

Compras Públicas

¿Cómo funciona el Sistema de Mercado Público?

Con 54 modificaciones en el reglamento de compras, publicadas recientemente en el Diario Oficial, y además el reconocimiento a ChileCompra como organismo que puede entregar orientaciones y recomendaciones, se espera fortalecer la probidad y transparencia de este sistema.

En efecto, ChileCompra es un organismo público próximo a cumplir 12 años de funcionamiento y en este contexto, las modificaciones a uno de sus reglamentos responde a necesidades detectadas en temas de transparencia como la importancia del deber de abstención para prevenir conflictos de interés, la restricción de la causal de trato directo en caso de consultorías estratégicas y la entrega de plazos de pagos a proveedores, con un plazo mínimo por defecto de 30 días.

Junto con ello se espera dar impulso a las empresas de menor tamaño y facilitar su participación en el mercado público. Es así que se establece, entre otras materias, un umbral más elevado que el actualmente existente, para la exigencia de las garantías de seriedad de la oferta para propuestas sobre 2000 UTM, liberándose a las empresas de menor tamaño -que usualmente transan en los procedimientos licitatorios de montos inferiores-, de una carga financiera muchas veces desproporcionada y que constituye para aquéllas una verdadera barrera para participar en las licitaciones públicas.

Un tema relevante, sobre todo si se considera que este sistema transa anualmente más de 8 millones de dólares en la adquisición de productos y servicios necesarios para el funcionamiento estatal.

Dada su relevancia conversamos con una de nuestras docentes ENA, Katerina Abarca Muñoz, Abogado Magíster en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

“Recordemos que la finalidad de este sistema es mantener la transparencia, igualdad y publicidad en materias relativas a las adquisiciones que haga el Estado a título oneroso. Lo anterior fue motivado por el hecho de que antes no había un sistema uniforme que garantizara el respeto a los principios mencionados. Se trata de un sistema especialmente chileno y que también está siendo aplicado en países como Guatemala y Panamá” explica la profesional.

¿Cuál es la normativa que regula las compras públicas? ¿Qué instituciones y servicios públicos se ven obligados a ella?

Por regla general es la Ley N° 19.886 y su Reglamento N°250 del Ministerio de Hacienda de 2004 y se aplica a la Administración del Estado, es decir, a Ministerios,

Intendencias, Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades salvo las empresas públicas creadas por ley y demás casos que señale la ley.

Sin perjuicio de ello, existen otras normativas igualmente aplicables para determinadas materias especiales como acontece con normas y decretos aplicables al Ministerio de Obras Públicas.

¿Quiénes quedan excluidos de la Ley de Compras Públicas y por qué?

Se determinó que quedaban fuera ciertas materias, obviamente la Ley N° 19.886 no puede regular todo de forma general. Sin embargo como organismos propiamente tal, quedaron excluidas de la Ley N° 19.886 las empresas públicas, por cuanto se estimó que el procedimiento creado para las compras públicas podría entorpecer su competitividad.

¿A qué se le denomina Contrato de Suministro?

A aquel que tiene por objeto la compra o el arrendamiento, incluso con opción de compra, de productos o bienes muebles, por ejemplo: Teléfono, fármacos, escritorio, etc. toda compra en general.

¿Cuál es la importancia de las Bases de Licitación?

Las bases de licitación consisten en el marco legal determinante y necesario que regula el actuar tanto de los oferentes como de los organismos licitantes en un determinado proceso licitatorio. Existen varios tipos de bases, siendo estas las más utilizadas, las bases administrativas y técnicas.

¿Qué tipos de garantías se exigen para contratar con la Administración del Estado?

Se pueden establecer cuantas garantías sean necesarias en las bases de licitación, pero las básicas y obligatorias en algunos casos son la garantía de seriedad de la oferta y la de fiel cumplimiento de contrato.

¿Cuáles son los requisitos para contratar con la Administración del Estado?

Según el Artículo 4° de la Ley N° 19.886 podrán contratar las personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, que acrediten su situación financiera e idoneidad técnica, que no hayan sido condenados por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, dentro de los anteriores dos años.

Tampoco podrán contratar con la Administración del Estado y las empresas y corporaciones del Estado o en que éste tenga participación, los funcionarios directivos del mismo órgano o empresa, ni las personas unidas a ellos por los vínculos de parentesco descritos en la letra b) del artículo 54 de la ley N° 18.575, ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, ni con sociedades de personas de las que aquéllos o éstas formen parte, ni con sociedades comanditas por acciones o anónimas cerradas en que aquéllos o éstas sean accionistas, ni con

sociedades anónimas abiertas en que aquéllos o éstas sean dueños de acciones que representen el 10% o más del capital, ni con los gerentes, administradores, representantes o directores de cualquiera de las sociedades antedichas.

Las mismas prohibiciones se aplicarán a ambas Cámaras del Congreso Nacional, a la Corporación Administrativa del Poder Judicial y a las Municipalidades y sus Corporaciones, respecto de los Parlamentarios, los integrantes del Escalafón Primario del Poder Judicial y los Alcaldes y Concejales, según sea el caso.

**¿En qué consisten los procedimientos de contratación? ¿Cómo se diferencian?
¿Cuáles son sus procedimientos?**

Podemos identificar los siguientes: trato directo, licitación pública y licitación privada. La ley 19.886 los ha definido de la siguiente manera:

a) Licitación o propuesta pública: es el procedimiento administrativo de carácter concursal mediante el cual la Administración realiza un llamado público, convocando a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente, por ejemplo: La licitación pública que realizan los municipios para contratar los servicios de aseo, o la licitación que efectúa la Junaeb, para adquirir las raciones alimenticias.

En las licitaciones públicas cualquier persona podrá presentar ofertas, debiendo hacerse el llamado a través de los medios o sistemas de acceso público que mantenga disponible la Dirección de Compras y Contratación Pública, en la forma que establezca el reglamento. Además, con el objeto de aumentar la difusión del llamado, la entidad licitante podrá publicarlo por medio de uno o más avisos, en la forma que lo establezca el reglamento.

b) Licitación o propuesta privada: es el procedimiento administrativo de carácter concursal, previa resolución fundada que lo disponga, mediante el cual la Administración invita a determinadas personas para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente. Por ejemplo: licitaciones para contratar servicio de transporte de valores.

c) Trato o contratación directa: es el procedimiento de contratación que, por la naturaleza de la negociación que conlleva, deba efectuarse sin la concurrencia de los requisitos señalados para la licitación o propuesta pública y para la privada. Tal circunstancia deberá, en todo caso, ser acreditada según lo determine el reglamento, por ejemplo: Cuando se contrata un servicio de gasfitería, por un problema de inundación en el baño del servicio.

¿Qué facultades tiene la Administración al momento de contratar?

Las mismas facultades que se hayan establecido en las bases y que les confiera la Ley, por ejemplo pueden exigir la firma del contrato, hacer valer las boletas de garantía, llevar un control del cumplimiento de los contratos y del cumplimiento de los derechos laborales, poner término al contrato en forma anticipada, etc.

La Ley 19.886 se refiere a la Cesión y Subcontratación ¿En qué consisten?

La cesión se refiere a que los derechos y obligaciones que nacen con ocasión del desarrollo de una licitación son intransferibles. Lo anterior se entiende sin perjuicio que una norma legal especial permita expresamente la cesión de derechos y obligaciones.

Los documentos justificativos de los créditos que de ellos emanen serán transferibles de acuerdo con las reglas del derecho común.

En cuanto a la subcontratación se indica que el contratante podrá concertar con terceros la ejecución parcial del contrato, sin perjuicio que la responsabilidad y la obligación de su cumplimiento permanecerán en el contratista adjudicado. Con todo, no procederá la subcontratación en los casos especialmente previstos en el reglamento o ante una disposición expresa contenida en las respectivas bases de la licitación, por ejemplo: en los contratos de obras públicas generalmente el dueño de la empresa que se adjudicó la propuesta subcontrata a empresas más pequeñas para que efectúen determinados trabajos.

¿Qué es Chileproveedores?

Es el registro electrónico de proveedores del Estado, a nivel nacional, incorporado en una plataforma tecnológica de última generación, que reúne toda la información relevante de aquellas empresas que participan en las licitaciones estatales. El registro incluye información de los productos, servicios, proyectos y certificaciones de las empresas. Adicionalmente, contempla la información comercial, legal y financiera, que permite acreditar que la empresa cumple con los requisitos de contratación con Entidades Públicas.

El sistema está a cargo de la Dirección de Compras y Contratación Pública (Dirección ChileCompra) y es operado por la Cámara de Comercio de Santiago (CCS) y debe hacerse exigible solo a los oferentes adjudicados al momento de la firma del contrato ya que además permite establecer que el oferente no tiene ningún tipo de inhabilidad para contratar con el Estado.

¿Cuál es el sistema de información de las compras y contrataciones públicas?

La plataforma electrónica que utilizan por regla general todos los servicios públicos para efectuar una compra pública es www.mercadopublico.cl sitio web que depende de la Dirección de Compras y Contratación Pública.

¿Existe la posibilidad de contratar bienes y servicios fuera del Sistema de Información?

Existen determinadas excepciones siendo estas las siguientes:

- 1.- información sobre adquisiciones y contrataciones calificadas como de carácter secreto, reservado o confidencial en conformidad a la ley.

2.- Las Entidades podrán efectuar los Procesos de Compras y la recepción total o parcial de ofertas fuera del Sistema de Información, en las siguientes circunstancias de acuerdo al Reglamento N°250 del Ministerio de Hacienda de 2004:

a.- Cuando existan antecedentes que permitan presumir que los posibles proveedores no cuentan con los medios tecnológicos para utilizar los sistemas electrónicos digitales establecidos de acuerdo al Reglamento, todo local deberá ser justificado por la Entidad Licitante en la misma resolución que aprueba el llamado a licitación.

b.- Cuando haya indisponibilidad técnica del Sistema de Información, circunstancia que deberá ser ratificada por la Dirección.

c.- Cuando en razón de caso fortuito o fuerza mayor no es posible efectuar los Procesos de Compras a través del Sistema de Información.

d.- Cuando no exista de manera alguna conectividad en la comuna correspondiente a la entidad licitante para acceder u operar a través del Sistema de Información.

e.- Tratándose de contrataciones relativas a materias calificadas por disposición legal o por decreto supremo como de naturaleza secreta, reservada o confidencial.

f.- Tratándose de las contrataciones de bienes y servicios, indicadas en el artículo 10 números 5 y 7 letras i) y k) del Reglamento de Compras, efectuadas a proveedores extranjeros en que por razones de idioma, de sistema jurídico, de sistema económico o culturales, u otra de similar naturaleza, sea indispensable efectuar el procedimiento de contratación por fuera del Sistema de Información. Sin perjuicio de ello, las entidades deberán publicar en el Sistema de Información los términos de referencia, las órdenes de compra y la resolución de adjudicación y el contrato, en los casos que corresponda, por ejemplo: cuando se compran materiales directamente a una empresa ubicada en Alemania, la que no tiene un representante en Chile y que por lo mismo no están inscritos en el Chilecompra.

En el caso de las garantías, planos, antecedentes legales, muestras y demás antecedentes que no estén disponibles en formato digital o electrónico, podrán enviarse a la Entidad Licitante de manera física, de acuerdo a lo que establezcan en cada caso las Bases.

¿Existe algún organismo que fiscalice este Sistema?

El Tribunal de Contratación Pública, la Contraloría General de la República y la Dirección de Compras y Contratación Pública.

Respecto del Tribunal de Contratación Pública ¿Cuál es su rol, integrantes y límites?

El Tribunal de Contratación Pública es un órgano judicial colegiado, integrado por seis jueces letrados. Tres de ellos, ejercen sus funciones en calidad de titulares y los restantes como suplentes. Los jueces del Tribunal de Contratación Pública deben ser nombrados por el Presidente de la República, previa formación de una terna, una para cada cargo, elaborada al efecto por la Corte Suprema.

Además hay un Secretario Abogado del Tribunal, de exclusiva confianza y subordinación de los jueces, quien tendrá el carácter de ministro de fe del Tribunal y desempeñará las demás funciones que éste le encomiende.

Existen además 3 abogados relatores y 4 administrativos.

La competencia de este órgano jurisdiccional comprende el conocimiento y resolución de las demandas de impugnación que se deduzcan contra:

1.- Actos u omisiones ilegales o arbitrarios, ocurridos en procedimientos administrativos de licitación en que puedan incurrir los organismos públicos regidos por la Ley N°19.886 y que tengan lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, ambos inclusive.

2.- La decisión de la Dirección de Compras y Contratación Pública de rechazar o aprobar la inscripción de un proveedor en el Registro Electrónico de Contratistas que lleva dicha dirección.

La demanda mediante la cual se ejerce la acción de impugnación puede ser interpuesta por toda persona natural o jurídica, que tenga un interés actualmente comprometido en el respectivo procedimiento administrativo de contratación.

19.- ¿Cuáles son las funciones de la Dirección de Compras y Contratación Pública?

Según el artículo 30 de la Ley N° 19.886 sobre Contrato Administrativo de Suministro y Prestación de Servicios la Dirección de Compras tiene las siguientes funciones:

a) Asesorar a los organismos públicos en la planificación y gestión de sus procesos de compras y contrataciones. Para ello podrá celebrar convenios de asesoría para el diseño de programas de capacitación y de calificación y evaluación contractual.

b) Licitación la operación del sistema de información y de otros medios para la compra y contratación electrónica de los organismos públicos,

c) Suscribir convenios con las entidades públicas y privadas que correspondan para los efectos de recabar información para complementar antecedentes del registro de contratistas y proveedores.

d) Licitación bienes y servicios a través de la suscripción de convenios marco.

- e) Representar o actuar como mandatario de uno o más organismos públicos a que se refiere esta ley, en la licitación de bienes o servicios en la forma que establezca el reglamento.
- f) Administrar, mantener actualizado y licitar la operación del Registro de Contratistas y Proveedores.
- g) Promover la máxima competencia posible en los actos de contratación de la Administración, desarrollando iniciativas para incorporar la mayor cantidad de oferentes.
- h) Establecer las políticas y condiciones de uso de los sistemas de información y contratación electrónicos o digitales que se mantengan disponibles.

¿Cómo evaluaría este sistema en términos de transparencia y eficiencia?

Es muy bueno en cuanto a la transparencia, pero no es ideal respecto de la competitividad, ya que el sistema no es fácil de manejar, se exige mucha documentación innecesaria, además los costos se encarecen al pedirse las boletas de garantía entre otras cosas, y lo más importante, el organismo público se ve impedido de negociar directamente y buscar una mejor oferta.

¿Qué le mejoraría?

Lo haría más simple, sin la exigencia de tantos requisitos, que al final impide que los oferentes se presenten en la propuesta. Asimismo trataría de rebajar el tiempo entre la aprobación de las bases y la adjudicación. Además potenciaría las facultades del Tribunal de Contratación Pública, a fin de que éste pueda efectuar un control directo e inmediato en los organismos públicos.