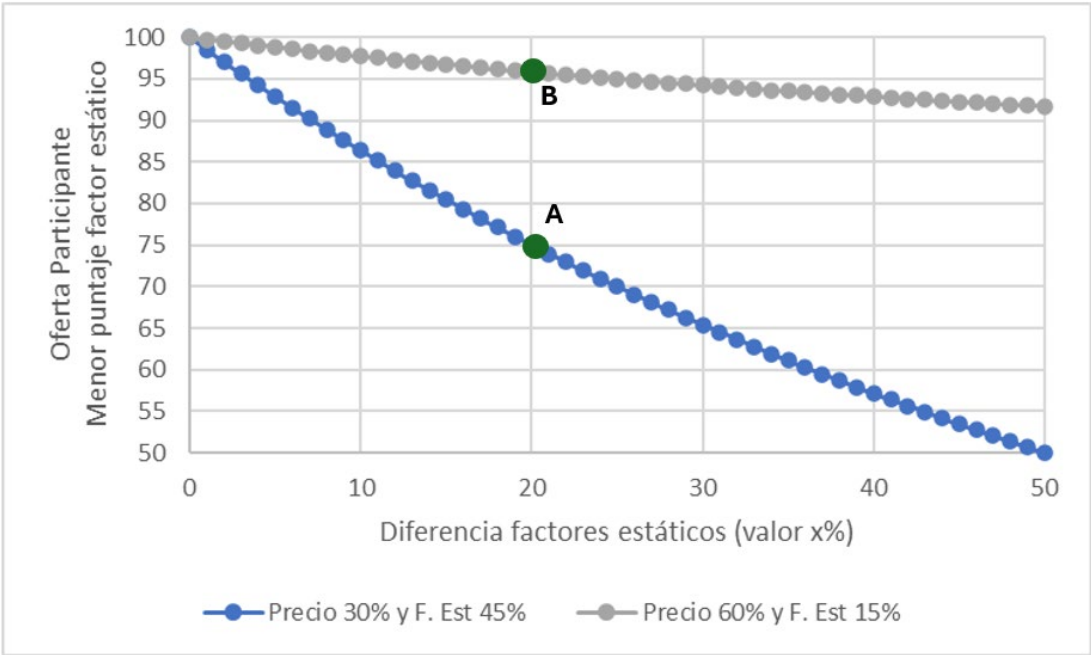
TABLA N° 1
Ponderación promedio de factores evaluables en las bases de licitación

Factores de evaluación	Promedio
Precio	32%
Fijos	43,9%
Variables distintas del precio	27,4%

Fuente: Extracto Tabla N° 10 FNE, folio 58, p. 51

87. Como se observa en la Tabla N° 1, las licitaciones LR otorgan una ponderación significativa a los factores fijos (43,9%). Según las Solicitantes y la FNE, las diferencias en estos factores entre potenciales oferentes, sumada a su alta ponderación, restringen significativamente las posibilidades de competir en base a los factores variables, tales como el precio ofertado. Argumentan que la ventaja de aquellos postulantes que obtienen una mejor evaluación por los factores fijos desincentiva la participación de aquellos que, a pesar de cumplir con los requisitos de idoneidad suficientes para la ejecución de la obra, obtienen una menor evaluación en estos factores. Específicamente, la CChC señala que el análisis conjunto de las características del oferente y su oferta, que comprende el factor precio, deviene en que *“los oferentes que posean menor calificación en factores estáticos (como la capacidad económica o la experiencia) deben necesariamente sacrificar el precio (factor variable) para ser competitivos”*, aduce que lo anterior *“muchas veces les hace [a los oferentes] imposible competir”* (CChC, folio 52, p. 4).

GRÁFICO N° 1
Ponderación promedio de factores evaluables en las bases de licitación



Fuente: Elaboración propia en base a aporte de antecedentes FNE, folio 58, p. 54.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

88. El Gráfico N° 1 muestra la diferencia que sería necesaria hacer en la oferta económica entre dos participantes para compensar una diferencia en la evaluación de factores fijos. Así, por ejemplo, si los factores estáticos ponderan un 45%, y el precio u oferta económica un 30%, lo que se ilustra en la línea azul, una diferencia en los factores estáticos de, en este ejemplo, un 20%, requeriría que el oferente con menor evaluación por estos factores oferte un precio, aproximadamente, un 25% menor que el postulante con mejor evaluación para poder igualar su puntaje total obtenido (Punto A). Por su parte, cuando la ponderación de los factores estáticos disminuye a un 15% y la de la oferta económica se incrementa a un 60% (curva gris), la diferencia necesaria para compensar se reduce a menos de un 5% (Punto B).

89. El ejercicio anterior resulta intuitivo y muestra que, para poder competir, un participante con menor experiencia o capacidad económica deberá compensar la diferencia de puntaje con una oferta económica que puede llegar a excluirlo de la licitación. La diferencia en la oferta económica aumenta en la medida que es mayor la ponderación relativa de factores fijos como la capacidad económica o experiencia, ya que mayor será la ventaja del participante con mejor experiencia o capacidad económica. Como resultado, en un proceso licitatorio donde la ponderación relativa de los factores fijos es mayor, disminuirá la intensidad competitiva de la licitación. La ventaja que obtiene el postulante con mejor puntaje por factores fijos desincentiva la participación de otros agentes, los que, para compensar el menor puntaje obtenido por factores fijos, se verían obligados a presentar ofertas económicas significativamente menores.

90. En consecuencia, una elevada ponderación de factores estáticos genera una ventaja que disminuye la intensidad competitiva de la licitación, pudiendo llegar a desincentivar la participación de oferentes aptos, lo que puede llegar a ser una barrera de entrada infranqueable. Esta menor intensidad competitiva tiende a disminuir las oportunidades de contar con oferentes idóneos y a aumentar el gasto de recursos públicos.

91. Al respecto, las Solicitantes señalan que, según su análisis, en las licitaciones cuya ponderación del precio es inferior a un 70%, el precio de adjudicación fue de un 97,3% del presupuesto, en contraste con un 92,1% para aquellas licitaciones donde la ponderación fue superior o igual a un 70% (Solicitud, folio 7, p. 31). Utilizando la base de datos acompañada por las Solicitantes (folio 5), y en un ejercicio similar, este Tribunal estimó que para aquellas licitaciones donde el precio pondera más que un 80%, el precio promedio de adjudicación representó un 91,6% del presupuesto. Es decir, una menor ponderación del precio se puede asociar con adjudicaciones por montos mayores en relación con el presupuesto disponible.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

92. En conclusión, este Tribunal concuerda con la Solicitante, la FNE y la CChC en cuanto a que con el actual estándar de las bases de licitación se limita la competencia por la vía de desincentivar la participación de proponentes que, pudiendo reunir requisitos suficientes de capacidad económica y experiencia para asumir la ejecución de una obra, enfrentan una barrera que puede ser infranqueable para competir en la licitación.

E. ANÁLISIS DEL DISEÑO DE LAS BASES DE LICITACIÓN

93. Conforme se expuso *supra* en las secciones B y D, la Solicitud recae en distintos factores, y centralmente sobre lo que describe como un problema de competencia originado por la alta ponderación que se otorga a los factores estáticos, y en particular a la capacidad económica y experiencia, respecto de los factores móviles, en particular, el precio.

94. Por otro lado, y en línea con lo expuesto en la sección A, este Tribunal no puede soslayar la necesidad de que las licitaciones de obra pública municipal constituyan un espacio donde se resguarde y promueva la libre competencia, tal que se propicien los efectos positivos de esta en materia de contratación pública (*v.gr.*, OECD, *Competition and Procurement, Key Findings*, 2011, p. 40, y Comisión Europea, *Notice on tools to fight collusion in public procurement and on guidance on how to apply the related exclusion ground*, 2021, C 91/01, p. 3). En esta línea, el debate parlamentario en torno al diseño regulatorio para las compras públicas destacó la importancia de la libre competencia en los procesos de contratación del Estado (*v.gr.*, Historia de la Ley N° 21.634, Mensaje, pp. 4, 27; e intervención Directora Nacional de Chile Compra, p. 79), principio que fue positivizado en la actual Ley de Compras Públicas, según se expuso *supra* en la sección C.

95. En el mismo sentido, conforme se expuso en la sección A.2. y según fue indicado por diversas intervinientes en autos, se considerará que el diseño de las bases de licitación para obras públicas municipales debe establecer condiciones objetivas, generales y no discriminatorias, con objeto de evitar posibles discrecionalidades en el proceso de licitación y promover la competencia.

96. En lo que sigue de esta sección se analizan los diversos aspectos que forman parte del objeto del procedimiento, considerando la interrelación evidente entre ellos cuando resulte necesario. En este sentido, se analiza en E.1 la forma de abordar el riesgo de ofertas temerarias (precios mínimos y renegociación de contratos y garantías); en E.2, los plazos para presentar ofertas; en E.3, el contacto entre oferentes; en E.4, la publicidad del presupuesto disponible; en E.5., la oportunidad de los pagos efectuados por las

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

municipalidades; en E.6. el mecanismo de licitación y ponderación de factores estáticos y móviles; y, finalmente, en E.7., los registros de contratistas.

E.1. Ofertas temerarias: garantías, renegociación de contratos y precios mínimos

97. Un primer problema advertido por la Solicitante y los aportantes de antecedentes dice relación con la presentación de ofertas temerarias o riesgosas. Ello se refiere al escenario en que una oferta económica sea tanto menor que el monto estimado a adjudicar, que se considera que no es suficientemente creíble (FNE, folio 58, p. 55). Por otro lado, la preocupación por la existencia de ofertas temerarias en el caso de las licitaciones tiene estrecha relación con la renegociación de contratos (FNE, folio 58, pp. 69 y ss.). Sin perjuicio de ello, la FNE señala que las ofertas temerarias pueden ser desincentivadas con garantías de fiel cumplimiento y, o alternatively, con el establecimiento de precios mínimos (FNE, folio 58, pp. 30 y 55).

98. En lo sucesivo se analizarán los diversos aspectos vinculados al problema de las ofertas temerarias, junto con los antecedentes expuestos por las intervinientes en autos.

E.1.1. Garantías

99. Según expone la FNE en su aporte de antecedentes, las bases de licitación de obra pública municipal contemplan las siguientes garantías: **(i)** seriedad de la oferta; **(ii)** fiel y oportuno cumplimiento del contrato y **(iii)** correcta ejecución de las obras (FNE, folio 58, pp. 74 y ss.).

100. La garantía de seriedad de la oferta tiene como principal objetivo que el adjudicatario no se desista de la oferta presentada o que, una vez adjudicada la obra, no cumpla con los requisitos para suscribir el contrato en el plazo estipulado. Por ello, esta garantía debe ser presentada al momento de la postulación. Por su parte, la garantía de fiel y oportuno cumplimiento del contrato debe ser provisionada por el adjudicatario y su valor corresponde a un porcentaje, previamente determinado por la municipalidad, del monto adjudicado. Esta garantía, que es requisito para la aprobación del contrato, tiene como finalidad caucionar las obligaciones que el contrato impone y asegurar en forma adicional el cumplimiento de las obligaciones laborales y sociales del contratista. Finalmente, la garantía de correcta ejecución de la obra, que se determina como un porcentaje del valor del contrato o monto adjudicado, es un requisito para su recepción, se emite una vez entregada la obra y tiene como objetivo asegurar la calidad de la obra entre la recepción provisoria y definitiva, cuyos plazos se explicitan en las bases.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

101. Según se expuso en la sección C, el inciso cuarto del artículo 11 de la nueva Ley de Compras Públicas establece como norma general aplicable a las garantías mencionadas, que éstas “(...) *deberán ser fijadas en un monto tal que, sin desmedrar su finalidad, no desincentiven la participación de oferentes al llamado de licitación o propuesta*”.

102. Luego, en particular para las garantías de seriedad de la oferta y fiel y oportuno cumplimiento del contrato establece lineamientos específicos. Así, en el inciso primero de dicha norma, para las garantías que aseguren la seriedad de la oferta, se establece lo siguiente:

“La entidad licitante requerirá, excepcionalmente por razones de interés público y tratándose de licitaciones superiores a las 5.000 unidades tributarias mensuales, la constitución de garantías de seriedad, para asegurar la mantención de la oferta hasta la suscripción del contrato. Dicha garantía no excederá de un 3 por ciento del monto de licitación. En los casos en que no resulte posible estimar el monto de la licitación, la garantía deberá fijarse en un monto que no desincentive la participación de oferentes”.

En cuanto a la garantía para asegurar el fiel y oportuno cumplimiento del contrato, el inciso segundo del referido artículo 11 señala:

“(...) se exigirá en las contrataciones superiores a las 1.000 unidades tributarias mensuales y alcanzará un 5 por ciento del precio final neto ofertado por el adjudicatario, a menos que, según lo establecido en las bases, sean declaradas como ofertas temerarias o se considere una contratación riesgosa, o bien, existan disposiciones legales particulares. En las contrataciones iguales e inferiores a las 1.000 unidades tributarias mensuales, la entidad licitante podrá fundadamente requerir la presentación de la garantía de fiel y oportuno cumplimiento, en virtud del riesgo involucrado en la contratación, en el porcentaje previamente señalado”.

103. En dicho sentido, el legislador reguló: **(a)** la situación de las garantías para la seriedad de la oferta de licitaciones cuyo monto es mayor a 5000 UTM; que no pueden exceder el 3% del monto licitado y, en caso de no ser determinable el monto de la licitación, la garantía no puede desincentivar la participación de oferentes; y **(b)** la situación de las garantías para asegurar el fiel y oportuno cumplimiento de contratos superiores a 1000 UTM, al establecer el 5% del precio final neto ofertado, a menos de que las ofertas sean declaradas como temerarias y; de contratos inferiores 1000 UTM, al permitir sólo fundadamente se apliquen reglas de contrataciones superiores a 1000 UTM.

104. Por el contrario, el legislador no reguló expresamente la situación de las garantías para la seriedad de la oferta de licitaciones de un monto menor a 5000

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

UTM, ni de las garantías para la correcta ejecución de las obras. Ello no quiere decir que éstas queden desprotegidas ante el problema de las ofertas temerarias. En efecto, las garantías en general, independientemente del monto de la obra o el precio ofertado, no pueden ser tan altas que lleguen a desincentivar la participación de oferentes al mercado, como explícitamente dispone el artículo 11 inciso cuarto de la nueva Ley de Compras Públicas, y por las normas que protegen la libre competencia en los mercados.

105. Por otro lado, en cuanto al carácter de temerario o riesgoso de las ofertas, la nueva Ley de Compras Públicas permite a la entidad licitante calificar qué circunstancias darían lugar a una oferta temeraria en las bases de licitación, en cuyo caso podrá exigirse en forma general la constitución de garantía de fiel y oportuno cumplimiento del contrato sin limitación a su monto (en dicho sentido, FNE, folio 158, p. 8), sin perjuicio del principio general establecido en el artículo 11 de la nueva Ley de Compras Públicas.

106. Cabe señalar que el cambio legislativo respecto de la garantía para asegurar el fiel y oportuno cumplimiento del contrato y evitar la presentación de ofertas temerarias, es consistente con los antecedentes acompañados por ciertos municipios que indicaron dar cumplimiento al Reglamento de la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. En efecto, los artículos 42 y 121 del referido reglamento establecen una regulación asimilable a la que dispone el actual inciso segundo del artículo 11 de la nueva Ley de Compras Públicas para garantías de fiel y oportuno cumplimiento del contrato. En dicho sentido, resulta ilustrativo lo dispuesto en las bases utilizadas por la Municipalidad de Aysén para la licitación “Mejoramiento área verde recreativa sector Isla Díaz, Puerto Aysén”, las que señalan: *“Cuando el precio de la oferta presentada por un oferente sea menor al 50% del precio presentado por la oferta que le sigue y se verifique por parte de la comisión evaluadora que los costos de dicha oferta son inconsistentes económicamente, la Entidad Licitante podrá a través de una resolución fundada, adjudicar esa oferta solicitándole una ampliación de las Garantías de Fiel y oportuno Cumplimiento, hasta por la diferencia del precio con la oferta que le sigue, Artículo 42 del Reglamento de la Ley 19.886”* (I.M. de Aysén, folio 117, p. 16). En línea con lo señalado, la Municipalidad de Maipú indicó que *“con la finalidad de desincentivar la presentación de ofertas temerarias, se da estricto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 42 del reglamento de la Ley 19.886”*.

107. A partir de lo expuesto, este Tribunal considera que el legislador reguló de forma completa en la nueva Ley de Compras Públicas los criterios y lineamientos aplicables a las diversas garantías que son utilizadas en licitaciones de obras públicas municipales. Con todo, y atendido que se otorga un margen de discrecionalidad a los municipios licitadores en ciertos escenarios (v.gr., garantía de seriedad de la oferta en montos inferiores a 5000 UTM; y garantía

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

fiel y oportuno cumplimiento para ofertas temerarias), y se establece como lineamiento general que las garantías “*no desincentiven la participación de oferentes al llamado de licitación o propuesta*”, resulta necesario delimitar qué circunstancias podrían implicar un desincentivo a la competencia en procesos de licitación.

108. Como se expuso en la sección A.2., garantías excesivas pueden limitar la participación de empresas capaces de ofrecer el servicio, por lo que se ha dispuesto en esta sede que su monto no debe superar lo necesario para cubrir los daños que irrogaría el riesgo que cubre (Informe N° 18/2020, § 140; Informe N° 20/2021, § 111; Informe N° 23/2022, § 186; Informe N° 24/2022, § 173; Informe N° 25/2022, § 162).

109. En dicho sentido, la jurisprudencia de este Tribunal ha indicado que la garantía de seriedad de la oferta no debe superar el valor de los perjuicios económicos que tendría un ente licitante en caso de que una oferta sea desestimada, al momento de su adjudicación, por la inviabilidad del oferente de cumplirla. Asimismo, la garantía de fiel cumplimiento del contrato no debe ser mayor al valor de los perjuicios económicos en que incurriría el licitante en caso de que, luego de formalizado el vínculo contractual entre licitante y adjudicatario, éste no pueda cumplir con las obligaciones emanadas del respectivo contrato para la correcta prestación del producto o servicio licitado (Informe N° 30/2022, § 169; Informe N° 31/2023, § 173 e Informe N° 32/2023, § 147).

110. Atendido lo expuesto, para efectos de promover la competencia se impartirán instrucciones relativas al valor de las garantías, de modo que éste no supere los riesgos que aquellas buscan precaver.

E.1.2. Renegociación de contratos

111. Como fue indicado *supra*, la preocupación por la existencia de ofertas temerarias en el caso de las licitaciones tiene estrecha relación con la renegociación de contratos (FNE, folio 58, pp. 69 y ss.). En la literatura se esgrime que la razón para que un participante de una licitación conscientemente haga una oferta que no le permitirá cubrir sus costos, sería porque una vez adjudicada, esperaría pueda poder modificar o renegociar las condiciones originales. Como los incentivos a la renegociación pueden pasar por la paralización de las obras, las garantías de fiel cumplimiento los reducen.

112. Por lo anterior, esa es una razón principal por la que el sistema debe hacerse cargo de ese problema, tanto restringiendo el espacio para las renegociaciones, como directamente estableciendo condiciones para desincentivar las ofertas temerarias que las originan. En cuanto a mecanismos que desincentivan la renegociación de contratos, la literatura se ha centrado en

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

las grandes obras de infraestructura (véase, por ejemplo, Engel, E., R. Fischer y A. Galetovic (1996) “*Licitación de Carreteras en Chile*”. En Estudios Públicos, 61, pp. 5-37, y Guasch, J. Luis, 2004 “*Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing it Right*”, WBI Development Studies, Washington, DC: World Bank. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10986/15024> fecha de consulta: 19 de diciembre de 2024), lo que no significa que no existan problemas asociados a la renegociación para el caso de licitaciones menores. Sin embargo, por las evidentes diferencias entre tipos de proyectos licitados, los remedios a la posibilidad de renegociación difieren. Así, mientras en los grandes proyectos de concesiones de infraestructura se han propuesto mecanismos de alta sofisticación (e.g., Engel, E., R. Fischer y A. Galetovic (2001) “*Least-Present-Value-of-Revenue Auctions and Highway Franchising*”, Journal of Political Economy, 109, pp. 993-1020), en el caso de las licitaciones analizadas en este procedimiento, estos se limitan a garantías de fiel cumplimiento y establecimiento de precios mínimos.

113. Complementariamente, como se expuso en la sección C, el legislador previó en el inciso primero del artículo 13° de la nueva Ley de Compras Públicas las condiciones bajo las cuales se pueden modificar los contratos de adjudicación:

“Los contratos regidos por la presente ley solo podrán modificarse durante su vigencia cuando se dé alguno de los siguientes supuestos:

- a) Cuando así se haya previsto en las bases de licitación o el contrato. En tal caso, no podrá alterarse la aplicación de los principios de estricta sujeción a las bases, igualdad de los oferentes y el equilibrio financiero del contrato. Tampoco podrá aumentarse el monto del contrato más allá de un 30 por ciento del monto originalmente pactado, siempre que el organismo del Estado cuente con disponibilidad presupuestaria para ello.*
- b) Excepcionalmente, cuando por circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor el proveedor esté impedido de cumplir sus obligaciones y que no se haya previsto en las bases o el contrato”*

Luego, en cuanto a los límites para modificar el contrato, dicha norma dispone en sus incisos segundo, tercero y cuarto:

“El organismo del Estado estará facultado para aumentar el plazo de ejecución del contrato o la orden de compra mientras dure el impedimento. Asimismo, podrá realizar una modificación a los bienes o servicios comprometidos en el contrato o la orden de compra, siempre y cuando existan razones de interés público, y que

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ésta permita satisfacer de igual o mejor forma la necesidad pública que haya dado origen al procedimiento de contratación.

Cualquier modificación de aquellas señaladas en el presente artículo, deberá aprobarse mediante acto administrativo fundado en el que se consignent las razones que justifiquen las modificaciones efectuadas al contrato o la orden de compra, y deberá ser publicado en el Sistema de Información y Gestión de Compras y Contrataciones del Estado.

Las modificaciones señaladas deberán respetar el equilibrio financiero del contrato y el valor de éstas no podrá exceder, independientemente o en su conjunto con las demás modificaciones realizadas a éste durante su vigencia, el equivalente al 30 por ciento del monto originalmente convenido entre el proveedor y el organismo del Estado, siempre que este último cuente con disponibilidad presupuestaria para ello. En ningún caso podrán aprobarse modificaciones que puedan alterar los elementos esenciales del contrato u orden de compra inicial”.

114. Así, el legislador reguló las dos condiciones bajo las cuales es posible modificar un contrato de adjudicación de obra pública municipal, a saber: **(a)** cuando se haya previsto en las bases de licitación o el contrato y, **(b)** por caso fortuito o fuerza mayor que expliquen que el proveedor esté impedido de cumplir con sus obligaciones. Igualmente, para acotar el espacio de renegociación, la norma señala que el valor del contrato no podrá aumentar en más de un 30% del monto originalmente pactado, pero que el municipio está facultado para aumentar el plazo de ejecución del contrato. Adicionalmente, se dispone que toda modificación debe ser aprobada mediante acto administrativo fundado en el que se consignent las razones que la justifican, y que en ningún caso es posible alterar los elementos esenciales del contrato u orden de compra inicial.

115. Por otro lado, y con el objetivo de minimizar las renegociaciones, la FNE propone que se instruya a los municipios incluir en sus bases una descripción clara y específica del proyecto que se licita “*de manera que se mejoren las condiciones para que oferentes presenten ofertas realistas desde el inicio, reduciendo la necesidad de posteriores solicitudes de modificaciones*” (FNE, folio 158, p. 8).

116. Al respecto, como se expuso en la sección A.2., con anterioridad este Tribunal ha valorado el establecimiento de reglas claras y predecibles en el contexto de procesos de licitación (ICG N° 1/2006, pp. 8 y 9, c. 2°), y tener a disposición de los interesados la información relevante para la toma de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

decisiones competitivas (v.gr., Informe N° 18/2020, p. 96; Informe N° 21/2022, § 171).

117. En dicho sentido, y habiendo analizado los antecedentes que obran en autos, este Tribunal considera que el legislador reguló de forma completa las hipótesis de procedencia de la renegociación de contratos y los límites para la modificación del monto originalmente pactado en la reforma de 2023. Adicionalmente estableció la obligación de fundar el acto que modifique el contrato adjudicado, no pudiendo alterar elementos esenciales. Con todo, en línea con lo solicitado por la Fiscalía y con el objeto de promover la competencia en el mercado, este Tribunal instruirá a los municipios incluir en sus bases de licitación una descripción clara y específica de los proyectos que se licitan, para efectos de que las ofertas presentadas sean realistas desde el inicio y disuadir posteriores modificaciones en los contratos adjudicados.

E.1.3. Precios mínimos

118. Por último, se argumenta que los precios mínimos pueden ser comprendidos en las bases de licitación de municipios como mecanismos para desincentivar ofertas temerarias. Si bien los precios mínimos altos impedirían ofertas temerarias, ellos reducen la competencia de precios, lo que resulta particularmente relevante cuando la experiencia u otros factores fijos tienen una ponderación relativamente alta.

119. En efecto, la Solicitante relata que el establecimiento de un precio mínimo sobre el 95% del presupuesto de la licitación, habría generado problemas de competencia al disuadir la participación de Constructora LN, teniendo en consideración la alta ponderación que en dicho proceso de licitación se otorgó a factores fijos (véase, Solicitud, folio 7, p. 61). Por su parte, la Fiscalía señala que, de acuerdo con la revisión que ha realizado de bases de licitación, observa que se utiliza como punto de corte para excluir ofertas el que sean menores o iguales al 90% del monto estimado a adjudicar (FNE, folio 58, p. 55), lo que, junto con otros factores propios de la evaluación, limita la competencia en precios.

120. Cabe señalar que los precios mínimos no se encuentran comprendidos en la regulación que introdujo la Ley N° 21.634 de 2023, que Moderniza la Ley de Compras Públicas, por lo que los municipios licitantes podrían exigirlos en sus bases. Por su parte, el riesgo de presentación de ofertas temerarias que busca precaver el establecimiento de precios mínimos se encuentra suficientemente cubierto por la actual Ley de Compras Públicas a propósito de lo exigido en materia de garantías y renegociación de contratos que fue analizada.

121. En tal sentido, cabe concluir que la implementación de precios mínimos no se justifica en atención al actual contexto normativo, más aún, en

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

consideración a que como se analiza y concluye en la sección E.7., el precio debe ser el principal factor de adjudicación en procesos de licitación. Por consiguiente, se instruirá la prohibición del establecimiento de precios mínimos en licitaciones de obras públicas municipales.

E.2. Plazos para presentar ofertas

122. Las Solicitantes indican que, desde la visita en terreno, el promedio para la recepción de ofertas es de 38 días. Arguyen que, en particular para obras de arquitectura, este plazo resulta insuficiente para hacer una propuesta. De esta manera, un plazo tan acotado puede favorecer u otorgar una ventaja a aquellos participantes que obtengan información privilegiada sobre los detalles de la obra que se licitará, toda vez que tendrán más tiempo para estudiar y formular una oferta (Solicitud, folio 7, p. 20).

123. En este orden de ideas, no existe evidencia en autos que el plazo para la presentación de las ofertas se ajuste frente a modificaciones en las bases o frente a nueva información disponible. A modo de ejemplo, los plazos para presentar ofertas se contabilizan desde la publicación de la oferta en la plataforma Mercado Público y no desde las respuestas de la municipalidad a las observaciones e inquietudes de los interesados en participar (*v.gr.*, I. M. de Aysén, folio 117, p. 4, e I. M. de Tomé, folio 126, p. 55). El riesgo desde la perspectiva de la libre competencia es que las municipalidades podrían reservarse el derecho de efectuar modificaciones a las bases, sin establecer una fecha límite para ello o, sin garantizar una prórroga suficiente para la presentación de las ofertas (*v.gr.*, I. M. de Aysén, folio 117, p. 32, I. M. de Tomé, folio 126, p. 18).

124. Así, la preocupación de la FNE y de las Solicitantes es que los municipios puedan manejar a su arbitrio, discrecionalmente, los plazos para presentar ofertas, lo que no solo podría reducir el número de competidores sino favorecer a participantes previamente definidos. El efecto de manejos de plazos arbitrarios es que podría llevar a que algunos proponentes no tengan tiempo para desarrollar o ajustar sus ofertas y queden, en los hechos, excluidos. El desafío en este punto desde la competencia es conseguir un equilibrio que pondere las urgencias para la ejecución de los proyectos con la mayor concurrencia y transparencia. En tal sentido, la FNE indica que el plazo para presentar una oferta debe ser razonable y proporcional a la magnitud de la obra, lo que requiere considerar la complejidad del proyecto, que en parte se relaciona con el presupuesto, y al tiempo requerido para elaborar estudios preliminares (FNE, folio 58, pp. 26 y 27).

125. En cuanto a la implementación de una regla sobre plazos, la FNE hace referencia a la regulación contemplada en el artículo 70 del Reglamento para Contratos de Obras Públicas del MOP, que vincula los plazos mínimos con el

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

costo estimado de la obra (FNE, folio 158, pp. 22 y 23), según se observa en la tabla a continuación:

TABLA N° 2
Plazos mínimos entre publicación de llamado a licitación y apertura según artículo 70 del Reglamento para Contratos de Obras Públicas del MOP

Costo de la obra	Número de días
Menor a 1000 UTM	15
Entre 1000 UTM y 20.000 UTM	30
Entre 20.000 UTM y 80.000 UTM	45
Mayor a 80.000 UTM	60

Fuente: elaboración propia a partir de artículo 70 del Reglamento para Contratos de Obras Públicas del MOP

126. Cabe señalar que la citada disposición indica en su inciso segundo que *“La autoridad que llama a licitación podrá, cuando circunstancias especiales debidamente certificadas lo aconsejen, aumentar o disminuir los plazos precitados”*. En dicho sentido, sin perjuicio de establecerse plazos mínimos, se da la posibilidad a los regulados para ampliar o disminuir los plazos establecidos bajo circunstancias acreditadas.

127. Un aspecto relacionado se refiere al caso que sea necesario ampliar plazos para la presentación de las ofertas debido a una modificación de las Bases, o cambios relevantes en las condiciones de la licitación. En tales casos, la ampliación del plazo para ajustar adecuadamente las ofertas debe, una vez más, considerar el riesgo de un uso arbitrario de dichos plazos.

128. Por otro lado, sin perjuicio de que la FNE sostiene que en las licitaciones convocadas por el MOP el tiempo para presentar una oferta incluso supera a aquel establecido en la normativa (FNE, folio 158, p. 24), al ser el único parámetro establecido para plazos mínimos en el ordenamiento y al no constar otros antecedentes en autos que justifiquen mínimos distintos, se tomarán como una referencia en lo resolutivo al momento de impartir las instrucciones. Ello implica también descartar que sea aplicable a la especie el inciso segundo del artículo 70 del Reglamento para Contratos de Obras Públicas del MOP, por lo que no será posible disminuir los plazos mínimos de referencia.

129. Junto con lo anterior, se instruirá que en caso de existir modificaciones que impliquen alterar elementos esenciales de las bases de licitación en los términos que dispone el artículo 13 de la nueva Ley de Compras Públicas –esto es, que afecten los costos y plazos para presentar ofertas–, los plazos mínimos

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de referencia se computarán desde cero a partir del momento en que se materialice la referida modificación.

E.3. Contacto entre oferentes

130. La FNE remarca ciertos riesgos coordinados asociados a instancias en las que existe contacto entre participantes, particularmente las visitas técnicas simultáneas, que pueden evitarse con medidas simples. Específicamente, la FNE sugiere que las municipalidades creen instancias alternativas para cubrir la necesidad de los oferentes de conocer la obra en terreno y se sustituyan las visitas y reuniones simultáneas por otros mecanismos, que permitan mantener anónima la identidad de los potenciales oferentes, tales como visitas individuales, en que la participación se mantenga anónima durante el proceso y que las preguntas de los visitantes se publiquen para conocimiento de todos los participantes (FNE, folio 58, p. 76).

131. Las oportunidades de contacto entre oferentes de una licitación generan riesgos significativos en materia de competencia. Uno de los aspectos cruciales para que el mecanismo de licitación sea efectivo es mantener un nivel de incertidumbre entre los postulantes respecto de las ofertas presentadas. Por ello, resulta relevante disminuir al mínimo las instancias en que potencialmente los eventuales oferentes puedan acceder a información de sus competidores (Resolución N° 79/2023, § 227). Asimismo, el contacto entre oferentes genera una oportunidad para la coordinación de conductas, en especial cuando los mismos actores pueden encontrarse en distintos procesos licitatorios (véase, Axelrod, R. *The evolution of cooperation*, New York, Basic Books, 1984).

132. Si bien las visitas simultáneas generan una disminución de costos a los municipios, al reducir la necesidad de coordinación y generar una instancia de entrega de información única y común para los interesados, en opinión de este Tribunal tales beneficios no compensan los riesgos asociados a ellas. Asimismo, se concuerda con lo expresado por la FNE, en cuanto a que, al menos en lo que dice relación con la entrega de información a los potenciales oferentes, ello puede realizarse mediante otros mecanismos, que no debieran suponer un esfuerzo mayor al municipio respectivo, que no generan riesgos para la competencia y que entregan una mayor transparencia a los procesos licitatorios.

133. Por consiguiente, este Tribunal requerirá a los municipios prohibir visitas técnicas simultáneas, e instruir la difusión de información de interés general a través de las mismas bases, foros, videos y aclaraciones de bases, u otros mecanismos que resulten idóneos para acotar la entrega de información a cada oferente en instancias de visitas individuales, con el fin de disminuir en la mayor medida posible el eventual contacto entre oferentes, impedir tratos privilegiados o discriminatorios y aumentar la incertidumbre entre proponentes respecto de las demás ofertas que serán presentadas.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

E.4. Publicidad del presupuesto disponible

134. Como fue mencionado en la sección D, según el análisis de la FNE, un 99% de las licitaciones de obras municipales tipo LR (mayores a 5.000 UTM) realizadas en el período 2020 y 2022, publican el presupuesto disponible desde el inicio de la licitación. La FNE indica que no es óptimo que los municipios den a conocer el presupuesto puesto que su divulgación afectaría negativamente la competencia en precio. Implícito en su diagnóstico, está que la publicación del presupuesto aseguraría a los posibles oferentes que cualquier oferta que lo satisfaga no llevaría a una descalificación, además de que el presupuesto serviría como punto focal para los competidores, reduciendo los incentivos para la competencia en precio.

135. Es por lo anterior que la FNE sugiere que el presupuesto disponible o el valor máximo de la licitación sea reservado. Considera que el valor referencial de las licitaciones según la categoría que ocupa en Chile Compra, esto es LR, LP y LQ, es información suficiente para dar predictibilidad a los oferentes respecto del tipo y magnitud de la licitación (FNE, folio 58, pp. 28 y 78).

136. Sin perjuicio de lo expuesto por la FNE, este Tribunal considera que la posibilidad de reserva del presupuesto disponible para cada licitación se encuentra limitada por los mecanismos administrativos relacionados a la transparencia de la gestión de los presupuestos públicos. En este sentido, no se puede sostener que la mera falta de publicación del presupuesto disponible, en el contexto de una licitación específica, asegurará que esta información se mantenga en reserva para todos los eventuales participantes, con el riesgo de que ello devenga más bien en una asimetría de acceso a la información en perjuicio de algunos oferentes

137. Por lo anterior, y atendido lo que se resolverá respecto del precio como variable de licitación, este Tribunal no considera necesario imponer la reserva de los presupuestos disponibles para cada licitación.

E.5. Oportunidad de los pagos realizados por la municipalidad

138. De acuerdo con la FNE, uno de los principales problemas del sistema de licitación pública es el retraso en los pagos de los proveedores por parte del ente licitante. Ello desincentiva la participación de oferentes que no están en condiciones de soportar el retraso o la insolvencia del deudor (FNE, folio 58, pp. 78 y 79).

139. Como mecanismo de mitigación, la FNE sugiere que se establezca en las Bases la medida de suspender el servicio licitado en caso de que la municipalidad se retrase en un estado de pago dentro de un plazo razonable, y considerar para ello los plazos regulados en la Ley N° 21.131 que Establece el

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Pago a Treinta Días (“Ley N° 21.131”), que modificó la Ley N° 19.983, que regula la transferencia y otorga mérito ejecutivo a copia de la factura y que fue publicada el 16 de enero de 2019.

140. La FNE detalla que la referida ley establece una regulación especial para los organismos afectos a la Ley de Compras Públicas, dentro de los que se encuentran los municipios, disponiendo que el plazo para el pago es de 30 días corridos, equiparando las condiciones a las que accedían los acreedores respecto de entidades de derecho privado (FNE, folio 58, p. 79).

141. Al respecto, la moción parlamentaria en la Historia de la Ley N° 21.131, dio cuenta de que el proyecto de ley tenía como objetivo: “(...) *corregir las asimetrías que se producen entre micro y pequeñas empresas en la venta de productos o la prestación de servicios, particularmente en relativo a los plazos del pago de la deuda generada y la regulación de intereses por mora, así como el derecho a indemnización de perjuicios a fin de promover el desarrollo de las micro y pequeñas empresas, una adecuada competencia del mercado, la protección de los empleos y el desincentivo de malas prácticas comerciales que se aplican a las empresas de menor tamaño cuando son proveedoras*” (Historia de la Ley N° 21.131, p. 8, énfasis agregado). Adicionalmente, en el trámite legislativo se discutió en torno a los problemas asociados a la demora del pago que municipios realizan a empresas de menor tamaño en procesos de compra de bienes y servicios (Historia de la Ley N° 21.131 v.gr., pp. 23, 29, 37), y en particular con respecto al pago por obras ejecutadas distinguiendo según el origen de los fondos (Historia de la Ley N° 21.131, p. 161).

142. La discusión descrita resultó en las modificaciones introducidas a la Ley N° 19.983, entre las que se encuentran regular el pago del saldo insoluto de una factura en el plazo máximo de 30 días corridos desde su recepción, establecer los efectos derivados de la mora en el pago (2° bis y 2° ter) y determinar las responsabilidades administrativas de los funcionarios públicos respecto a la mora (2° quinquies).

143. En dicho sentido, los perjuicios que puede generar el retraso en el pago de obras públicas municipales en contra de los oferentes con menor capacidad económica, fueron considerados en la Ley N° 21.131, que dispuso que el pago debe ser efectuado dentro de un determinado plazo, cuyo cumplimiento se encuentra protegido por otros mecanismos e instancias, que han sido ya materia de ley, por lo que no se dictarán instrucciones al respecto.

E.6. Mecanismo de adjudicación y ponderación de factores estáticos y móviles

144. Como fue planteado en la sección D, el diseño actual de una licitación típica de obra municipal, corresponde a un proceso de una etapa y otorga una

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ponderación significativa a factores estáticos, como son la experiencia y la capacidad económica, en desmedro de la ponderación de la oferta económica. Lo anterior otorga ventajas a los participantes mejor evaluados en los primeros factores lo que, como se indicó *supra*, dependiendo de su ponderación, puede resultar en una imposibilidad en los hechos de compensar esa diferencia por medio de una oferta económica menor, lo que disminuye la presión competitiva en la licitación.

145. La presencia y alta relevancia de los factores fijos en las bases actuales puede deberse a diversos motivos. Por ejemplo, la alta valoración de la capacidad económica y atributos de experiencia de los proponentes puede responder a la intención de asegurar la buena ejecución de la obra, evitando incumplimientos (I. M. de Coyhaique, folio 113, p. 2).

146. Sin embargo, como han manifestado tanto la FNE, la CChC y Chile Compra, aunque es razonable que los municipios requieran de los proponentes un nivel mínimo de experiencia y capacidad económica, que asegure su idoneidad (FNE, folio 58, p. 70; CChC, folio 52, p. 7 y Chile Compra, folio 82, p. 4), otorgar puntajes adicionales por esos factores cuando se superen los niveles de suficiencia requeridos para la ejecución de una obra en particular, puede conducir a problemas de exclusión de competidores aptos.

147. Los aportes respecto del problema señalado dicen relación con la ponderación del precio y con la realización del proceso en una o dos etapas que, como se verá, están relacionados pero que cabe analizar separadamente.

E.6.1. Ponderación del precio

148. Tanto las Solicitantes como la FNE coinciden en que la oferta económica, entendida exclusivamente como el precio por ejecutar la obra, debiese ser el único o principal factor para considerar en la asignación. La situación actual, como se muestra en la Tabla N° 1 *supra*, es una en la que en promedio pondera al precio en 32% y en donde la ponderación promedio de los factores fijos es de 43,9%. Como lo destaca la FNE e ilustra en el Gráfico N° 1, una ponderación tan alta de los factores fijos requiere de una oferta económica significativamente mejor para compensar el peso de diferencias en esos factores, lo que puede significar un desaliento a la participación de competidores capaces de cumplir con estándares razonables.

149. En tal línea, la Solicitante muestra que una ponderación superior al 70% del precio aumenta significativamente el número de proponentes como disminuye el precio de adjudicación, medido como el porcentaje de la oferta ganadora en términos del presupuesto disponible. De ello concluyen que el aumento de la incidencia del precio es beneficioso tanto para la competencia como para las arcas fiscales (Solicitud, folio 7, pp. 30 y 31).

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

E.6.2. Modelo de dos etapas

150. Las Solicitantes, la FNE y la CChC proponen la implementación mediante ICG de un modelo de licitación en dos etapas, que permitiría otorgar preponderancia a la evaluación de la oferta económica (Solicitud, folio 7, p. 74, FNE, folio 58, p. 67 y CChC, folio 52, p. 4).

151. En la primera etapa, también denominada precalificación, se seleccionarían las ofertas aptas para participar en la licitación, según requisitos objetivos, mínimos y suficientes (experiencia, capacidad económica, entre otros). En esta etapa, la Fiscalía desaconseja la práctica de que tales condiciones técnicas sean evaluadas con nota o asignación de puntajes, debiendo simplemente operar como una instancia de selección de ofertas que son aptas mediante una revisión de estándares mínimos y objetivos para determinar la admisibilidad de la oferta (FNE, folio 58, p. 67).

152. Luego, en una segunda etapa, se evaluaría la oferta económica como factor único o, al menos, como el factor predominante. En dicho sentido, como factores que podrían evaluarse en conjunto con el precio en la segunda etapa, la Fiscalía solo identifica como relevante el plazo de 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 (FNE, folio 58, p. 69).

153. La FNE destaca la idoneidad del modelo de dos etapas para el mercado analizado en autos, dado que en el ámbito de la construcción de obra pública municipal no se observa mayor heterogeneidad y que no se trata de un mercado nuevo o del cual se carezca de información sobre su comportamiento (FNE, folio 58, p. 68).

154. Por otro lado, las Solicitantes plantean que, en caso de perseverar un sistema de una única etapa: (a) la ponderación mínima para el precio debe ser de 80%, y (b) los requerimientos de patrimonio o capacidad económica no deben superar el 50% del valor de la obra, ni la experiencia requerida superar 10 veces la magnitud de lo que se construye. Adicionalmente, solicitan que las diferencias de puntuación en las evaluaciones de experiencia y patrimonio no sean evaluadas por tramos (Solicitud, folio 7, pp. 42 y 74). Por su parte, la FNE plantea que en caso de que este Tribunal no considere necesario imponer las dos etapas, es necesario establecer una ponderación para el precio de al menos 60%, lo que a su juicio impediría que competidores con menos experiencia o capacidad económica se vean excesivamente castigados, y reduciría el riesgo de presentación de ofertas temerarias (FNE, folio 58, p. 69).

155. Este Tribunal concuerda con las aprensiones de las Solicitantes y los demás aportantes de antecedentes. Como ha sido señalado con anterioridad, la conveniencia de un proceso de licitación de una etapa, es decir, uno que se

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

considere simultáneamente criterios económicos y técnicos y de diseño del proyecto, dependerá de las características de las obras a licitar y en particular, de cuán definido convenga que esté el proyecto en términos de sus características técnicas y de diseño (Resolución N° 71/2022, § 74). En el caso de la Solicitud, si bien se trata de una variedad amplia de obras que puedan diferir entre ellas, para la generalidad de los casos sus características pueden ser precisamente definidas en las mismas bases. En tales casos, no se requiere evaluar aspectos técnicos o de diseño, que generan espacios de discrecionalidad y dan lugar a lo que se denomina licitaciones con características de “curso de belleza”. Por ello, la recomendación más asentada es evitar incorporar factores que, aun siendo relevantes, requieran de una valoración subjetiva y que exacerban los potenciales riesgos de arbitrariedad y corrupción (véase, por ejemplo, Galavotti, Stefano, Luigi Moretti, and Paola Valbonesi. 2018. *Sophisticated Bidders in Beauty-Contest Auctions*. American Economic Journal: Microeconomics, 10 (4): 1–26).

156. Una forma práctica de proceder en esta línea es el modelo de dos etapas, que, como se señaló, considera primeramente una etapa de admisibilidad en que se evalúen exclusivamente los factores técnicos que permitan asegurar la idoneidad del participante para ejecutar la obra. En una segunda etapa compiten, fundamentalmente en precio, todos los participantes idóneos que superaron la etapa de admisibilidad.

157. Entre los factores que pueden ser parte de la primera etapa, se encuentran los fijos, que pueden exigir una mínima capacidad económica y experiencia necesaria para ejecutar el proyecto, además de otros requisitos formales. La consideración a mínimos responde a que, por ejemplo, una mayor experiencia sobre un mínimo puede ser teóricamente deseable, pero es irrelevante para asegurar la ejecución, siendo inconducente otorgar puntajes y establecer diferencias sobre esa base.

158. Por cierto, dada la diversidad de proyectos, podrá argumentarse la necesidad de que a través del proceso se generen ideas sobre diseños, tecnología o procesos a emplear. Para tales casos, que son más bien extraordinarios, el municipio puede llamar a un concurso de ideas o de diseño, y luego, con la claridad del proyecto a implementar, construir las bases y llamar a una licitación. En dicho sentido, una regla general de dos etapas resulta conveniente para los objetivos que aplican al tipo de licitaciones sometidas a esta consulta.

159. Para la implementación, sin embargo, ni las Solicitantes ni la FNE sugieren una segunda etapa puramente basada en precio. Es que resulta aceptable que la posible valoración que las Municipalidades otorguen a atributos diferenciadores en el proceso de construcción o ejecución, como el plazo de entrega de la obra, la contratación de personal con discapacidad, mano de obra local, mujeres, inclusividad y género, condiciones de empleo y

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

remuneración, empresa regional, medioambiental y otras materias de impacto social, y que son factores levantados por la FNE, puedan ser considerados en la segunda etapa (FNE, folio 53, Anexo metodológico N° 1, p. 3).

160. Así, para la segunda etapa, aplicable a quienes hayan pasado la primera como criterio de admisibilidad, en el caso que el municipio decida que debe abrirse un espacio para incluir factores distintos al precio que requieren de una evaluación caso a caso, su ponderación debiera ser menor, de manera de darle sentido práctico a la competencia en base de la variable objetiva, cual es el precio. Por ello, el Tribunal instruirá que en la segunda etapa el precio no podrá ponderar menos de 80%, lo que resulta consistente con los aportes alegados, en el sentido de otorgar una alta ponderación a la variable precio, y considera la posibilidad de que el municipio incorpore otros factores diferenciadores entre propuestas, distintos a la capacidad económica y experiencia del proponente.

161. En efecto, aun cuando la FNE propone que la ponderación mínima para el precio sea de 60% y las Solicitantes un 80%, lo hacen en subsidio a no instruir la implementación de un modelo de dos etapas. Por consiguiente, el hecho que de los antecedentes aportados por la FNE se pueda inferir que la ponderación de distintos factores que pasarían a la primera etapa tienen una ponderación sustancialmente mayor y que ellos, con las calificaciones pertinentes, se subsumirán en una primera etapa de evaluación, se requerirá que la segunda etapa considere como ponderación mínima y preponderante para el precio de un 80%, que a juicio de este Tribunal constituye un umbral suficiente para asegurar una dinámica competitiva en esta actividad económica.

162. Sin perjuicio de lo anterior, en caso de que en la segunda etapa un municipio decida incorporar factores distintos al precio con el propósito de evitar que la ponderación respecto de uno de esos factores pueda significar un favorecimiento a una empresa en específico, cada uno de ellos no podrá tener una ponderación superior al 5%.

E.7. Registro de Contratistas

163. En términos generales, los registros del Minvu y del MOP restringen la contratación de servicios por parte de estos organismos, o de aquellos con los que se relacionan, a empresas que se encuentren inscritas en él. Para ello, se evalúa tanto su capacidad económica como su experiencia. La actualización periódica de sus antecedentes permite la movilidad de los proveedores dentro de los registros.

164. El registro MOP corresponde en realidad a dos registros: uno de obras mayores y otro de obras menores (DGOP, folio 67, pp. 4 y ss). A su vez, cada uno de ellos contempla diferentes especialidades. Para una determinada especialidad existen además tres categorías, las que permiten segmentar a los

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

proveedores según su nivel de experiencia. La tabla siguiente muestra un extracto del registro de obras mayores:

TABLA N° 3
Ejemplo de Niveles de Experiencia por Especialidad de Obras Mayores en
Registro MOP

NIVELES DE EXPERIENCIA POR ESPECIALIDAD				
	ESPECIALIDAD	1° CATEGORÍA	2ª CATEGORÍA	3ª CATEGORÍA (A y B)
E01	Excavaciones Exteriores sin explosivos (Ver nota E01, E02)	Vt ≥ 3.000.000 m³ Vp ≥ 400.000 m³	Vt ≥ 1.000.000 m³. Vp ≥ 200.000 m³	Vt ≥ 100.000. m³
E02	Excavaciones Exteriores con explosivos (Ver nota E01, E02)	Vt ≥ 300.000 m³ Vp ≥ 50.000 m³	Vt ≥ 50.000 m³ Vp ≥ 10.000 m³	Vt ≥ 2.000 m³
E03	Excavaciones Subterráneas	Vt ≥ 30.000 m³ Vp ≥ 10.000 m³	Vt ≥ 15.000 m³ Vp ≥ 5.000 m³	Vt ≥ 1.500 m³
E04	Dragados	Vt ≥ 250.000 m³ Vp ≥ 50.000 m³	Vt ≥ 100.000 m³ Vp ≥ 25.000 m³	Vt ≥ 10.000 m³
E11	Rellenos Compactados	Vt ≥ 2.000.000 m³ Vp ≥ 300.000 m³	Vt ≥ 500.000 m³ Vp ≥ 100.000 m³	Vt ≥ 50.000 m³
E13	Enrocados en Defensas Fluviales (Ver Nota E13)	Vt ≥ 180.000 m³ Vp ≥ 18.000 m³	Vt ≥ 100.000 m³ Vp ≥ 10.000 m³	Vt ≥ 50.000 m³ Vp ≥ 5.000 m³
E21	Hormigón para Estructuras (Ver nota E21)	Vt ≥ 80.000 m³ Vp ≥ 10.000 m³	Vt ≥ 25.000 m³ Vp ≥ 4.000 m³	Vt ≥ 3.000 m³

Fuente: Registro Contratistas Obras Mayores MOP, disponible en:
[https://www.mop.gob.cl/archivos/2021/10/Registro de Contratistas Categorías y Especialidades.pdf](https://www.mop.gob.cl/archivos/2021/10/Registro_de_Contratistas_Categorias_y_Especialidades.pdf) Fecha de consulta: 19 de diciembre de 2024. p. 5

165. Por su parte, el registro del Minvu está compuesto por cuatro rubros: Edificación, Urbanización, Especialidades y Construcciones Industrializadas, los que a su vez se dividen en subespecialidades. Los proveedores solicitan la inscripción en la especialidad de su interés y son clasificados según su experiencia y capital en cuatro categorías, tal como se muestra a continuación:

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

TABLA N° 4
Rubros y Categorías Registro Minvu

Registros	Categorías	Capital mínimo en UF	Monto máximo de cada obra en UF	Experiencia
GRUPO 1 A1. Viviendas A2. Edificios que no constituyen viviendas	1°	28.000	Sin límite	60.000 m²
	2°	14.000	56.000	30.000 m²
	3°	7.000	28.000	15.000 m²
	4°	350	7.000	—————
GRUPO 2 B1. Obras viales B2. Obras sanitarias	1°	16.000	Sin límite	128.000 UF
	2°	8.000	32.000	64.000 UF
	3°	4.000	16.000	32.000 UF
	4°	200	4.000	—————
GRUPO 3 B3. Obras de electrificación C1. Instalaciones sanitarias domiciliarias C2. Instalaciones eléctricas domiciliarias C3. a), b), c), d), m), ñ), p), q) y r)	1°	10.000	Sin límite	80.000 UF
	2°	5.000	20.000	40.000 UF
	3°	2.500	10.000	20.000 UF
	4°	125	2.500	1.250 UF
GRUPO 4 C3. e), f), g), h), i), j), k), l), n) y o)	1°	6.000	Sin límite	48.000 UF
	2°	3.000	12.000	24.000 UF
	3°	1.500	6.000	12.000 UF
	4°	75	1.500	750 UF

Fuente: Registro de contratistas. Disponible en: https://www.minvu.gob.cl/wp-content/uploads/2023/01/FOLLETO-REGISTROS-TECNICOS-CONTRATISTAS_baja1.pdf

Fecha de consulta: 19 de diciembre de 2024.

166. Como fue mencionado en la sección D, un 34,9% de las bases de licitación analizadas por las Solicitantes contemplan como factor de ponderación la inscripción de los participantes en los registros de contratistas del Minvu o del MOP, en cuyo caso la ponderación promedio del registro es de un 16,3%. Asimismo, el puntaje obtenido por un postulante depende de la categoría a la que pertenece dentro del registro (Solicitud, folio 7, p. 22).
167. La clasificación de los participantes dentro de cada registro corresponde a un factor de evaluación fijo o estático, predeterminado al momento de la postulación, no pudiendo ser alterado o decidido por el participante.
168. Las Solicitantes plantean que una asignación de puntaje según la categoría a la cual pertenecen carece de justificación, toda vez que, tratándose de obras de baja complejidad, un proveedor de una categoría inferior está igualmente capacitado. Los efectos en la competencia serían equivalentes a aquellos generados por una elevada ponderación de la capacidad económica o experiencia del oferente, esto es, limitar la concurrencia y disminuir la presión competitiva de la oferta económica que enfrenta aquel participante mejor posicionado en los registros (Solicitud, folio 7, p. 22).

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

169. La FNE indica que, producto de las modificaciones recientes a la Ley de Compras Públicas, los municipios pueden utilizar los registros para la etapa de admisibilidad e incorporar en la pauta de evaluación el cumplimiento de categorías y estándares objetivos específicos que se contemplan en estos registros. Sin embargo, plantea que la reciente modificación no impide a los municipios incorporar criterios de evaluación técnicos adicionales a los del Registro de Proveedores, así como tampoco exigir categorías de los Registros del Minvu o MOP desproporcionadas en relación al tipo de obra que se licita. Por esta razón, sugiere que se instruya a los municipios que la inclusión de requisitos técnicos adicionales a los contemplados en los registros sea excepcional, los que deben cumplir además con la condición de ser mínimos, objetivos y estar estrechamente relacionados con la obra objeto de licitación (FNE, folio 158, p.6).

170. En efecto, el nuevo artículo 16 de la Ley de Compras Públicas exige a las municipalidades contratar a proveedores que se encuentren inscritos en el “Registro de Proveedores” a cargo de la Dirección de Compras y Contratación Pública. Al efecto, la referida norma dispone: *“Los organismos públicos contratantes deberán exigir a los proveedores su inscripción en el Registro de Proveedores a cargo de la Dirección de Compras y Contratación Pública y encontrarse habilitados para participar en él, para poder participar de cualquier procedimiento de contratación y suscribir los contratos definitivos”*. Lo anterior no obsta a que, de manera alternativa, los proveedores pertenezcan a otro tipo de registros oficiales como los del Minvu o MOP.

171. Más allá de restringir la contratación con proveedores inscritos en los registros, la normativa vigente no impone algún tipo de uso o función de estos en las bases de licitación. En dicho sentido, un municipio podría utilizar los registros como herramienta de admisibilidad para exigir, por esa vía, el cumplimiento de requisitos adicionales a los incorporados en los registros o la inscripción en una categoría del registro que no se encuentre objetivamente justificada para la ejecución de la obra pública.

172. Por otro lado, este Tribunal considera que, al menos en lo que respecta a los registros MOP y Minvu, la categorización contemplada no amerita la imposición de requisitos adicionales –vinculados a la experiencia o capacidad económica– a los ya evaluados al momento de la inscripción del proveedor o la actualización del registro.

173. Atendido lo expuesto, y con objeto de evitar riesgos de una menor concurrencia producto de exigencias sobredimensionadas de la idoneidad de los postulantes, se acogerá la propuesta realizada por la FNE y se instruirá a los municipios que, en caso de que decidan utilizar los registros como herramienta de admisibilidad: (i) no exigir o imponer requisitos asociados a la capacidad económica o experiencia adicionales a los ya incorporados y evaluados en los

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

registros y; (ii) en caso de imponer restricciones sobre las categorías de los registros, ésta debe ser objetiva y corresponder a la experiencia mínima necesaria para la ejecución de la obra en cuestión.

E.8. Otros aspectos relevantes

174. Según se expuso en la sección B, la FNE recomendó considerar como destinatarios de la ICG a los potenciales oferentes, los adjudicatarios y las entidades licitantes. En este último grupo, precisa que se encuentran las municipalidades de forma directa, y a los GORE y Subdere cuando intervienen en el diseño de las licitaciones ejecutadas (FNE, folio 58, p. 80 y folio 158, pp. 12 y ss). Adicionalmente, la FNE detalla que las corporaciones municipales fueron también expresamente reguladas en la nueva Ley de Compras Públicas (artículo 1°), atendido 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 (FNE, folio 58, p. 10 y folio 158, p. 4).

175. En dicho sentido, este Tribunal dictará las instrucciones de autos considerando como sujetos pasivos de la regulación a todas aquellas entidades que intervienen 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.

176. En línea con lo anterior, este Tribunal ordenará las medidas de publicidad procedentes a asegurar el conocimiento de las respectivas instrucciones por parte de todos los destinatarios de estas.

177. Finalmente, cabe señalar que, si bien la resolución de inicio dispuso la posibilidad de efectuar recomendaciones de modificación de normas legales o reglamentarias, los diversos aportes de antecedentes no dieron cuenta de problemas regulatorios que debieran ser corregidos mediante esta vía. Al respecto, y a partir de lo expuesto en la sección C, este Tribunal considera que, de los antecedentes recabados, no se aprecia que el diseño regulatorio actual requiera modificaciones para efectos de evitar los problemas a la competencia identificados por las intervinientes en autos que excedan a la necesidad de dictar ICG, por lo que no ejercerá la potestad de efectuar proposiciones normativas que establece el artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

III. PARTE RESOLUTIVA

**INSTRUCCIONES GENERALES QUE DEBERÁN SER CONSIDERADAS
RESPECTO DE LAS CONDICIONES DE COMPETENCIA EN LAS BASES DE
LICITACIÓN PARA LA CONTRATACIÓN DE OBRA PÚBLICA MUNICIPAL**

Teniendo presente lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 18 N° 3, 31 y 32 del Decreto Ley N° 211, se dictan las instrucciones generales que se indican a continuación:

1. **Destinatarios de las instrucciones.** Las presentes instrucciones deberán ser cumplidas por las Municipalidades, Corporaciones Municipales, Gobiernos Regionales, Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo y toda otra entidad que intervenga, 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.
2. **Definición de las bases de licitación.** Las bases de licitación deberán incluir una descripción clara y específica de los proyectos que se licitan, para efectos de que las ofertas presentadas sean realistas desde el inicio y se reduzca la posibilidad de posteriores modificaciones de los contratos adjudicados.
3. **Garantías.** La garantía de seriedad de la oferta no podrá superar el valor de los perjuicios económicos que tendría un ente licitante en caso de que una oferta sea desestimada, al momento de su adjudicación, por la inviabilidad del oferente de cumplirla. Asimismo, la garantía de fiel cumplimiento del contrato no podrá superar el valor de los perjuicios económicos en que incurriría el licitante en caso de que, luego de formalizado el vínculo contractual entre licitante y adjudicatario, éste no pueda cumplir con las obligaciones emanadas del respectivo contrato para la correcta prestación del producto o servicio licitado. El valor de ninguna otra garantía podrá superar los riesgos que respectivamente buscan precaver.
4. **Prohibición de precios mínimos.** Las bases de licitación de obra pública municipal no podrán establecer precios mínimos para la adjudicación de las obras.
5. **Plazos mínimos.** Entre la publicación del llamado a licitación y la presentación de ofertas deberán transcurrir los siguientes plazos mínimos:

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Costo de la obra	Número de días
Menor a 1000 UTM	15
Entre 1000 UTM y 20.000 UTM	30
Entre 20.000 UTM y 80.000 UTM	45
Mayor a 80.000 UTM	60

En caso de introducirse modificaciones que impliquen alterar elementos esenciales del contrato que afecten los costos y plazos para presentar ofertas, en los términos que dispone el artículo 13 de la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, los plazos originales para la presentación de ofertas se reiniciarán y serán contados a partir del momento en que se materialice la referida modificación.

6. **Prohibición de contactos previos entre oferentes.** Las bases de licitación de obra pública municipal no podrán contemplar la realización de visitas técnicas simultáneas entre los oferentes que participen del proceso. La entrega de información de los respectivos procesos licitatorios por las entidades licitantes deberá realizarse mediante medios de difusión de información de interés general a través de las mismas bases, foros, videos, aclaraciones, a través de su publicación en la plataforma que se esté usando en el proceso licitatorio, o por medio de cualquier otro mecanismo que resulte idóneo para acotar la entrega de información individual del proceso a cada oferente. En caso de ser imprescindible, las entidades licitantes podrán coordinar la realización de visitas a terreno exclusivamente individuales, debiendo resguardar el principio de igualdad de los oferentes.

7. **Mecanismo de licitación:**

a. Las licitaciones de obra pública municipal deberán realizarse mediante un mecanismo de asignación en dos etapas. La primera etapa tendrá por objeto la calificación de los oferentes, para lo cual se deberá considerar exclusivamente factores de habilitación o aptitud para presentar propuestas, incluyendo experiencia, idoneidad del equipo, capacidad económica, incorporación en registros de otras entidades públicas o factores análogos relativos a la aptitud del proponente para llevar a cabo la obra licitada. Todos los oferentes que superen los requisitos avanzarán a una segunda etapa, en la cual todos estarán en las mismas condiciones iniciales. Esta etapa deberá ponderar la oferta económica como factor de adjudicación en al menos en un 80%.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

b. En caso que la entidad licitante pondere la inclusión en registros de otras entidades públicas en la primera etapa de la licitación, no podrá exigir o imponer requisitos asociados a la capacidad económica o experiencia adicionales a los ya incorporados y evaluados en los registros. La imposición de restricciones relativas a las categorías de los registros en las que debe estar inscrito el proponente para obtener el puntaje o ponderación correspondiente deberá estar objetivamente justificada y limitarse a los requisitos mínimos necesarios para la ejecución de la obra licitada.

c. En el caso que el ente licitante incorpore otros factores de adjudicación en la segunda etapa, tales como el plazo de entrega de la obra, la contratación de personal con discapacidad, comportamiento previo, mano de obra local, factores de inclusividad y género, condiciones de empleo y remuneración, si la empresa es regional, o factores medioambientales, ellos no podrán tener una ponderación en conjunto superior a 20% e individualmente, cada factor no podrá ponderar en más de 5%. Los factores adicionales considerados en la segunda etapa en ningún caso podrán incluir aquellos que corresponden a la primera etapa, tales como experiencia y capacidad económica del proponente.

8. Medidas para publicitar las instrucciones. Las entidades licitantes deberán publicar y mantener a disposición de los participantes en procesos de licitación de obra pública municipal el contenido de las presentes instrucciones en las diversas plataformas o medios en que se efectúe el proceso de licitación.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Pablo García González.

Pronunciada por los Ministros Sr. Nicolás Rojas Covarrubias, Presidente, Sr. Ricardo Paredes Molina, Sr. Jaime Barahona Urzúa y Sr. Pablo García González.

Atendido lo dispuesto en el artículo 169 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, no firma el Ministro Sr. Jaime Barahona Urzúa, por estar haciendo uso de su feriado legal.

Notifíquese personalmente, por cédula o por correo electrónico a las Solicitantes y a los aportantes de antecedentes que lo hayan señalado para efectos de la notificación.

Inclúyase en el estado diario la resolución precedente y publíquese una vez que las Solicitantes y los aportantes de antecedentes se encuentren notificados. Asimismo, publíquese un extracto elaborado por la Secretaria Abogada en el sitio web del Tribunal y, una vez firme, en el Diario Oficial.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Archívese en su oportunidad.

Rol NC N° 482-20.

Firmada por los Ministros Sr. Nicolás Rojas Covarrubias, Presidente, Sr. Ricardo Paredes Molina y Sr. Pablo García González. Autoriza la Secretaria Abogada Sra. Valeria Ortega Romo.



9064B809-0998-4F7D-B64E-8801399BB159

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tdlc.cl con el código de verificación indicado bajo el código de barras.