/Carey

Septiembre de 2013

LA NUEVA REGULACIÓN PARA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE BIENES MUEBLES Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS

En julio de 2003, se dictó la Ley 19.886 de Compras Públicas que adoptó una nueva regulación para la contratación pública de bienes muebles y prestación de servicios (en adelante "Ley de Compras Públicas")1. Su objetivo fue unificar la normativa en la materia, buscando proteger los principios de transparencia y competitividad en las licitaciones.

Uno de los puntos más destacados de la Ley de Compras Públicas fue la creación del Tribunal de Compras Públicas, en el que se radicó el conocimiento de los conflictos que pudieran existir entre los oferentes y el organismo licitante. Este Tribunal fue diseñado especialmente para que las partes impugnaran irregularidades que pudieran surgir en los procesos licitatorios.

La competencia de dicho Tribunal se acotó sólo a los conflictos existentes en el tiempo intermedio entre la publicación de las bases de licitación y la adjudicación de la oferta, ambos actos incluidos. El plazo para reclamar es de diez días hábiles desde la publicación del acto impugnado en el portal Web de mercado público (www.mercadopublico.cl). En relación a las facultades del Tribunal de Compras Públicas, hay que considerar que sólo puede declarar la nulidad o ilegalidad del acto impugnado y/o el derecho del reclamante a demandar indemnización de perjuicios ante los tribunales ordinarios de justicia.

Sin perjuicio de lo anterior, hay que considerar que el Tribunal de Compras no es la única autoridad que puede resolver conflictos durante un proceso de licitación. Esto, porque varios casos son resueltos por otras autoridades competentes: (i) la Contraloría General de la República; y (ii) la misma autoridad licitante.

Lo anterior, debido a que en ciertos casos las partes interesadas pueden presentar una solicitud ante la Contraloría General de la República para que rechace un contrato aprobado por la entidad

Esta alerta legal es proporcionada por Carey y Cía. Ltda. con fines educativos e informativos únicamente y no pretende ni debe interpretarse como asesoría legal.

Carey y Cía. Ltda.
Isidora Goyenechea 2800, Piso 43.
Las Condes, Santiago, Chile.
www.carey.cl

licitante, o solicitarle el rechazo de una contratación directa (cuanto cualquiera de éstos es enviado a la Contraloría para su revisión). Asimismo, la entidad licitante o su superior jerárquico pueden resolver o arreglar cualquier irregularidad en el procedimiento, a través de los recursos administrativos de la Ley de Procedimientos Administrativos 2, que sean legalmente aplicables a estos casos. Cuando un recurso administrativo es presentado ante la entidad licitante, el recurrente obtendrá la interrupción del plazo para impugnar el acto ante el Tribunal de Compras 3.

En la resolución de los conflictos surgidos en procesos licitatorios, las autoridades han aplicado una serie de criterios diversos, como interpretaciones legales expresas, interpretaciones del “interés económico" del Estado o del “interés público”, o a veces criterios de mera conveniencia para el órgano licitante.

Algunos criterios relevantes, que suelen repetirse en diversos conflictos son los siguientes:

1. Principio de estricta sujeción a las bases

La Ley de Compras Públicas consagró expresamente el principio de estricta sujeción a las bases. Dicho principio dispone que, ni la Administración ni los particulares oferentes pueden infringir las bases de licitación en ningún aspecto. Gran parte de los conflictos existentes en la materia son resueltos mediante la aplicación de este principio, que privilegia la literalidad de las bases y otros documentos de la licitación por sobre cualquier Interpretación, sin importar la buena o mala fe de los contratantes, ni la conveniencia para el Estado de adoptarse una u otra decisión 4.

2. Principios de transparencia, competencia e igualdad

La Ley de Compras Públicas también consagró los principios de transparencia, competencia e igualdad entre los oferentes. Los organismos licitantes deberán siempre adecuarse a dichos principios.

Al respecto, se han invalidado licitaciones en las que se ha logrado acreditar que sus bases u otros actos contenían ventajas competitivas en favor de un determinado oferente, lo que atenta contra la igualdad y competitividad de la licitación.

Asimismo, se ha declarado que todos los elementos de evaluación de ofertas deben estar transcritos en las bases, no pudiendo el

organismo reservarse un criterio discrecional no transparentado a los oferentes. Además, se ha resuelto que las bases de licitación no pueden contener restricciones poco razonables que tengan por efecto disminuir el número de oferentes.

Considerando que la Ley de Compras fue dictada con el objetivo de, entre otros, mejorar la economía y eficiencia de la contratación pública, la Fiscalía Nacional Económica ("FNE"), autoridad encargada de promover la libre competencia y perseguir conductas que atenten en su contra, ha puesto en los últimos años especial énfasis en materia de compras públicas y eventuales casos de colusión en licitaciones.

En efecto, en abril de 2011, la FNE publicó una Guía titulada "Compras Públicas y Libre Competencia", dirigida principalmente a los órganos de la Administración del Estado. En ella enumeró una serie de situaciones que podrían facilitar la colusión o constituir indicios de ésta. Tales serían: (i) intercambios de información sensible entre oferentes; (ii) no presentación de ofertas de uno o más postulantes o retiro de posturas ya presentadas; y (iii) presentación de ofertas manifiestamente destinadas al fracaso. Lo anterior, a efectos de repartirse los contratos entre los oferentes, o turnarse la posición de ganador.

Finalmente, hay que tener presente que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, tribunal encargado de sancionar los ilícitos en materia de libre competencia, ha adoptado un criterio estricto en casos de colusión en licitaciones. Al respecto, en sentencia de enero de 2013 sobre una supuesta colusión cuyo objeto habría sido boicotear una licitación 5, actualmente pendiente ante la Corte Suprema, el Tribunal sostuvo que para que se configure el ilícito colusorio se requiere: (i) acuerdo expreso o tácito entre competidores; (ii) que el acuerdo otorgue algún grado de poder de mercado; (iii) que tenga por objeto y efecto, sea actual o potencial, alterar el resultado de procesos de licitación.

Como puede verse, si bien el Tribunal de Compras Públicas juega un rol fundamental en la resolución de los conflictos que tienen lugar con ocasión de las licitaciones que desarrollan los órganos del Estado, dependiendo de las características de la disputa de que se trate, el abanico de opciones procesales debe necesariamente completarse sea en forma alternativa o copulativa con recursos administrativos propiamente tales, presentaciones ante la Contraloría

General de la República y la

intervención del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en los casos en que se atente en contra de ese bien jurídico.

---

1 En marzo de 2004, se dictó el reglamento que permitió la ejecución efectiva de la Ley de Compras Públicas, mediante el Decreto Supremo 250 del Ministerio de Hacienda.

2 Ley N° 19.880.

3 Todas las acciones descritas, no obstan a que durante la ejecución del contrato también se pueda demandar al servicio licitante directamente ante los tribunales ordinarios de justicia, a través de una demanda de incumplimiento contractual o de nulidad de derecho público. La conveniencia de uno u otro mecanismo dependerá de los antecedentes del caso particular.

4 Al respecto, el Tribunal de Compras ha invalidado ofertas que no contienen alguno de los documentos o antecedentes exigidos por las bases de licitación, sin importar que dichos documentos se encuentren desde antes de la licitación en poder de la Administración, como podrían ser los antecedentes técnicos de un producto o servicio que ya ha sido contratado anteriormente por el mismo organismo público. Asimismo, en reiteradas ocasiones, dicho Tribunal ha obligado a la autoridad licitante a declarar inválidas las ofertas por incumplimientos de algún requisito formal o de fondo de carácter esencial. Lo anterior, sin considerar si tal oferta resultó ser la más conveniente para el órgano licitante.

5 Requerimiento de la FNE contra ACHAP y otros

Autores: Lorena Pavic; Fernando García