

Licitación pública: concepto, principios y tramitación



Iván Aróstica Maldonado

Profesor de Derecho Administrativo

Director del Departamento de Derecho Público

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Definición y alcance

Por aplicación del principio de legalidad que rige la actividad del Estado, es presupuesto de validez de todo contrato administrativo que el órgano pertinente tenga *competencia* suficiente para celebrarlo (art. 7º inciso 1º de la Constitución)¹ y –si es del caso– que esté dotado por ley con los fondos necesarios para solventar la obra o servicio encargado (art. 89 –100 actual– de la Constitución).²

Pero, de momento, demanda nuestra atención ese otro requisito de validez puesto por la Constitución: que los actos estatales se dispongan *en la forma que prescriba la ley* (art. 7º inciso 1º). Y en cuya virtud la Ley 18.575, orgánica

¹ Al efecto, la competencia expresa puede encontrarse descrita en la ley de manera “específica” (para suscribir los contratos nominados que indique el legislador en cada caso), o en términos “genéricos” (como cuando a una autoridad se le permite celebrar “los contratos necesarios para el adecuado cumplimiento de las funciones” del servicio o entidad de que se trate).

Sin embargo, la Contraloría General de la República ha acotado que la aceptación de estas fórmulas amplias o genéricas de competencia no puede llegar a admitir la procedencia de negocios ajenos o que no conciden con los fines del organismo, pues únicamente permiten convenir aquellos contratos comprendidos dentro de la administración ordinaria del mismo, acorde con el principio de especialidad de los sujetos jurídicos de derecho público (Dictámenes 25.353 y 26.966 de 2003). Ni tampoco permiten acordar contratos regidos por textos especiales y que son de resorte de otras autoridades (Dictamen 12.377 de 1995).

² El art. 100 (89) consagra el principio de legalidad de los gastos públicos, al señalar –en lo que interesa– que “Las Tesorerías del Estado no podrán efectuar ningún pago sino en virtud de un decreto o resolución expedido por autoridad competente, en que se exprese la ley o la parte del presupuesto que autorice aquel gasto”.

El art. 56 de la Ley 10.336, orgánica constitucional de la Contraloría General de la República, reitera que “Todo pago de fondos públicos que se efectúe con cargo al Presupuesto o a leyes especiales, se hará por medio de decreto supremo o, cuando una ley expresamente lo autorice, por resolución, girado contra las respectivas Tesorerías y expedido, ya directamente a la orden del acreedor o de un empleado pagador. Los decretos o resoluciones de pago deberán precisamente indicar el ítem del Presupuesto o la ley especial a que deben imputarse”. Añade el art. 147 de dicha ley que “La Contraloría no tomará razón de ningún decreto que apruebe contratos o que comprometa el cualquier forma la responsabilidad fiscal, si el gasto no está autorizado por la Ley de Presupuestos o por leyes especiales”.

constitucional sobre bases generales de la Administración del Estado, ordena que los contratos administrativos se celebren, por regla general, *previa propuesta pública* (art. 9º).

Mecanismo de asignación de los contratos administrativos que conforma la regla general aplicable en Chile, en tanto medio privilegiado –en lo inmediato– para escoger la oferta más idónea con respecto al bien común, de cuantas se presentaron al concurso. Pero que –en lo mediato– también extiende sus virtualidades más allá de la adjudicación, alcanzando la ejecución misma del contrato, en cuanto un acuerdo de voluntades afinado por esta vía no puede a posteriori modificarse por mutuo consenso entre el Estado y el particular. Comoquiera que ello importaría la práctica de negociaciones directas, incompatibles con un sistema basado en la publicidad y la transparencia, y perjudicaría a aquellos participantes que perdieron la licitación, cuyas ofertas podrían haber sido diferentes de haber sabido que el contrato original era un simple borrador y no un diseño definitivo.³

Ahora, entrando ya en la comprensión de esta “forma”, digamos para empezar que en nuestro ordenamiento no existe una ley general que defina expresamente lo que debe entenderse por “licitación pública”.

Aunque sí se encuentran numerosos cuerpos normativos que permiten precisar el alcance del referido término, en el sentido de considerar que esta figura jurídica constituye una especie de procedimiento administrativo, de carácter concursal y abierto, compuesto por una sucesión ordenada de actos unilaterales emanados de la Administración y de los particulares interesados, y cuya finalidad es la adjudicación y posterior celebración del respectivo contrato.

Este concepto, unánimemente compartido por la doctrina universal,⁴ ya se deja entrever en la misma Ley 18.575, cuando concibe la licitación pública como un “procedimiento concursal” (art. 9º), ya que el vocablo “concurso” significa, precisamente, “Competencia entre los que aspiran a encargarse de

³ Más detalles sobre este tópico, en nuestro *La estabilidad de los contratos administrativos*, Actualidad Jurídica (Universidad del Desarrollo) 6 (2002) 191-201.

⁴ Aparte de muchos otros, George Vedel, *Droit Administratif*, PUF (Paris) 3e. éd. (1964) pp. 621-625. En nuestro medio, Eduardo Soto Kloss, *Derecho administrativo. Bases fundamentales* (tomo 2), Editorial Jurídica de Chile (Santiago) 1ª ed. (1996) pág. 54, y Enrique Silva Cimma, *Derecho administrativo chileno y comparado (Actos, contratos y bienes)*, Ed. Jurídica de Chile (Stgo.) 1ª. ed. (1995) pág. 192.

Hemos dicho, por nuestra parte, que la licitación pública es “una especie de procedimiento administrativo, consistente en un certamen convocado por la Administración en términos amplios, para que le propongan ofertas todos los interesados que reúnan los requisitos generales previstos en las respectivas bases”, añadiendo que “por contraste, en la licitación privada hay un pedido de ofertas dirigido –personalmente o por carta certificada– sólo a las personas o empresas predeterminadas por la Administración convocante”. En *Cómo y con quién contrata la Administración*, incluido dentro de la obra colectiva “La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho (conmemoración por su 75º aniversario de vida institucional)” 303-310 (lo copiado en pág. 306).

ejecutar una obra o prestar un servicio bajo determinadas condiciones, a fin de elegir la propuesta que ofrezca las mayores ventajas”, acorde con el léxico. Igualmente discurre la Ley 19.886 (30.7.2003), de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, al entender por “Licitación o propuesta pública: 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” (art. 7º letra a), entre otros textos de análogo tenor.⁵

Lo que coincide, asimismo, con el criterio adoptado por la Contraloría General de la República en su jurisprudencia administrativa (Dictámenes 1.231 de 1967 y 20.165 de 1969), donde ha señalado, por ejemplo, que la licitación consiste en una invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases preparadas (pliego de condiciones) formulen propuestas, de las cuales la Administración selecciona y acepta la más ventajosa (adjudicación), por manera que estos trámites no son sino etapas anteriores a la celebración del contrato (Dictamen 8.478 de 1998).

En el proceso de licitación, ha dicho, se pueden distinguir diversas etapas, constituyendo, pues, un trámite complejo que comienza con la decisión de llamar a propuestas, lo cual implica la elaboración de las bases administrativas y especificaciones técnicas, y concluye con la adjudicación y suscripción del contrato, si así procediere (Dictamen 20.555 de 1999).

De manera que, al amparo de ese criterio normativo uniforme y de esta jurisprudencia, vale entender cualquier texto vigente que ocupe esa expresión –“licitación pública”– aunque este no entre en mayores precisiones.

Principios

Enseguida, como la licitación pública no escapa –no puede hacerlo– al mandato general impuesto al Estado, de “promover el bien común” al mismo tiempo de proceder “con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución

⁵ El Reglamento de Contratos de Obra Pública, DS 75 (MOP) de 2004 (1.12.2004), define la licitación como el “Procedimiento mediante al cual se solicitan a proponentes inscritos en el Registro de Contratistas del MOP, o precalificados si es el caso, cotizaciones para la ejecución de una obra pública” (art. 4º N° 25).

El DS 236 (MINVU) de 2002 (1.7.2003), que aprueba las Bases Generales reglamentarias para los Contratos de Ejecución de Obras que celebren los Servicios de Vivienda y Urbanización, entiende por “Propuesta Pública: Sistema de contratación consistente en concurso de ofertas que debe solicitar el Serviu públicamente, debiendo respetar al convocarla y al adjudicar las obras, la igualdad de los licitantes y las bases que rigen el respectivo llamamiento”, agregando que “El llamado a licitación se publicará en el portal de Internet ‘www.chilecompra.cl’ y por una vez a lo menos, en un diario de reconocida circulación en la respectiva región o, a falta de éste, de reconocida circulación en el país”.

establece" (art. 1^º inc. 4^º), de ello resulta que al arbitrar un mecanismo de esta índole, consecuentemente se persiguen esos mismos dos objetivos fundamentales, que acá se particularizan en:

- 1) asegurar una gestión eficiente y eficaz de la Administración, en la búsqueda y selección de la oferta más ventajosa para los intereses públicos comprometidos,⁶ amén de
- 2) garantizar el derecho de los interesados a participar en esa instancia de selección, con la más amplia libertad e igualdad de oportunidades.⁷

Y de estas dos finalidades se desprenden, a su vez, aquellos principios rectores a los que ha de subordinarse todo procedimiento licitatorio, atentos a sus propias características y a las exigencias hechas en tal sentido por el ordenamiento positivo.⁸

- 1) Para la consecución de aquel primer objetivo, cobran señalada importancia los principios de celeridad, conclusivo, economía procedimental e informalidad.

El *principio de celeridad* significa que la licitación pública debe ser impulsada de oficio en todas sus etapas. Lo que implica el deber de la Administración de actuar por propia iniciativa en la iniciación del proceso y en su prosecución, haciendo expeditos los trámites y removiendo cualquier obstáculo que pudiera afectar a su pronta y debida decisión.⁹

El *principio conclusivo* o *in dubio pro acto* insta a llevar los trámites adelante, hasta la resolución final del concurso, momento en que la Administración habrá de adjudicar el contrato o declarar desierta la licitación, según corresponda.¹⁰

⁶ Exigencia de satisfacer el bien común con eficacia y eficiencia, que reiteran los arts. 3^º inc. 2^º, 52 y 53 de la Ley 18.575.

⁷ Con el nombre de "principios", la Ley 18.575 (art. 9^º inc. 2^º) reconoce a los oferentes los derechos "de libre concurrencia al llamado administrativo" y de "igualdad ante las bases que rigen el contrato", mismos que son asegurados por la Constitución (arts. 1^º incisos 1^º y 5^º, y 19 N^º 2 inc. 2^º).

⁸ Se habla de una suerte de simbiosis entre el procedimiento administrativo general y el trámite de licitación pública (en cuanto concluye –también– con la emisión de un decreto o resolución que adjudica y aprueba el contrato), lo que permite trasladar a éste los principios generales previstos para aquél en la Ley 19.880 (arts. 4 y ss.). Así se hará, indicando en nota al pie de página la norma equivalente en cada caso.

En el orden de estos principios, en último término extraídos de la Constitución y la Ley 18.575, también tiene un papel importante la Convención Interamericana contra la Corrupción (Diario Oficial de 2.2.1999), que entre otras medidas preventivas insta a los países a adoptar "Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas" (art. 3 N^º 5).

⁹ Este deber que le asiste a la Administración de proceder de oficio en los procedimientos administrativos, lo establecen las leyes 18.575 (arts. 3^º inc. 2^º y 8^º inc. 1^º) y 19.880 (art. 7^º).

¹⁰ Ley 19.880 (art. 8^º).

El *principio de economía procedimental* tiende a evitar los trámites inútiles, dilatorios o engorrosos que retarden la satisfacción de las necesidades colectivas involucradas, de modo que la licitación transcurra con agilidad y expedición, sin más formalidades que las exigidas por el ordenamiento jurídico o la naturaleza del procedimiento.¹¹

El *principio de informalidad* postula que la licitación debe conducirse con un grado de sencillez tal, que evite las exigencias estériles, la excesiva severidad en la admisión de los interesados y la eliminación de ofertas por defectos intrascendentes. El procedimiento ha de centrarse en multiplicar las alternativas de comparación, facilitando el acceso al mayor número posible de postulantes, sin cortapisas, a fin de que la Administración pueda tomar una decisión eficaz y eficiente en consecución de la mejor oferta para el interés general involucrado en la licitación.¹²

2) Como orientados hacia aquella segunda finalidad están los principios de concurrencia o competitividad, imparcialidad, impugnabilidad, y de publicidad y transparencia.

El *principio de concurrencia o competitividad* procura hacer asequible el proceso y abrir espacios a la participación del mayor número de oponentes, con miras a promover una competencia real de ofertas. Sobreentendida la libertad de los interesados para formular sus propuestas y aportar las aclaraciones o rectificaciones necesarias, que deberán ser tenidas en cuenta por la autoridad, efectivamente, al dirimir el certamen.¹³

El *principio de imparcialidad* demanda una conducta ecuánime, objetiva y neutral de la Administración, con prescindencia de favoritismos o actitudes arbitrarias, durante todo el procedimiento.¹⁴

El *principio de impugnabilidad* dice relación con la posibilidad que asiste a los interesados para reclamar los actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos

¹¹ Que se asienta en lo dispuesto por las citadas leyes 18.575 (art. 8° inc. 2°) y 19.880 (arts. 9° y 13 inc. 1°).

¹² Ley 19.880 (art. 13).

¹³ Es el "principio de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo" a que se refiere el art. 9° inc. 2° de la Ley 18.575, y que guarda cierta semejanza con el "principio de contradictoriedad" de la Ley 19.880 (arts. 10 y 17 letra f). Con fundamento, en el fondo, en "el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional", reconocido por la Carta de 1980 (art. 1° inc. 5°).

¹⁴ Principio vinculado a la "igualdad ante las bases que rigen el contrato", a que alude el art. 9° inc. 2° de la Ley 18.575. Como no proviene del derecho de igualdad en la ley asegurado por la Constitución (art. 19 N° 2 inc. 2°), que, al prohibir a la autoridad el establecimiento de "diferencias arbitrarias", fuerza a la Administración –en definitiva– a romper esa igualdad dentro del orden jurídico, lo cual se expresa "en lo razonable e imparcial de sus decisiones", de acuerdo con la Ley 18.575 (art. 53). También tiene su símil en la Ley 19.880 (art. 11).

entre la aprobación de las bases y la adjudicación del contrato. En el caso de los postores, comprende la posibilidad de verificar y objetar los requisitos que deben cumplir las ofertas de los demás licitantes.¹⁵

El *principio de publicidad y transparencia*, que por basarse en nuestra forma republicana de gobierno alcanza a la comunidad en general y a los licitantes en particular,¹⁶ garantiza el conocimiento cabal de la intención de la Administración de suscribir un determinado contrato y de las condiciones para participar en el proceso de selección; el acceso a toda la información que sea relevante para la preparación de las ofertas; la divulgación de los criterios que se utilizarán para adjudicar la propuesta; el conocimiento de las cotizaciones planteadas después del acto de apertura, así como la más amplia difusión de las cláusulas del contrato y de todo lo pertinente a su ejecución, hasta la liquidación del mismo.¹⁷

Tramitación

Así que la licitación pública comprende una sucesión de trámites esenciales, emanados de la Administración y de los interesados, que aun cuando conservan su propia individualidad y pueden ser reclamados independientemente, se encuentran concatenados dentro de un orden consecutivo lógico, con el objetivo –todos ellos– de producir un contrato administrativo.

Unos “trámites esenciales” que, en Chile, no están indicados por vía general en un solo cuerpo normativo, sino que resultan de la composición entre diversas normas repartidas por nuestro ordenamiento;¹⁸ o aparecen precisados

¹⁵ Su fundamento positivo se halla en las leyes 18.575 (arts. 3° inc. 2° y 10) y 19.880 (art. 15).

¹⁶ Carlos E. Delpiazzo, *Control social de la Administración y Transparencia*, Ius Publicum (U. Santo Tomás de Aquino) 11 (2003) 43-52.

¹⁷ Principio que encuentra sustento en la Constitución (art. 8° inc. 2°), en la Ley 18.575 (arts. 3° inc. 2°, 13 y 14) y en la Ley 19.880 (art. 16).

Recuérdese que para velar por la transparencia de las operaciones contractuales del Estado, la Ley 19.886 creó un “Sistema de Información y Compras y Contrataciones de la Administración”, al cual se ordena otorgar gratuito y público acceso (art. 19), y en el que se deben incluir los datos concernientes a los llamados a presentar ofertas, recepción de las mismas; aclaraciones, respuestas y modificaciones a las bases de licitación, así como los resultados de las adjudicaciones relativas a las adquisiciones y contrataciones de bienes, servicios, construcciones y obras (art. 20). Incluso cuando esta información tenga su origen en entidades del sector público no regidas por esta ley, con excepción de las empresas públicas (art. 21). El Reglamento de esta ley, DS 250 (Hacienda) de 2004 (24.9.2004) determina cuáles son estos actos y documentación que los organismos estatales deben publicar en el Sistema (art. 57).

¹⁸ Donde encuentra un lugar destacado, como hito referencial, la citada Ley 19.886 de 2003 y su reglamento, de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, por recoger buena parte de la experiencia chilena e internacional en materia de gestión contractual, e introducir las modernizaciones que aconseja el tiempo presente. Sin perjuicio, claro está, de sus muchos problemas de aplicación práctica, que no viene al caso comentar acá.

en la jurisprudencia, especialmente de la Contraloría General de la República,¹⁹ en consideración a la naturaleza misma de este típico procedimiento administrativo.

En ese entendido, pues, asumen la calidad de etapas fundamentales de este proceso las siguientes:

1. Aprobación de las bases que regirán la licitación y el contrato.
2. Invitación a presentar ofertas o llamado a licitación.
3. Presentación de las ofertas ante la autoridad correspondiente.
4. Apertura de las ofertas.
5. Estudio de las propuestas y consulta a los organismos técnicos designados.
6. Adjudicación.
7. Perfeccionamiento de la voluntad administrativa contractual.



1. Aprobación de las Bases o Pliego de Condiciones

Definida la conveniencia de contratar,²⁰ compete a la misma Administración dar curso inicial al procedimiento,²¹ determinando las bases generales (reguladoras de un número indeterminado de propuestas con ciertas características comunes²²) o particulares (relativas al contrato específico que se pretende celebrar) que regirán las condiciones jurídicas, técnicas y económicas a las que debe ajustarse la licitación, primero; la adjudicación del contrato, después, y la ejecución del mismo, por último.²³

¹⁹ Un compendio de estas diligencias que abarca la licitación pública, conforme a su solo enunciado (y sin perjuicio de los procedimientos especiales para la conclusión de determinados acuerdos de voluntades) en sus Dictámenes 28.282 de 1993 y 57.288 de 2003.

En lo que viene, cuando se haga referencia a la "jurisprudencia administrativa" o se invoque un "dictamen", sin otra indicación, entiéndase como provenientes de esta entidad de control.

²⁰ La consulta previa a organismos especializados, la autorización habilitante de una autoridad superior según ordene la ley, así como el trámite de audiencia pública, para recabar antecedentes de los posibles interesados directos en la futura licitación, y de quienes puedan ser afectados en sus derechos o intereses por el proyectado contrato, constituyen etapas anteriores que atenúan el peligro de arbitrariedad en la decisión de contratar y en la confección de los pliegos. Sobre la base del derecho de todas las personas a participar con igualdad de oportunidades en los asuntos de interés general, asegurado por la Constitución (art. 1° inc. 5°) y lo dispuesto por la Ley 19.880 (arts. 17 letras a), d) y f), 21 N°s 2 y 3, y 39), hemos sustentado que ello es exigible en *Audiencia pública y ejercicio de la potestad reglamentaria*, Actualidad Jurídica (Universidad del Desarrollo) 12 (2005) 113-121. Antes, Pedro Pierry Arrau, *Las audiencias públicas*, en XX Jornadas Chilenas de Derecho Público (Universidad de Valparaíso), tomo 2 (1989) 499-510.

²¹ Una modalidad complementaria se encuentra en la Ley de Concesiones de Obras Públicas, DFL 900 (MOP) de 1996, donde la correspondiente licitación puede tener su origen en una "idea de iniciativa privada", respecto de los proyectos, en la forma y con los premios que allí se señalan (art. 2° incs. 3°-5°).

²² Dictámenes 2.104 y 8.478, de 1998.

²³ Eduardo García de Enterría-Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas (Madrid) 7ª. ed. (1996 reimpresión), 680.

1.1. Las *bases administrativas* son las que contienen el marco normativo que disciplina el proceso de selección del co-contratante, con indicación de las etapas que lo componen; los plazos a que deben atenerse los particulares y la autoridad en sus respectivas actuaciones; los requisitos generales de postulación;²⁴ los mecanismos de consulta y aclaraciones; además de señalar los criterios de evaluación de las cotizaciones y la ponderación que se asigna a cada uno de ellos.²⁵

Asimismo les toca establecer, clara y precisamente, los elementos de la esencia del convenio que es motivo del ofrecimiento.²⁶

Las *bases técnicas* son las que describen o detallan las características y calidad de la obra, bien o servicio a contratar, y –si es del caso– las normas de la

²⁴ Por los señalados principios de concurrencia e imparcialidad, es ya un criterio maduro en la jurisprudencia administrativa chilena que las bases solo pueden establecer requisitos impersonales y de aplicación general: Dictámenes 16.432 de 1969, 36.253 de 1982, 28.827 de 1986, 1.432 de 1987, 8.187 de 1991, 25.924 de 1992, 38.518 de 2000, 48 de 2003, etc. Consúltese también el pronunciamiento de la Comisión Preventiva Central de 22.7.2001, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 98 (2001) 2.6, 166-169. En la jurisprudencia judicial, es aleccionador el caso *Gómez Gallo*, Corte Suprema 5.6.1986, en RDJ 83 (1986) 2.5, 37-41 (con nota de otros casos al pie de pág. 38).

²⁵ Unos baremos objetivos, a ser posible numéricos, que pueden ser impugnados tanto si son excesivamente genéricos e imprecisos (que no vinculan casi nada a la Administración) como si son excesivamente específicos (que predeterminan el adjudicatario dibujando el perfil del candidato amigo): Gaspar Ariño, *Problemática actual de la contratación de las Administraciones Públicas*, en "Contratación Pública" (varios autores), Marcial Pons (1996) 18-35 (lo referido en pág. 24).

Es bienvenida la tendencia actual de nuestra legislación, en orden a describir –al menos– estos factores de ponderación, tal como sucede, por ejemplo, con la Ley de Concesiones de Obras Públicas, DFL 900 (MOP) de 1996 (art. 7°), cuya forma concreta de aplicación para adjudicar la concesión debe señalarse en las bases de cada licitación. O en la Ley 19.882 (23.6.2003), en lo relativo a la licitación pública para adjudicar el contrato de administración del llamado "fondo para la bonificación por retiro" (art. 14 inc. 5°).

En el caso de la Ley 19.886 (30.7.2003) de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, el legislador sólo previene, en general, que "Las bases de licitación deberán establecer las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre los beneficios del bien o servicio por adquirir y sus costos asociados, presentes y futuros. Estas condiciones no podrán establecer diferencias arbitrarias, ni atender sólo al precio de la oferta" (art. 6°), y que "El adjudicatario será aquel que, en su conjunto, haga la propuesta más ventajosa, teniendo en cuenta las condiciones que se hayan establecido en las bases respectivas y los criterios de evaluación que señale el reglamento" (art. 10 inc. 2°).

Este Reglamento, a su turno, señala que "Las Entidades Licitantes considerarán, entre otros factores, al momento de evaluar las ofertas recibidas, el precio de la oferta, la experiencia de los Oferentes, la calidad técnica de los bienes y/o servicios ofertados, la asistencia técnica y soporte, los servicios de post venta, el plazo de entrega, los recargos por fletes y cualquier otro elemento relevante" (art. 38 inc. 1°). "Estos u otros criterios serán explicitados en las respectivas Bases, estableciéndose los puntajes y ponderaciones que se asignan a cada uno de ellos" (art. 38 inc. 2°).

²⁶ Es lo que señala, por ejemplo, la Ley 19.542 (19.12.1997) a propósito de las bases que reglan las licitaciones de concesiones portuarias (art. 7° inc. 2°). En la jurisprudencia judicial, v. RDJ, tomo 93 N° 3 (1996) 2.5, 244-249.

El Reglamento de la Ley 19.886 indica tanto los contenidos mínimos que "deberán" tener las bases, entre otros, los criterios objetivos que serán considerados para decidir la adjudicación (art. 22), como los contenidos adicionales que "podrán" incluirse en ellas (art. 23). Un modelo semejante puede verse en el DS 495 (Justicia) de 2002 (19.8.2002), Reglamento de Licitaciones y Prestación de la Defensa Penal Pública (arts. 9° y 10°).

correspondiente técnica, ciencia o arte que deben respetarse en la ejecución del contrato. Las *bases financieras* consagran las condiciones económicas del contrato (precios, garantías, formas de pago, etc.).

1.2. Es de sobra conocida la afirmación de que las bases constituyen “la ley del contrato”, por la fuerza vinculante que tienen para las partes (autoridad e interesados). En tal entendido, nuestra Contraloría General ha informado invariablemente que “la sujeción estricta a las bases” constituye un principio de orden público que no admite excepción alguna, pues busca poner de manifiesto la legalidad y transparencia de los actos y contratos de la Administración, al punto que su trasgresión desvirtúa todo el procedimiento seguido y lesiona severamente la garantía de igualdad de los oferentes.²⁷

Empero, la aplicación demasiado rigurosa de este “principio de apego irrestricto a las bases” (cuyo sano objetivo original es obtener la máxima homogeneidad entre las ofertas que se van a comparar, con miras a aminorar el riesgo de arbitrariedad), llevada hasta el grado del detallismo y las exigencias inconducentes, no puede prosperar a costa del más sustancial principio de competitividad, en tanto la licitación debe centrarse en provocar la mayor oposición posible entre las cotizaciones planteadas, y en la lógica que esa mayor afluencia de ofertas cede también en beneficio del propio Estado.²⁸

Bien lo ha entendido la propia Contraloría: cuando el Legislador exige la licitación pública como requisito de un contrato administrativo, dicho procedimiento constituye una solemnidad que la Administración debe procurar se realice en términos tales que efectivamente se produzca competitividad entre los participantes, pues de lo contrario pasaría a ser un mero formalismo carente de sentido, lo que evidentemente no es la intención de la ley.²⁹ O al advertir que la finalidad tenida en vista al iniciar el procedimiento de licitación no es otra que obtener la mejor oferta y la más conveniente a fin de llevar a efecto con éxito el proyecto a que se refiere la contratación, objetivo que no puede perderse de vista ni supeditarse al rígido cumplimiento de requisitos formales

²⁷ Dictámenes 53.685 de 1976; 73.721 de 1977; 46.981 de 1980; 36.253 de 1982; 32.237 de 1984; 15.717 de 1986; 39.055 de 1988; 9.775, 16.262, 19.086 y 28.282, de 1993; 4.718 y 17.185 de 2000, entre muchos.

²⁸ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 2, Fundación de Derecho Administrativo (Buenos Aires) 3ª. ed. (1998) XII-7 a XII-9 y XII-16 a XII-20. Lo mismo en su *Después de la reforma del Estado*, Fundación citada, 2ª. ed. (1996) capítulo VII “El informalismo y la concurrencia en la licitación pública”, VII-1 al VII-33. También en nuestro *Cómo y con quién contrata la Administración*, citado en nota 4, 307-308.

Por ende, el incumplimiento de este tipo de detalles superfluos, la eventual omisión o incorrección de tales ritualismos inconducentes a efectos de elegir la mejor oferta (que es el fin último y el norte de toda licitación), no puede dejar al licitante al margen del proceso. Son las bases, en verdad, al poner estas exigencias inconsistentes, las que se ubican fuera del ordenamiento jurídico, desde que la sinrazón y la desproporción tienen de “arbitrariedad” dicho acto administrativo aprobatorio de los pliegos.

²⁹ Dictamen 245 de 1995. Sobre los límites de esta idea, v. Dictamen 19.941 de 1994.

cuya flexibilización se hace necesaria –siempre en el contexto de la debida legalidad y razonabilidad– en vistas al eficiente cumplimiento del contrato.³⁰

1.3. Otra cosa que conviene despejar es que el hecho que las bases sean imperativas no permite sostener –por eso solo– que el contrato administrativo constituya una especie de “contrato por adhesión”.

Porque no procede confundir la *prerredacción* o existencia de cláusulas pre-dispuestas, conforme a determinadas condiciones generales de contratación (que es una cuestión objetiva, relativa a la forma de confección del contrato), con la *celebración por adhesión* (que ya es un asunto subjetivo, atinente a cómo se perfecciona el contrato), donde no cabe discusión alguna ni hay lugar a pujas.³¹

1.4. Justamente a raíz de la obligatoriedad que asumen las bases aprobadas, es que ellas devienen inamovibles e invariables. Esto es, que no se pueden modificar o sustituir en el curso del proceso, ni por acuerdo unánime de los oferentes,³² ni a pretexto de eventuales aclaraciones posteriores, comoquiera que éstas solo tienen por objeto clarificar sus puntos dudosos o complementar con información adicional los vacíos de tales bases.³³

Con todo, la jurisprudencia administrativa admite que el pliego de condiciones puede por excepción alterarse, hasta la fecha de apertura de las ofertas.³⁴ Siempre y cuando el cambio se funde en motivos administrativos que lo justifiquen (como sería la comisión de algún error en la confección de las bases,³⁵ o la ocurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor que afecte por igual a la Administración o a todos los oferentes³⁶) o que en las bases y demás documentos de la licitación se prevean expresamente situaciones excepcionales que así lo permitan, y ello se notifique a todos los proponentes con suficiente antelación, a fin de que éstos puedan adecuarse a las nuevas disposiciones.³⁷

³⁰ Dictamen 36.368 de 1999.

³¹ Distingo hecho, con acierto, por el profesor Patricio Oyaneder Davis, en *Breves consideraciones en torno a los contratos por adhesión, las condiciones generales de contratación y las cláusulas abusivas*, Actualidad Jurídica (Universidad del Desarrollo) 9 (2004) 371-385.

³² Dictamen 25.924 de 1992.

³³ Dictamen 61.461 de 1979.

³⁴ Dictámenes 22.804 de 1971, 7.372 de 1977, 46.981 de 1980, 36.253 de 1982, 32.237 de 1984, 15.717 de 1986, 36.037 de 1995, y 14.564 de 1998.

³⁵ Dictámenes 22.804 de 1971 y 4.769 de 1984.

³⁶ Dictámenes 28.282 de 1993; 37.989 de 1996; 14.564 de 1998; 17.185, 38.518 y 49.698 de 2000; 3.686 de 2003.

³⁷ Dictámenes 19.844 de 1977 y 245 de 1995: veinticuatro horas antes de la apertura es ya una oportunidad tardía para innovar, porque aparte de tener que avisarse a todos los interesados los cambios hechos, en ese corto lapso es materialmente imposible que los eventuales proponentes reformulen sus propuestas y concurran a la licitación conforme a las nuevas reglas.

Entendemos que una alteración radical de las bases, a más de su comunicación a los oferentes, amerita la publicación de un nuevo llamado, si se piensa en los terceros que pudieron desistirse de participar en atención a las normas anteriores que regían el concurso, pero que potencialmente podrían presentarse ahora a competir, al tenor de las nuevas reglas.³⁸

2. Convocatoria

Una vez aprobadas las bases reguladoras del certamen, el segundo paso de este itinerario es el llamamiento o invitación a participar en él, dirigido a todos los potenciales oferentes e interesados.

2.1. El acto de convocatoria es el que contiene –en extracto– los datos indispensables para comprender el propósito de la licitación, las condiciones mínimas para postular, la manera en que los interesados pueden acceder a las bases y a los documentos o antecedentes relevantes en que ellas se sustentan, además de señalar el plazo exacto dentro del cual tienen que formularse las propuestas, hasta el día y hora fijados en las bases.³⁹

Luego, este llamado debe ponerse en conocimiento de los interesados, por regla general a través de una publicación a lo menos en un periódico de la más amplia circulación,⁴⁰ salvo que la ley disponga otra cosa en materia de

³⁸ Aplica idea general expuesta en Dictamen 77.411 de 1963.

³⁹ A pesar que las bases se sancionan por actos administrativos que “interesan a un número indeterminado de personas”, en los términos de la Ley 19.880 (art. 48 letra b), habitualmente no son objeto de publicación en el Diario Oficial.

Los pliegos de condiciones pueden ser consultados o adquiridos por cualquier persona en la repartición del servicio u organismo licitante que indiquen las bases. El valor a pagar por la entrega de copia de estos documentos (DL 2.136 de 1978, artículo único sustituido por art. 83 de la Ley 18.768), no puede exceder de su costo material. Ni puede, en nuestro concepto, ser exigido como requisito de postulación, como se lee a menudo en algunas bases o avisos, tanto por ser impertinente a los fines de escoger la oferta más beneficiosa, cuanto por ser una obligación que pesa sobre el Estado el hacer públicos sus actos y procedimientos administrativos, conforme a la Constitución (art. 8° inc. 2°) y las leyes 18.575 (art. 13) y 19.880 (art. 16).

Cabe igualmente entregar a los interesados los antecedentes de una propuesta (bases administrativas, especificaciones técnicas, planos, presupuestos, etc.) por conducto de CD Rom u otros medios digitales, acorde con la Ley 19.880 (arts. 5° y 19), que admite los medios electrónicos como instrumentos a través de los cuales pueden formalizarse los actos administrativos. Eso sí, tomándose los resguardos que aseguren la autenticidad, integridad e inviolabilidad de ellos (Dictamen 12.723 de 2005).

⁴⁰ No procede que una municipalidad adopte la modalidad de carteles dispuestos en un panel y en el diario mural del edificio municipal para convocar a una propuesta pública, necesariamente de conocimiento restringido, porque esta situación no condice con la adecuada publicidad y difusión que debe investir un concurso o licitación pública, entendiéndose por estos conceptos el llamado que hace la Administración a través de la publicación de avisos en periódicos de amplia circulación: Dictamen 9.490 de 1993. En igual sentido, dictamen de la Comisión Resolutiva del DL 211 de 1973, de 8.8.1995, en RDJ 92 (1995) 2.6, 234-237.

El hecho que la publicación no se haya contemplado en las bases, no constituye una contravención a las reglas del proceso de licitación, siempre que se haya efectuado el comunicado a través de un periódico de amplia circulación: Dictamen 8.942 de 2003.

difusión. En la práctica, siempre según la Contraloría General, ello se informa a través de publicaciones en los medios de comunicación escrita, sin perjuicio de que, también, se pueda insertar esta invitación en el Diario Oficial.⁴¹ El recto sentido de las cosas nos dice, asimismo, que esta noticia no puede reducirse a un simple "aviso clasificado" que se pierda en el tráfico de otros idénticos. Ha menester una publicación suficientemente destacada que revele el deseo veraz de captar interesados.

El indicado requisito de publicidad puede cumplirse igualmente, en forma idónea, por medio de Internet, por ejemplo, insertando el llamado a propuestas, las bases y demás especificaciones en la página web oficial del servicio u organismo respectivo, a menos que el contrato tenga regulaciones diferentes sobre este aspecto, en tanto se otorgue la posibilidad de concurrir a él a todos los interesados que estuviesen en condiciones de usar este recurso tecnológico, y sin perjuicio de emplear otros medios de publicidad cuando así lo disponga una normativa expresa en cada caso específico.⁴²

Es importante dejar constancia fehaciente del momento en que se produjo esta publicación, ya que, en nuestro ordenamiento, el contrato que se celebre en definitiva queda regido por aquellas normas imperantes a la fecha de petición de propuestas.⁴³

2.2. En afán de precisar, y aun de mejorar, el objeto o características de la contratación, nada obsta (es conveniente incluso) que las bases contemplen instancias de participación anteriores a la presentación de las ofertas, como es el caso de las siempre convenientes rondas de preguntas y respuestas.

Si bien se ha señalado que por la vía de estas consultas y aclaraciones no se puede llegar al extremo de introducir variaciones a las bases, en tanto inmodificables, somos de opinión que ello no impide a los interesados, en un contexto de colaboración útil con la Administración y con el respaldo que les proporciona su propia experiencia o el manejo de capacidades que ésta no posee, sugerir todas aquellas correcciones o alternativas que tiendan a perfeccionar el objeto de la contratación. Tales variables, no consideradas en su momento por la autoridad al aprobar los pliegos, pueden entonces adquirir el carácter de causa justificativa suficiente para innovar y cambiar dichas bases, en lo que sea pertinente y aconsejable; por supuesto, hasta la fecha de apertura de las ofertas.

⁴¹ Dictamen 57.288 de 2003.

⁴² Dictámenes 47.096 de 1999; 8.204, 57.288 y 44.178 de 2003. Sobre el llamado a licitación por medio del "sistema de información" www.chilecompra.cl disponible en Internet, ver Reglamento de la Ley 19.886 (arts. 2° N° 25 y 24).

⁴³ Dictámenes 87.072 de 1965, 80.407 de 1966, 61.390 de 1968, 41.409 de 1994, 7.251 de 1998 (que cita los anteriores 50.736 de 1963 y 34.767 de 1966), y 35.989 de 2001.



3. Presentación de las ofertas

Prosigue este iter, claro está, cuando asisten interesados acompañando ofertas concretas a la licitación. Porque de no haber postores, a la Administración no le queda otro camino que cerrar el concurso, declarando desierta la licitación. U ordenar, si quiere perseverar, la conversión del procedimiento: citar a una licitación privada y, en caso de no encontrar nuevamente interesados, proceder al trato o contratación directa.⁴⁴ Esta insistencia es sin perjuicio de tener en cuenta que la falta de interesados puede estar avisando que la obra o servicio proyectado no es atractivo para el sector privado, lo que habitualmente significa que tampoco es socialmente rentable.

3.1. Ahora, existiendo cotizaciones, éstas serán admisibles y pueden ser consideradas sólo si han sido formuladas en tiempo y forma.

En “tiempo”, significa dentro de la oportunidad o en el momento contemplado en las bases. Efectivamente, en ausencia de una norma legal expresa que regule esa ocasión, compete a las bases estatuirlo, pero siempre con plazos adecuados y prudentes que permitan la afluencia del mayor número posible de interesados, dado que –repetiremos aquí cuanto ha dicho la Contraloría General– cuando el legislador exige la licitación pública como requisito de un contrato administrativo, dicho procedimiento constituye una solemnidad que la Administración debe procurar se realice en términos tales que efectivamente se produzca competitividad entre los participantes, pues de lo contrario pasaría a ser un mero formalismo carente de sentido, lo que evidentemente no ha sido la intención legal al ordenar este trámite.⁴⁵

La excesiva brevedad, el escaso número de días entre la publicación de la convocatoria y la fecha fijada para plantear las propuestas, sin que existan circunstancias verdaderamente excepcionales que así lo justifiquen,⁴⁶ acusa, pues, una manifiesta arbitrariedad, al restringir sin motivo válido el reseñado principio de concurrencia y, aun, el de transparencia. Amén de una ilegal-

⁴⁴ Es la solución que, para esta circunstancia, concibe la Ley 19.800 (art. 8° letra a) y su Reglamento (art. 10 N° 1). Una regla parecida se halla en la ley del Ministerio de Obras Públicas, DFL 850 (MOP) de 1997 (25.2.1998), para los contratos de construcción de obras (art. 86 letra a). También en la Ley 18.695, con texto refundido en DFL 1-19.704 (Interior) de 2001 (3.5.2002), para el caso de los contratos y convenios que suscriban las Municipalidades (art. 8° inc. 6°).

El Dictamen 25.862 de 2002 definió lo que debe entenderse por las expresiones “si no se presentaren interesados” utilizadas en la Ley 18.695, y el Dictamen 39.469 de 2005 precisa las circunstancias que hacen procedentes los mecanismos de propuesta privada y de trato directo, en el sector municipal.

⁴⁵ Según Dictamen 245 de 1995. También Dictámenes 9.490 de 1993 y 57.288 de 2003. Cfr. el criterio más estrecho (y errado) del Dictamen 21.042 de 2005.

⁴⁶ Entendiéndose por tales aquellas situaciones de emergencia y no habituales (Dictámenes 8.682 de 1986 y 39.844 de 1997), como los casos de sismos o catástrofes a que se refiere la Ley 16.282, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue aprobado por DS 104 (Interior) de 1977.

dad, al infringir los preceptos constitucionales y legales que recogen tales principios.⁴⁷

En "forma", connota la obligación de allegar todos los antecedentes demandados por las bases, en que se acredite la idoneidad profesional, técnica y financiera del postulante.

O sea, en tanto la licitación pública importa la realización –en el fondo– de un "curso de antecedentes y de oposición", es de estilo poner en las bases que las empresas licitantes deben adjuntar –en primer término– aquellos instrumentos demostrativos de su constitución jurídica, afinada con anterioridad a la apertura del certamen,⁴⁸ de su experiencia para acometer el objeto del contrato⁴⁹ y de su estado de solvencia o situación financiera, entre otros aspectos relativos a la idoneidad personal y profesional de quien se presenta.

Y el curso de oposición se manifiesta al entregar cada uno de los participantes su respectiva oferta técnica (con descripción del bien a adquirir o de la obra o servicio a desarrollar, en los plazos que allí se propongan) y oferta económica (con indicación de los pertinentes precios o tarifas y demás costos asociados a la ejecución del contrato). Resumidas estas ofertas en los formularios proporcionados por la Administración, y en soporte electrónico o en sobres cerrados y firmados, a veces incluso lacrados e incluidos en cajas, acompañados de la caución proporcional exigida en las bases para garantizar la celebración del contrato (no su cumplimiento).⁵⁰

3.2. Para asegurarse que los oferentes acompañen esos antecedentes que dan cuenta de su situación personal e idoneidad profesional, y así evitar eliminar ofertas por simples defectos formales, es del todo conveniente que las bases prevean una etapa de Precalificación.

⁴⁷ Traeremos aquí a colación el famoso –en su momento– precedente judicial del *Banco Continental* (1984), donde la Corte de Apelaciones de Santiago (26.12.1984) asentó que la decisión de la autoridad interventora, en orden a emitir y enajenar acciones de esa entidad bancaria, con avisos en un diario de circulación restringida y concediendo un exiguo lapso para adquirirlas, compromete la responsabilidad extracontractual del Estado, ya que tal proceder "ha configurado un evidente abuso de poder, que coloca a los accionistas en una imposibilidad manifiesta de poder suscribir y pagar tales acciones en un brevísimo plazo, lo que permitió, entonces, hacerlo a terceros, órganos estrechamente vinculados con el Estado" (considerando 15°, en causa rol 843-72).

⁴⁸ Dictamen 14.510 de 1976. Los antecedentes de la empresa adjudicataria deben acompañarse, después, con el decreto o resolución que apruebe el contrato (Dictámenes 11.383 y 11.704 de 1982; y 5.963 de 1988). Tratándose de sociedades de hecho, se exigirá la firma de todos sus integrantes (Dictamen 2.938 de 1986).

⁴⁹ Exigencia que debe ser cumplida por los participantes con las labores que ellos mismos y de manera directa han realizado con anterioridad (y no a través de sociedades filiales o coligadas, por ejemplo): Dictámenes 23.612 y 28.558 de 1994; 9.860 de 1997, y 59.731 de 2004.

⁵⁰ Relativo a una de estas cauciones posibles de exigir, v. Bruno Caprile Biermann, *Boleta bancaria de garantía y carta de garantía interbancaria*, Actualidad Jurídica (Universidad del Desarrollo) 8 (2003) 95-112.

Con tendencia a hacer genuinamente operativo y eficaz el principio de amplia concurrencia, ha de darse a todos los interesados por igual⁵¹ la oportunidad de complementar su currículos, subsanar la falta de antecedentes o adjuntar otros documentos adicionales, bajo apercibimiento de que, si así no lo hicieren el requerido, se le tendrá por desistido de su presentación.⁵²

En esta orientación, por poner un caso, la Ley de Concesiones de Obras Públicas, DFL 900 de 1996, señala que la autoridad “podrá solicitar a los oferentes, hasta antes de la apertura de la oferta económica, aclaraciones, rectificaciones por errores de forma u omisiones, y la entrega de antecedentes, con el objeto de clarificar y precisar el correcto sentido y alcance de la oferta, evitando que alguna sea descalificada por aspectos formales en su evaluación técnica” (art. 7° inciso final). Igualmente el Reglamento de la Ley 19.886 dice que “La Entidad Licitante podrá solicitar a los oferentes que salven errores u omisiones formales, siempre y cuando las rectificaciones de dichos vicios u omisiones no les confieran a esos oferentes una situación de privilegio respecto de los demás competidores, esto es, en tanto no se afecten los principios de estricta sujeción a las bases y de igualdad de los oferentes, y se informe de dicha solicitud al resto de los oferentes a través del Sistema de Información” (art. 40). Otro ejemplo lo provee el Reglamento de la Ley 19.542, DS 104 (Transportes) de 1998 (3.8.1998), que regula las licitaciones de las concesiones portuarias, donde también se consigna expresamente la petición de este tipo de aclaraciones a los oferentes, con vistas a que nadie pueda ser descalificado por aspectos formales (art. 9 inc. 2°).⁵³

⁵¹ Dictamen 20.191 de 1995.

⁵² Como también lo permite la Ley 19.880 (art. 31).

⁵³ Este predicamento (enunciado en nota 28), es el que gana terreno en la jurisprudencia administrativa precitada (notas 29 y 30) y la legislación recién invocada (lo que también puede encontrar aval en la Ley 19.880 sobre procedimientos administrativos, art. 56, cuando señala que “La autoridad correspondiente ordenará que se corrijan por la Administración o por el interesado, en su caso, los vicios que advierta en el procedimiento, fijando los plazos para tal efecto”).

En el ámbito judicial es de citar el caso *Residuos Resiter*, en RDJ 88 (1991) 2.5, 167-171, donde también se sustenta que un aspirante en una licitación pública no puede ser eliminado por incumplir su oferta algunos detalles puramente perfeccionistas requeridos en las bases. O el caso *Heres S.A.*, en que se desaprueba el rechazo de un licitante por no haber presentado su propuesta en el formulario tipo previsto en las bases: Corte de Santiago 22.5.2001 (rol 4473-2000), Corte Suprema 12.7.2001 (rol 2189-2001) en Informe Constitucional 2.512 (20.7.2001). O *Sociedad Inmobiliaria Ida*, en RDJ 99 (2002) 2.5, 58-61: si las ofertas podían presentarse hasta las 10:30 horas, no cabe rechazar unas propuestas ingresadas a cuarenta segundos de haber marcado el reloj ese instante, por cuanto carece de razonabilidad sostener que ellas estén fuera de concurso, desde que son las 10:30 durante todo el lapso que duran los 59 segundos que configuran dicha hora, y mientras no sean las 10:31.

Por contra, en el caso *Starco S.A.*, RDJ 96 (1999) 2.5, 43-44, no se dio lugar a la posibilidad que un licitante complementara con posterioridad un certificado de deudas incompleto. En *Bellsouth Comunicaciones*, RDJ 99 (2002) 2.5, 189-200, aludiendo a la sujeción estricta a las bases, se falló que los requisitos exigidos por éstas deben cumplirse al momento de la presentación de las ofertas, de modo que los antecedentes faltantes presentados con posterioridad no pueden tener el mérito de subsanar la omisión, lo que fuerza a excluir del concurso al licitante incumplidor (que no había presentado una boleta de garantía de seriedad de la oferta “pagadera a la vista”, como se especificó en el curso de la licitación, y no obstante que la entidad bancaria involucrada precisó después que el documento emitido en su oportunidad sí reunía esa característica. La Corte dejó sin efecto el Dictamen 38.144 de 2001 de la Contraloría General, que había ordenado reincorporar al concurso a esa empresa eliminada, Smartcom S.A.).

3.3. Puede ocurrir que la licitación se limite sólo a un concurso de oposición de ofertas, y no de antecedentes, cuando es condición indispensable para postular el que los interesados estén inscritos previamente en una nómina oficial de proveedores, como son los Registros que llevan los Ministerios de Obras Públicas y de Vivienda y Urbanismo, o el Registro de Contratistas de la Ley 19.886 (art. 16), por ejemplo.

Sin entrar a cuestionar la validez de este requerimiento,⁵⁴ es lo cierto que “la globalización de la economía lleva a la internacionalización de las licitaciones y de las ofertas, lo cual torna imposible a cada Estado determinar *ex ante* la capacidad de cada oferente: no queda en tales casos otra alternativa que estudiarlo en cada licitación, en ocasión del análisis del sobre A o de precalificación de oferentes. Ciertamente que este mecanismo puntual y aislado no es tan eficaz como un registro previo y sistemático, pero es claro que tal registro no resulta materialmente posible tenerlo con alcance universal”.⁵⁵

4. Apertura de las ofertas

4.1. Según sea como estipulen las bases, la apertura de las ofertas puede verificarse en una ceremonia única, o en dos actos separados en el tiempo. En el primer caso, tiene lugar la apertura de las ofertas técnicas y económicas, conjuntamente. En el segundo, en un acto se abren las ofertas técnicas y, en otro, las ofertas económicas de aquellos postores que hubiesen calificado previamente su oferta técnica.⁵⁶

En cualquier caso, las ofertas deben abrirse ante los funcionarios autorizados en el día, hora y lugar indicados en las bases y avisos correspondientes. Actúan como ministros de fe los funcionarios designados para participar en la apertura, y están habilitados para presenciarla todos los postulantes que asistan a ella.⁵⁷

4.2. Es ésta una ceremonia “solemne”, por cuanto los funcionarios de la Administración actuantes en calidad de ministros de fe proceden a levantar un acta formal donde se deja constancia de las ofertas presentadas y de las observaciones u objeciones que deseen hacer los asistentes interesados, documento

⁵⁴ En punto a que muchas veces la inscripción en tales registros viene siendo exigida por un acto meramente reglamentario, como requisito obligatorio para poder presentarse a propuestas, y no por una norma de rango legal como prevé la Constitución a propósito del derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita (art. 19 N° 21 inc. 1°).

⁵⁵ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 2 citado, XII-31 y XII-32. Acerca de las licitaciones internacionales, dicho sea de paso que –por principio– los antecedentes presentados por los interesados deben venir en “castellano”, por constituir ésta nuestra la lengua oficial, o ser acompañados de la respectiva traducción (Dictamen 4.031 de 1996), y sus valores expresados en la unidad monetaria “peso”, por ser el medio legal de pago con poder liberatorio y de curso legal en Chile (Dictamen 5.963 de 1988).

⁵⁶ El fraccionamiento de la apertura en dos etapas es otra práctica común que ha sido recogida por el Reglamento de la Ley 19.886 (art. 34).

⁵⁷ Dictámenes 29.549 de 2000 y 57.288 de 2003.

que luego es firmado por todos ellos en señal de autenticidad y como prueba de comparecencia personal.

En el acto de apertura la autoridad no puede devolver ninguna propuesta, anticipar juicio ni resolver nada, sino que debe limitarse a abrir todas las presentaciones y a consignar los hechos señalados.

Somos de la opinión que el rechazo de alguna proposición –por razones de mérito o validez– sólo puede decidirse en la oportunidad procesal contemplada al efecto, esto es, al momento de su estudio posterior. Incluso nos parece que debe diferirse a ese momento procesal la eliminación de una oferta por defectos formales, previa audiencia del afectado y con disposición a obtener la subsanación de los mismos, en un breve plazo, si es que se trata de fallas menores que no alteran el fondo de la oferta ni distorsionan la licitación.

Lo propio, para el caso de ambigüedad de una oferta.

4.3. Se trata, además, de una ceremonia “pública”, no sólo porque pueden estar presentes los licitantes e interesados que lo estimen, para poder informarse o tomar conocimiento de las ofertas presentadas, pasivamente, sino también porque les es dable plantear acá los reparos que les merezcan los actos de la Administración y/o las ofertas de los competidores: comoquiera que la Constitución dispone que “Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como los fundamentos y los procedimientos que utilicen”, salvo ley de quórum calificado en contrario (art. 8° inc. 2°), y a fin de hacer eficaz esa posibilidad de reclamo, ello pasa naturalmente por facilitarles la revisión de las ofertas objetadas. Lo que halla, sin embargo, un límite natural en la debida confidencialidad protectora de los derechos (de propiedad intelectual, industrial, etc.) de los proponentes.⁵⁸

Desde luego, como en la materia no existe preclusión, nada obsta formular esas impugnaciones a posteriori, aun en sede judicial.

5. Estudio de las presentaciones

A fin de contar con una opinión más especializada e independiente, habitualmente las bases instituyen el funcionamiento de una comisión encargada de examinar las ofertas,⁵⁹ cuyo cometido se concentra en emitir un parecer o

⁵⁸ Dictamen 36.368 de 1999.

⁵⁹ Son las llamadas “Mesas de Contratación”, con misión de asesorar al órgano de contratación, objetivando el análisis técnico-financiero y supliendo la falta de conocimientos especializados de aquél. Que para ser genuinamente independientes y no meros portavoces de la autoridad política, debieran estar integradas por funcionarios no subordinados jerárquicamente a ella. Gaspar Ariño, obra citada, pág. 24.

sugerir diferentes cursos de acción en la materia, de suerte que los informes evacuados por este comité de selección no son vinculantes para la autoridad facultada para contratar.⁶⁰ Pero, como por algo han sido requeridos tales informes previos, por la ley o las bases, apartarse de ellos exige –a la postre– una decisión motivada en contrario, que desvirtúe los razonamientos en ellos expuestos y aleje cualquier sombra de arbitrariedad que pueda empañar el proceso.

Quienquiera que la lleve a cabo, esta instancia de revisión comprende algunas operaciones más o menos obvias.

5.1. Lo primero es separar las ofertas defectuosas (con vicios esenciales que impiden su cotejo con el resto en condiciones de igualdad), las cuales serán eliminadas automáticamente del concurso,⁶¹ de aquellas ofertas válidamente emitidas (incluidas las que adolecen de deficiencias menores, cuya corrección no acarrea verdadero perjuicio a los demás⁶²), únicas que pueden ser objeto de evaluación en su mérito.

La ausencia de propuestas válidas conduce, indefectiblemente, a terminar el procedimiento con la declaración de dejarse desierta la licitación, mediante una resolución debidamente notificada a los postulantes rechazados.⁶³ Luego, como se dijo, esta situación faculta a la Administración para convocar a una licitación privada⁶⁴, proceder sin más trámite a un trato directo.⁶⁵ o para arbitrar este último mecanismo si fracasa aquél.⁶⁶ En cualquier caso, con los mismos pliegos y condiciones con que se efectuó la licitación pública que no prosperó.

⁶⁰ Ley 19.880 (arts. 37, 38 y 41 inc. 6°).

⁶¹ Huelga comentar que este acto administrativo interlocutorio es susceptible de todos los recursos administrativos y acciones judiciales que franquea el ordenamiento, al amparo de las reglas generales sobre impugnabilidad de los actos administrativos (especialmente con base en la Ley 19.880, art. 15 inc. 2°).

Reclamo que, de prosperar, obliga a retrotraer el procedimiento al estado de considerar la oferta desechada. Salvo que ello no sea posible, por afectar derechos adquiridos de terceros, lo cual revierte en un caso de responsabilidad extracontractual del Estado.

⁶² Defectos que pueden ser rectificadas a través de una ulterior presentación del oferente, o incluso ser declaradas admisibles derechamente, si aun con el error formal no se ve afectada la pauta de comparación de las ofertas. Así por ejemplo, se ha resuelto que si un oferente omitió indicar el precio promedio ponderado total de su propuesta, ésta no puede desecharse si, para llegar a ese resultado, a la Administración le basta practicar un simple ejercicio aritmético (Dictamen 27.733 de 1983). Relacionado, véase notas 28, 29, 30 y 53 *supra*.

⁶³ Dictamen 36.492 de 1982.

⁶⁴ En el caso de los contratos de construcción gobernados por la ley orgánica del Ministerio de Obras Públicas (art. 86 letra a).

⁶⁵ En el caso de los convenios que celebren las Municipalidades, según la Ley 18.695 (art. 8° inc. 6°).

⁶⁶ Siguiendo el orden de gradación subsidiaria que contempla la Ley 19.886 (art. 8° letra a).

Por lo mismo, de haber al menos un postulante hábil, el procedimiento ya no puede declararse desierto; en estricto rigor debe seguir adelante hasta su consumación, sin perjuicio de la facultad que se haya reservado la Administración en las bases, para rechazar todas las ofertas.⁶⁷

5.2. El paso siguiente es abocarse al mérito o calidad de aquellas ofertas admitidas, al tenor de las propias presentaciones acompañadas por los licitantes y demás antecedentes complementarios que la autoridad juzgue necesario acopiar al expediente, para mejor resolver. Incluye esto la posibilidad de requerir a los oferentes determinadas piezas adicionales o aclaraciones, aunque sin posibilidad ya de variar las propuestas.⁶⁸

Sólo si las bases lo permiten, en esta etapa la Administración podría articular una negociación y esgrimir contraofertas.⁶⁹ Siempre y cuando proceda con imparcialidad, con audiencia de todos los oferentes y sobre la base de un patrón común de comparación y posibilidades, que no confiera ventajas competitivas a ninguno de los oponentes.

Las ofertas deben ser calificadas teniendo en cuenta únicamente los factores de evaluación preestablecidos (a menudo la clásica combinación entre calidad-precio-condiciones-cantidad), y dándole a cada uno de estos parámetros la importancia o incidencia que les haya atribuido la ley, el reglamento o las bases, según corresponda.

Todo lo cual se vierte en una tabla de resultados, donde figura el puntaje final de cada concursante.

6. Adjudicación

6.1. En virtud de esa nómina de resultados, la Administración puede, ahora, desechar todas las ofertas (alternativa que es menester reservar en las bases, para el caso que ninguna de las ofertas satisfaga el interés público o en resguardo ante una posible colusión de proveedores), o bien adjudicar el contrato (aceptar la cotización ganadora). En ambos casos a través de un acto administrativo "fundado", toda vez que no procede que en las bases

⁶⁷ Dictamen 80 de 1989. En la protección *Sigel Tapia*, por sentencia de 23.1.1989, la Corte Suprema califica de arbitraria la resolución de una Municipalidad que declaró desierto un concurso a que ella misma llamó sin haberse reservado el derecho de hacerlo, pues en tal evento se habría configurado una "policitación", esto es, una promesa de la autoridad que, cumplidos los requisitos que ella misma ha establecido, perfecciona el contrato administrativo (considerando 5°), en RDJ 86 (1989) 2.5, 5-8 y FM 362, 908 y ss.

⁶⁸ Dictamen 15.835 de 1997.

⁶⁹ Dictamen 27.733 de 1989. Sobre la materia, véase el pronunciamiento de la Comisión Preventiva Central, Dictamen N° 897/261 (13.4.1994) en RDJ 91 (1994) 2.6, 80-85.

se establezca que la autoridad puede tomar alguna de estas decisiones "sin expresión de causa".⁷⁰

Por lo mismo, la apreciación de la oferta más conveniente es una facultad que, si bien discrecional, en manera alguna puede quedar exenta del sello de razonabilidad y proporcionalidad que debe ostentar toda actividad administrativa para producir efectos jurídicos válidos.⁷¹

6.2. En este sentido, la jurisprudencia administrativa⁷² y judicial,⁷³ tanto como el legislador,⁷⁴ son contestes en que el precio u oferta económica no constituye una condición que obligue a su aceptación por parte de la autoridad, por conformar éste sólo uno de los elementos de juicio que debe calificar para decidir cuál es la propuesta más beneficiosa, lo que no significa que ello deba estimarse exclusivamente en términos pecuniarios. Y llevan razón, si no se quiere confundir el sistema de "licitación pública" con una "subasta pública".⁷⁵

Mas tendría razón un licitante frustrado al impugnar la adjudicación a favor de otro cuya oferta económica era más cara que la suya, cuando los análisis emitidos en su oportunidad reconocieron a ambos competidores por igual un grado de capacitación, experiencia y medios suficientes, sin establecer diferencia alguna desde el punto de vista técnico entre ambos. En estas circunstancias de igualdad, la racionalidad de los principios de buena administración exige la elección de la mejor oferta económica.⁷⁶

⁷⁰ Como ha expresado con reiteración la Contraloría General, a partir de su Dictamen 3.065 de 1993 (seguido de sus Dictámenes 41.599 de 1995; 8.902 y 30.966 de 1966; 1.501 de 1997; 36.368 de 1999, y otros). Tesis que no podemos sino compartir, porque, como venimos postulando en la cátedra, no otro más que el dueño puede "disponer arbitrariamente", decir "así lo quiero, así lo ordeno, valga mi voluntad por razón", cuyo no es el caso de la *autoridad estatal*, que en sus relaciones con "personas libres" (art. 1° inc. 1° de la Constitución), y no con cosas o esclavos, debe siempre justificar las decisiones que a ellas les atañen. Como, por lo demás, hoy lo demanda así, aparte de la Constitución, la Ley 19.880 (art. 41 inc. 4°).

⁷¹ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo* citado, XII-46.

⁷² Dictámenes 27.733 de 1983; 5.168 de 1984; 17.622 de 1985; 16.672 y 18.314 de 1991; 3.065 y 28.282 de 1993, entre varios.

⁷³ Entre otros casos: *Miranda y Abalos Ltda.* (1986) Corte de Santiago 19.12.1986 (considerando 2°) Corte Suprema (confirma) 14.1.1987, en *Fallos del Mes* 338, 994-995; *Sociedad Ingeniería y Construcciones* (1993) Corte Suprema 30.3.1993 (considerando 6°), en *Gaceta Jurídica* 153, 36-42; *Sociedad Rojas y Sastre Ltda.* (1994) Corte de La Serena 6.1.1994 (considerando 5°) Corte Suprema (confirma) 7.6.1994, en *FM* 427, 315-319; *Sociedad de Agua Potable Barnechea S.A.*, Corte de Santiago 23.7.1999, en *RDJ* 96 (1999) 2.7, 127 y ss.

⁷⁴ En la Ley 19.886, al señalar que "Las bases de la licitación deberán establecer las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del bien o servicio por adquirir y todos sus costos asociados, presentes y futuros. Estas condiciones no podrán establecer diferencias arbitrarias entre los proponentes *ni sólo atender al precio de la oferta*" (art. 6° inc. 1°).

⁷⁵ Sobre las características de este otro mecanismo al mejor postor, Dictámenes 19.923 de 1993 y 18.367 de 1999. En la jurisprudencia de nuestros tribunales, v. el caso *Alegría Consani*, Corte de Santiago 16.9.1986 (considerando 7°) Corte Suprema (confirma) 8.10.1986, en *RDJ* 83 (1986) 2.5, 186-190.

⁷⁶ Por ponerlo en palabras de Tomás-Ramón Fernández, *Alcance del control judicial de las políticas públicas*, Revista Jurídica de Buenos Aires (Universidad de Buenos Aires) 2004 (Lexis Nexis, Abeledo-Perrot) 281-296 (lo citado en pp. 290-291).

En esta línea correcta se inserta el caso *Núcleo Paisajismo*, resuelto por la Corte de Rancagua el 20.7.1998, Corte Suprema 4.4.1998, en *RDJ* 95 (1998) 2.5, 156-163.

A menos que se invoque otra razón, justificada y mensurable, para apartarse de esa solución. Con soporte en el currículum del postor (atenta la autoridad a sus antecedentes comerciales cuestionables, el incumplimiento de contratos anteriores, su bajo nivel de experiencia y solvencia, por ejemplo) o en el examen de la misma propuesta económica (como sería el caso de una oferta irresponsable, temeraria o de estimación irrisoria⁷⁷), que haga prever el incumplimiento de lo acordado o revele el designio de elevar el precio o cambiar las condiciones durante la ejecución del contrato.

6.3. En todo caso incorrecta, siempre, nos parece la afirmación de que la adjudicación no necesariamente debe recaer en quien haya obtenido el mayor puntaje o figurar en el primer lugar de la evaluación, a pretexto de que las bases permitirían a la autoridad escoger “cualquiera” de las ofertas presentadas.⁷⁸

Es que eso, en último término, implicaría que a la Administración le es factible sopesar otras variables, innominadas y ajenas a los factores de calificación explicitados en las bases, que habrían quedado escondidas en un ámbito de reserva virtual, lo que no resulta admisible por contrariar los comentados principios de *imparcialidad* (que impide a la autoridad hacer diferencias arbitrarias o sin base en aquellos criterios objetivos de selección que rigieron el llamado) y de *transparencia* (que obliga a la autoridad a exponer abiertamente, en el pliego de condiciones, la totalidad de dichos elementos de juicio a los que se va a atener para dirimir el concurso).⁷⁹

Ningún poder jurídico puede invocarse para preterir la oferta con mayor puntaje, en provecho de otra ubicada más abajo en la calificación. En obsequio de la verdad, el único verdadero “poder discrecional” de la Administración, a estas alturas de la licitación, radica en la facultad para optar o desempatar entre dos o más propuestas *igualmente meritorias*, y siempre por un acto administrativo demostrativo de que la elección recayó, objetivamente, en la “mejor oferta” para el bien común.

⁷⁷ Dicho en propiedad, aparece como exigencia mínima de transparencia, razonabilidad e imparcialidad, que las bases consulten –de antemano– aquellos criterios objetivos en virtud de los cuales puede declararse la temeridad (como la previsión de precios referenciales o un presupuesto oficial con indicación de las tolerancias admisibles), previa audiencia del afectado a ver si puede justificar el precio ofertado. Rechazar una oferta por irresponsable, sin observar con antelación ambos resguardos, en último término desnuda una imputación gratuita y arbitraria.

⁷⁸ Como reza el Dictamen 3.065 de 1993. O la sentencia dictada en el caso *Servimar Ltda.* (1994) Corte de Santiago 15.3.1988 (cons. 11°) Corte Suprema (confirma) 6.4.1988, en RDJ 85 (1988) 2.5, 34-41.

⁷⁹ Explicando los alcances de la buena fe, Jorge López Santa María ha acotado certeramente que “En la fase precontractual, durante las tratativas, y aunque la ley no lo diga expresamente, cada negociador tiene el deber de presentar las cosas conforme a la realidad adecuada al contrato que se vislumbra. La actitud exigida es la de ‘hablar claro’, absteniéndose de afirmaciones falsas o inexactas, como, asimismo, de un silencio o reticencia que pueda producir una falsa determinación de la voluntad del otro negociador. Es el deber de información, que impone una línea de corrección al proporcionar datos a la otra parte”: *Sobre la Parte General de los contratos*, en RDJ 78 (1976) 1ª parte secc. Derecho, 25-34 (lo transcrito en pp. 33 y 34).

6.4. Otra cosa es que ese acto administrativo en que consiste la adjudicación, una vez notificado, deviene irrevocable para la Administración. Esto es, que no procede ya dejarlo sin efecto por otro acto administrativo posterior, por razones "de mérito o conveniencia".

No solo porque la adjudicación constituye el acto que afina un procedimiento administrativo de carácter reglado, al decir del dogma corriente, sino por haberse agotado la oportunidad procesal para hacer apreciaciones de esa índole. Dentro del orden consecutivo legal lógico que sigue el desarrollo de una licitación, es en la etapa de estudio de las ofertas donde la Administración puede y debe ponderar el "mérito o conveniencia" de ellas. Pero no con posterioridad a la aceptación, comoquiera que ello conduciría a una solución inadmisibles en Derecho, cual es alterar el procedimiento para dar cabida a una retractación intempestiva y provocar la extinción de una decisión creadora de derechos.⁸⁰

7. Perfeccionamiento del contrato

La adjudicación es conducente a la terminación del procedimiento.⁸¹ En efecto, a diferencia de lo que sucede en el orden privado, en que los contratos se perfeccionan al momento de la formación del consentimiento de las partes, según las normas del Código Civil y del Código de Comercio, en el derecho público la voluntad de la Administración se manifiesta al dictar el correspondiente acto de autoridad que sanciona el acuerdo y una vez que aquél haya sido totalmente tramitado.⁸²

De forma que el convenio debe ser objeto de aprobación en virtud de un acto administrativo formal, decreto o resolución según corresponda, en el que se transcriban sus cláusulas.⁸³

Lo que no significa que el contrato puede, todavía, comenzar a regir. Porque si no está exento⁸⁴ o, al menos, autorizada su vigencia inmediata,⁸⁵ dicho decreto

⁸⁰ En este tono se ha pronunciado la Contraloría General de la República, v. gr. en Dictámenes 15.671 de 1973 y 15.835 de 1997, y en muchos más. En el plano judicial, véase el caso *Starco S.A.* (1991) Corte de Punta Arenas 21.6.1991 en *G/ 133*, 59-62.

⁸¹ Como sucede con todos los actos administrativos una vez oficialmente comunicados (Ley 19.880 art. 51 inc. 2°), la adjudicación, por ser ése su efecto natural, obliga a las partes a celebrar efectivamente el contrato, incurriendo en responsabilidad si así no lo hicieren.

⁸² Dictámenes 15.178 de 1983; 8.856 de 1988; 15.178 y 24.974 de 1989; 13.210 y 24.101 de 1993; 37.221 de 1994.

⁸³ Dictámenes 11.704 de 1982, 2.938 de 1986, 5.963 de 1988, etc.

⁸⁴ Es decir, eximido, liberado, totalmente del trámite de toma de razón por el ordenamiento jurídico, y sin perjuicio de los controles alternativos o posteriores que correspondan.

⁸⁵ Situación que sólo faculta postergar –no excluir– el trámite de toma de razón. Un ejemplo, en la ley orgánica del Ministerio de Obras Públicas, para los decretos y resoluciones que dispongan medidas tendientes a evitar o paliar daños a la colectividad o al Fisco, originados por terremotos, inundaciones, incendios, desastres, destrucciones, calamidades públicas u otras emergencias graves e imprevisibles (art. 111 inc. 4°).

o resolución debe ser remitido en enseguida de su emisión a la Contraloría General de la República, para cumplir con el trámite de toma de razón, satisfecho el cual deberá, además, notificarse al co-contratante.⁸⁶

Siendo del caso recordar que dicho pronunciamiento de juridicidad en que consiste la toma de razón, es requisito de existencia del acto, de modo que antes que se lleve a cabo, el decreto o resolución aún no nace a la vida del derecho y sólo tiene el carácter de un proyecto de acto administrativo. Como lo ha advertido, correctamente, esa misma entidad fiscalizadora en Dictamen 57.309 de 2003 (que aplica Dictamen 14.069 de 1959).

Por eso la jurisprudencia ha entendido que si un contratista se anticipa a ejecutar un convenio, con anuencia del Estado, y sobreviene una representación de la Contraloría General al decreto o resolución aprobatorio del contrato, corresponde paralizar inmediatamente las faenas y hacer efectivas las responsabilidades administrativas del caso. Lo que no empece a la obligación de la Administración de pagar al contratista el valor de los trabajos realizados a satisfacción de la autoridad, si se considera el principio general de Derecho de que nadie puede enriquecerse a costa de otro sin causa, puesto que si el Estado no sufragara tales obras o servicios, se estaría enriqueciendo a costa de éste, sin que medie un título legítimo para ello.⁸⁷

Concluida está la descripción general del proceso de licitación pública, con sus trámites y principios comúnmente aceptados, confeccionada con el único ánimo de ofrecer al lector una visión de conjunto. Ya vendrá otro capítulo a exponer sobre los vicios que lo tergiversan y ocasionan la correspondiente nulidad de derecho público, acá apenas insinuados. Y acerca de las vías de control y reclamo previstas al efecto.

⁸⁶ Y publicarse, si interesa indeterminadamente a terceros o lo manda así la ley (tal, la Ley de Concesiones de Obras Públicas, DFL 900 de 1996, arts. 8° y 25 inc. 2°).

⁸⁷ En esta solución, semejante a la que ocurriría con un acto administrativo de urgencia o vigencia inmediata que, a la postre, es representado, Dictámenes 35.525 de 1966, 40.153 de 1968, 9.210 de 1971, 43.948 de 1976, 45.205 de 2001.