



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
MAGISTER EN DERECHO PÚBLICO

INCUMPLIMIENTO DE LAS BASES DE LICITACION PÚBLICA

CRISTIAN CARO VALDES

Artículo Académico para ser presentado(a) a la Facultad Derecho de la Universidad Finis
Terra, para optar al grado de Magister en Derecho Publico

Profesor Guía: Cristobal Aguilera M.

Santiago, Chile
2020

INCUMPLIMIENTO DE LAS BASES DE LICITACIÓN PÚBLICA

Cristian Andrés Caro Valdés
Universidad Finis Terrae
cristiancarov@gmail.com

Resumen

El análisis trata de la sentencia del Tribunal de Contratación Administrativa, dictada en autos Rol Número 148-2010. Correspondiente a una acción de Laboratorio Chile S.A, Con Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud, sobre acción de impugnación. En esta decisión el Tribunal acoge las acciones de impugnación declarándose ilegales y arbitrarias las Resoluciones Exentas N°s 2605, 3019, 3072. de fechas 17 de noviembre, y 13 y 15 de diciembre de 2010, que declaran desiertos los procesos licitatorios ID 621-814-LP10, 621-967-LP10 y 621- 930-LP10. Y ordena a la demandada retrotraer la tramitación administrativa de los procesos licitatorios al estado anterior a dictarse las resoluciones que declararon desiertas las licitaciones y continuar su prosecución en conformidad a la ley.

Palabras Clave: Bases de Licitación Pública, Actas de Comisión, impugnación, Tribunal de Contratación Pública, Principios de Contratación Pública.

Abstract

Key Words: The analysis deals with the judgment of the Administrative Contracting Court, issued in cars Role Number 148-2010. Corresponding to an action of Laboratorio Chile S.A, with Central Supply of the National System of Health Services, on action of challenge. In this decision, the Court welcomes the actions of challenge declaring the Exempt Resolutions No. 2605, 3019, 3072. dated November 17, and December 13 and 15, 2010, which declare the bidding processes ID 621- unlawful and arbitrary. 814-LP10,

621-967-LP10 and 621- 930-LP10. And it orders the defendant to roll back the administrative processing of the bidding processes to the previous state to issue the resolutions that declared the tenders void and continue their prosecution in accordance with the law.

Introducción

El régimen jurídico que rige la contratación administrativa en Chile ha cambiado y ha cambiado sustancialmente, gracias a la dictación de normas atinentes al tema propuesto, normas, que se han incorporado a nuestra legislación chilena. Dos importantes cuerpos legales se encuentran dentro de nuestro ordenamiento jurídico administrativo: La Ley N° 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, y la Ley N° 19.886, que regula las bases de los contratos administrativos de suministro y prestación de servicios.

Con la dictación de las normas mencionadas, se vislumbró un cambio y una supresión de los vacíos legales que pudiesen existir, vacíos que no se encontraban regulados anteriormente por norma expresa, la contratación administrativa, en donde debíamos referirnos para su solución de conflictos, o de alguna manera sancionar las irregularidades administrativas en cuanto a la contratación administrativa general, a la ley común, al Derecho Civil.

El profesor Jorge Bermúdez Soto, ha conceptualizado El contrato administrativo como el acuerdo de voluntades entre un organismo de la Administración del Estado que actúa dentro de su giro y tráfico propio administrativo y en ejercicio de sus competencias específicas y un particular que tiene por objeto la satisfacción de necesidades públicas, produciendo entre ellas derechos y obligaciones¹

¹ BERMÚDEZ SOTO, Jorge. Derecho Administrativo General. Tercera Edición, Legal Publishing, 2014.

En este concepto, dado por el profesor Bermúdez, están delimitadas y señaladas las partes del contrato administrativo, por una parte, el organismo del estado y por otra parte el particular, el primero con una necesidad pública y el segundo con la forma de satisfacer la necesidad pública.

¿Pero que pasa con la formación del consentimiento? como el estado debe contratar o celebrar contratos con particulares? Existen procedimientos establecidos para cumplir los requisitos legales de la contratación administrativa, todo en virtud a la legalidad de los contratos administrativos y a mi parecer de una transparencia en el procedimiento, lo cual no deja de ser menos importante.

En la misma ley 19.886, en el artículo 5° señala, “que *la Administración adjudicará los contratos que celebre mediante licitación pública, licitación privada o contratación directa*”

Ahora bien, la norma citada nos señala y nos da una visión mucho mas amplia desde su promulgación, de la forma en que el estado debe celebrar los contratos administrativos.

La dictación de la norma nos señala tres formas diferentes de como el estado debe cumplir con la contratación de bienes o servicios, las cuales son:

1. Licitación publica
2. Licitación privada
3. Trato directo.

La diferencia entre una u otra forma de llevar a cabo a contratación tiene que ver con los montos de la misma y cada una de ellas debe cumplir ciertos requisitos, a fin de evitar nulidades o eventuales conflictos con las partes en la celebración de un contrato administrativo.

De la enunciación básica que acabamos de conocer, de las formas de contratación administrativa, debemos señalar que pueden existir controversias entre las partes, cuando existen contravenciones a los principios de la contratación pública, que son: a) Principio de libre concurrencia de oferentes, b) Principio de Igualdad a los oferentes, c) Principio de estricta sujeción a las bases, d) Principio de Transparencia y Publicidad y de Probidad, cometidas por los Órganos de la Administración del Estado.

El Art. 22 de la ley 19.886. Ha establecido el Tribunal de Contratación Pública, el cual al día de hoy constituye un Tribunal Contencioso Administrativo, en donde se debe entablar la acción contenida en el Art. 24 del mismo cuerpo legal, a fin de que se conozca de las acciones u omisiones ilegales o arbitrarias contenidas en el proceso de contratación Administrativa.

En razón de lo expuesto en esta introducción es que desarrollaremos un análisis de una sentencia en que se recurrió al tribunal de contratación administrativa, debido a que Laboratorios Chile S.A. Participo como único oferente en un llamado a Licitación Pública, de medicamentos, estableciendo en las Bases de Licitación, una serie de requisitos, que el oferente cumplía, y que además en su puntaje obtuvo un promedio cercano al 100, y la resolución por parte de CENABAST, Central Nacional de Abastecimiento, fue declarar desierta la Licitación Pública, por que según las actas de las comisiones de presupuesto de CENABAST, la oferta de Laboratorios Chile S.A. resultaba que excedía el presupuesto general de la institución. El tribunal de Contratación Pública, acogió la aleación efectuada por Laboratorios Chile S.A. según los argumentos y principios contenidos en la constitución y las leyes.

Desarrollo

El Caso

Laboratorio Chile S.A, participo como oferente en la Licitación Pública, convocada por la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud, en adelante

Cenabast, para la adquisición de 85.170 unidades de “Vancomicina Clorhidrato FA 1 G envase individual resistente con sello que asegure inviolabilidad del contenido (100001547)”. Laboratorio Chile S.A., interpone acción de impugnación en contra de Cenabast, Causa Rol N° 148-2010 2. Del tribunal de Contratación pública. Solicitando que se deje sin efecto la Resolución Exenta N° 2605, de 17 de noviembre de 2010, dictada por el Director (S) de 2 CENASBAST, en virtud de la cual se declaró desierta la licitación pública ID-N° 621-814-LP10.

Argumentos de la Sentencia

La sentencia del Tribunal de Contratación Pública, señala que analizando las bases los procedimientos licitatorios, es posible concluir que efectivamente en ellas, se estableció la posibilidad de declarar desierta la licitación en dos situaciones:

- Que no se presentaran ofertas al proceso.
- Que las ofertas no resultaran convenientes a los intereses del Servicio Nacional de Servicios de Salud.

Pero en ambos casos se establecía una exigencia o elemento adicional: La declaración de desierta la licitación debía basarse en razones objetivas y no discriminatorias que deberían ser fundamentadas en la respectiva resolución.

En el considerando 21 ° de la sentencia, específicamente en el párrafo tercero, que señala lo siguiente: *“Pues bien, de la revisión de los antecedentes contenidos en la Resoluciones Exentas N° 2605, 3019 y 3072, de 2010, de Cenabast, es posible advertir que en ellas, no obstante que se señala la causal invocada para la adopción de tal decisión –no resultar conveniente la oferta a los intereses del S.N.S.S. (Sistema Nacional de Servicios de Salud) - las razones que justificarían dicha determinación que se encuentran contenidas en*

² Rol N° 148-2010, Laboratorios Chile S.A. con Cenabast, Tribunal de Contratación Pública, Disponible en <http://consultas.tribunaldecontratacionpublica.cl/tcp/download/15976?inlineifpossible=true>

las Actas N°s. 1688 y 1691, de 2010, no constituyen, el debido fundamento que para adoptar tal decisión exigen tanto las Bases Administrativas, en su Capítulo VII punto 3. como el artículo 9° de la Ley N° 19.886.”

En la misma sentencia, se señala, como limite a la discrecionalidad administrativa, la obligación presente en nuestra legislación, de fundamentar los actos administrativos. Lo cual se desprende de la norma contenida en el inciso 4 del art 41 de la ley 19.880, sobre Bases de los procedimientos administrativos, que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado. Y de acuerdo a lo señalado por la jurisprudencia, en cuanto. La obligación de fundamentación de los actos administrativos, a propósito de las licitaciones que “constituyen el presupuesto indispensable no sólo para el ejercicio del ulterior derecho de impugnación, sino, asimismo, y en general, como bien dice el reclamante, para facilitar el examen y escrutinio crítico de los proveedores participantes e interesados en la licitación, como también el ejercicio por parte de la Administración de sus atribuciones y potestades fiscalizadoras y de control”³

El considerando 23 de la sentencia en análisis, señala para su fundamentación, “que debe tenerse en consideración, lo señalado en el Acta de la Sesión, que han utilizado para declarar desiertas la licitación, que corresponden exclusivamente a principios generales del procedimiento de Compras Publicas, como lo son el principio de transparencia, de libre competencia y de eficiencia en las compras, los que por su naturaleza de carácter genérico no pueden ser aplicables para declarar desiertas licitaciones en las que el único oferente ha cumplido cabalmente con las exigencias que le imponían las bases de la licitaciones, como lo reconoce la propia demandada en los informes evacuados, si se considera que declaró admisibles las tres ofertas y las evaluó con notas cercanas a 100.”

Por ultimo y no menos importante es lo establecido en el considerando numero 28, al señalar a juicio del Tribunal de Contratacion Administrativa, el actuar del Sistema

³ Rol N° 8273-2007, Recurso de Reclamación, Corte de Apelaciones de Santiago de 4 de julio de 2008. p

Nacional de Servicios de Salud, vulnero, *“el principio de estricta sujeción a las bases consagrado en el artículo 10, inciso tercero, de la Ley N° 19.886, norma que establece que “Los procedimientos de licitación se realizarán con estricta sujeción, de los participantes y de la entidad licitante, a las bases administrativas y técnicas que la regulen” y en el inciso primero del artículo 37 del Decreto Supremo N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda que contiene el Reglamento de la Ley N° 19.886, que dispone que “La Entidad Licitante deberá evaluar los antecedentes que constituyen la oferta de los proveedores y rechazará las ofertas que no cumplan con los requisitos mínimos establecidos en las bases”.*

Analisis

Los hechos señalados, nos sitúan jurídicamente en la esfera de la competencia entregada por ley, al tribunal de contratación Administrativa, dotándolo de la facultad de conocer y juzgar los procedimientos de contratación administrativa, la ley de Bases de los contratos administrativos y prestación de servicios establece que *“ El Tribunal será competente para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por esta ley. La acción de impugnación procederá contra cualquier acto u omisión ilegal o arbitrario que tenga lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, ambos inclusive.”*⁴

En ese sentido cuando se habla de acción u omisión, debemos aplicar el sentido amplio de la norma pues es claro su tenor, ya que el Tribunal de contratación administrativa, es competente para conocer de la impugnación de cualquier acto u omisión dentro de la contratación Pública. Siempre basándose en uno de los Principios más importantes al día de hoy y que la ciudadanía y la ley exigen, como es la transparencia en

⁴CHILE. Ministerio de Hacienda. 2003. Ley 19886 de Bases sobre Contratos Administrativos de suministros y Prestación de Servicios. Art. 24 incisos Primero y Segundo, Julio 2003

una licitación Pública y que esta transparencia no sea vulnerada por algún acto ilegal o contrario a lo que determinen las bases de licitación.

Se ha señalado por la doctrina y en especial por el profesor, Don Eduardo Soto Kloss, *que tanto la ilegalidad como la arbitrariedad son las especies que contempla la antijuridicidad, esto es, lo contrario a derecho*, puesto que no podrían establecerse acciones para restablecer el imperio del Derecho si este no fuese infringido o vulnerado por algún acto u omisión, permitiendo que el ejercicio de la judicatura sea el vehículo para resolverlas, siendo justamente el actuar ilegal o arbitrario la referencia y fundamento de estas situaciones.

Con lo señalado anteriomenete y con lo expresado en el Fallo en comento, podemos vislumbrar que el acto que se impugno es un acto administrativo, por lo que claramente se encuentra dentro de la competencia del Tribunal de Contratacion Pública.

Ahóra bien si determinamos que el acto se se impuga se encuentro dentro de la esfera del Tribunal de Contratacion publicia, debemos ver si la impugnacion se encuadra dentro de lo que determina el Artículo 9 de la ley 19.886, que prescribe lo siguiente:

El órgano contratante declarará inadmisibles las ofertas cuando éstas no cumplieren los requisitos establecidos en las bases. Declarará desierta una licitación cuando no se presenten ofertas, o bien, cuando éstas no resulten convenientes a sus intereses.

En ambos casos la declaración deberá ser por resolución fundada.⁵

Entonces nuestra interrogante esta resuelta, para el caso de la sentencia en análisis, ya que la licitación, por parte de Cenabast fue declarada desierta, basándose en la segunda causal, que es, cuando las ofertas no resulten convenientes a sus intereses.

⁵ El énfasis es nuestro.

Pero el problema se plantea frente al requisito esencial determinado en el Art 9 de la ley 19.886, la cual señala que la declaración deberá ser por resolución fundada. Requisito que las mismas bases Administrativas señalan y habiendo facultado a Cenabast, para declarar desierta una licitación, cuando las ofertas no resultaren convenientes a los intereses del Servicio Nacional de Servicios de Salud, en base a razones objetivas y no discriminatorias, las cuales deberán ser fundadas en la misma resolución.

Frente a esta situación debemos determinar si el Servicio Nacional de Servicios de Salud, se excedió en su resolución, en base a su discrecionalidad administrativa con la que podía actuar, dado que, si bien las mismas bases establecían la posibilidad de declarar desierta la licitación, esta debía ser por motivos fundados, cosa que laboratorios Chile, se basa para solicitar al Tribunal su intervención y declare la ilegalidad y arbitrariedad de la resolución respectiva.

La defensa del Servicio Nacional de Servicios de Salud, en su mismo informe evacuado ante el tribunal y en los autos materia de esta sentencia, señala que los actos impugnados no tendrían el carácter de ilegales y arbitrarios y que se ajusta la decisión a lo establecido en las Bases Administrativas que rigen las licitaciones. Pero señala en su informe que, si bien no se consignaron en las actas de la comisión, las ofertas de Laboratorio Chile, excederían el presupuesto de Cenabast. Cabe recordar el aforismo Jurídico utilizado en lenguaje coloquial jurídico, “a confesión de parte, relevo de pruebas”, pues bien, si la misma institución demandada, señala en su defensa, que no estaba fundada la decisión en la resolución impugnada, sino que esta se encontraría en las actas de sesiones de la Comisión de Adquisiciones.

En este sentido, cabe mencionar, que, si bien se le otorga al órgano administrativo facultades privativas y discrecionales con el fin de resguardar los principios de transparencia, libre competencia y eficiencia en las compras publicas. El profesor Soto Kloss ⁶, nos advierte que La arbitrariedad, respecto de los actos de la Administración, se

⁶ SOTO Kloss, Eduardo.

presenta el denomina “elementos discrecionales de la potestad administrativa”, donde el ejercicio de dicha potestad tiene un “margen de libertad”, un espacio para desenvolver su actuación conforme a las apreciaciones de los sujetos que ostentan la representación del órgano de que se trate. Esta discrecionalidad acotada, es el espacio donde se aplica en concreto el proceso racional para conseguir la finalidad del procedimiento administrativo, y la aplicación de los criterios que rigen la actuación de la Administración orientada a ese fin. Entonces, esta actividad no puede ser resultado del capricho, sino que debe producirse conforme a una deliberación racional, empleando los medios más adecuados y proporcionados a la finalidad perseguida.

Un acto arbitrario es un acto al cual le falta un razonamiento que entregue fundamentos que lo hagan aceptable convirtiéndolo en un acto que adolece de justificaciones para su establecimiento. La arbitrariedad está más relacionada con el incumplimiento de los principios del Procedimiento Administrativo que la ilegalidad, pues esta última tiene referencia directa a las normas y a la secuencia de actos determinados para el Procedimiento.

La acción interpuesta por Laboratorios Chile, basa su argumentación, para presentar el reclamo, frente a la decisión de declarar el proceso licitatorio desierto, precisamente en esta situación, en la arbitrariedad de parte del Órgano de la Administración del Estado, en que declaro desierta la licitación, por una de las causales establecidas en las bases y en la ley, pero el actuar del servicio en esta decisión es donde se refleja el actuar arbitrario de la decisión, cuando decide no fundamentar su decisión en la resolución, de declaración de licitación desierta.

En este sentido, el Servicio Nacional de Servicios de Salud, basa su defensa, en el informe evacuado en el proceso, señalando que las consideraciones se encuentran en las actas de Sesión de la Comisión de Adquisiciones, en principios generales de procedimiento de compras. Pero el tribunal considera que propiamente justificar su decisión de declarar desierta la licitación, donde el único oferente era Laboratorios Chile S.A. y en donde se

reconoce que a pesar de ser el unico oferente, este cumplia todas las exigencias que se se establecian en las bases de licitacion, no es un fundamento suficiente para declarar desierto el proceso, basandose en un acto a todas luces arbitrario y sin justificacion alguna.

Con la sola mencion de los principios generales que regulan la contratacion publica, no es un antecedente suficiente para declarar una licitacion desierta, ya que se vulnera la ley, en donde los oferentes y organismos del estado, deben cumplir con el principio de estricta sujecion a las bases, situacion que en el caso de autos se ha vulnerado, por parte del organismo de la administracion, por que si bien menciona los los principios en que se basa su decision, estos no serian fundamentados como lo exige la ley y las bases propiamente tal.

Existen varios , fallos en que el Tribunal de Contratacion Administrativa, ha resuelto esta situacion en el sentido, del alcance, de la sola enunciacion de principios o bien basandose en lo que se ha denominado, facultades discrecionales, del Órgano de la Administración, en este sentido en conveniente señalar lo que el Tribunal de contratacion administrativa ha resuelto. En la sentencia causa rol 281-2011 de marzo del año 2012⁷, *“el sentenciador acoge la demanda de la actora, reconociendo que si bien es cierto la Directora del SERVIU “tiene la facultad discrecional para rechazar todas las propuestas presentadas”, tiene también el deber de “fundar tal decisión en antecedentes que se encuentren agregados al proceso conforme a las bases”, lo que no ocurrió en el caso concreto dado que la resolución de la Autoridad se ha basó en un Informe del Jefe de la División Jurídica del MINVU, “cuya emisión o consideración no se encuentra contemplado en las bases”, vulnerándose el principio de estricta sujeción a las bases. El fallo viene a ratificar la jurisprudencia del Tribunal ya asentada en esta materia, imponiéndole a la Autoridad fundar debidamente la decisión sin vulnerar las bases y el*

⁷ Caratulada “Icafal Ingeniería y Construcción S.A. con Servicio de Vivienda y Urbanización (SERVIU) Región de Valparaíso”. http://www.tribunaldecontratacionpublica.cl/index.php?option=com_phocadownload&view=categor&id= 2&Itemid=125

ordenamiento jurídico, ajustándose al principio de juridicidad y transparencia que deben regir en los actos administrativos.

Resulta una decisión por parte del Servicio Nacional de Servicios de Salud, mas bien antojadiza, al no señalar motivos fundados para declarar desierta la licitación, si bien posiblemente es justificable, debido a la proyección de los costos de haber aprobado la Licitación de laboratorios Chile S.A. Esta decisión no puede basarse sin una fundamentación clara y precisa, que no afecte el derecho del oferente y menos vulnere principios de contratación Pública, como es el de Transparencia, y estricta sujeción a las bases de licitación.

Existe en este sentido, un grado de responsabilidad del estado, y laboratorios Chile, podría perfectamente recurrir ante la justicia ordinaria para perseguir algún tipo de indemnización, por el acto arbitrario, cometido por el Servicio Nacional de Servicios de Salud, en el procedimiento licitatorio.

El organismo estatal, vulnera claramente los principios establecidos en la contratación administrativa, es de tal envergadura la vulneración a los principios de estricta sujeción a las bases, que lo único que cabe a mi parecer es la nulidad de la decisión, ya que esta fue basada en razones que no son objetivas.

La sentencia en comento señala en su considerando 22, *“como limite de la discrecionalidad administrativa, en nuestra legislación la obligación de fundamentar los actos administrativos se encuentra en la norma contenida en la frase 1º del inciso 4 del artículo 41 de la ley 19.880, sobre bases de los procedimientos administrativos, que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado”*

Comentando este considerando de la sentencia, conceptualizamos lo que es la discrecionalidad administrativa adoptando el siguiente concepto de Discrecionalidad Administrativa: “es una facultad atribuida por ley a un órgano de la Administración del Estado, para que este órgano frente a una determinada situación que motive su actuar, pueda optar libremente y dentro de los márgenes que fija el ordenamiento jurídico, la

decisión que estime más razonable, conveniente, oportuna, eficaz y proporcionada, de acuerdo a los antecedentes que la justifican, evitando así incurrir en un acto u omisión arbitrarias.

Desglosando este concepto, que es de suma importancia para la administración del estado, señalando, que es una facultad concedida por ley a un órgano de la administración del estado, En efecto en este caso el órgano estatal CENABAST, posee esta facultad, hubiese resuelto la adjudicación de una forma libre, pero con estricta sujeción a las bases, si bien se le dota de esta facultad, la misma no puede desarrollarse con vulneración a las bases, ya que como hemos comentado, la justificación de CENABAST, para declarar la adjudicación, no se encontraba en las bases de licitación ,si no mas bien en las actas presentadas en el informe evacuado ante e Tribunal de Contratación. Por lo tanto, no actuó dentro de los márgenes establecidos, por el ordenamiento jurídico.

La fundamentación de la decisión de CENABAST, si bien posiblemente es justificada en base a su presupuesto y la única oferta se escapaba del mismo, esta situación no estaba contenida en las bases de licitación y por lo mismo, esta decisión carece de la obligación de fundamentación de la decisión del órgano administrativo, lo cual es un presupuesto indispensable para las partes contratantes y la forma de protección de los derechos para los mismos.

Ahora bien, La razonabilidad, que se le exige al órgano administrativo, en la toma de decisiones, es solo, proceder en su actuación, de una forma ajustada a Derecho, dentro de los márgenes establecidos en el ordenamiento jurídico, a fin de evitar caer en el ejercicio de actos inspirados por el capricho o la arbitrariedad. Esta razonabilidad como facultad, o mas bien como deber, Implica que la decisión del órgano, deberá ser la mas acertada, No es razonable que la Administración no actué sobre la base de fundamentos de hecho y de

⁸ Arancibia Mattar, Jaime, Concepto de discrecionalidad administrativa en la jurisprudencia emanada del Recurso de Protección, Revista de Derecho Público N° 60, Julio-Diciembre de 1996, Universidad de Chile.

derecho; que no considere el mérito de antecedentes de autos o bien hechos notorios, o que simplemente se base en hechos inexistentes.

Las decisiones del órgano administrativo deben, además de tener un razonabilidad, con el fin de propender a que su decisión sea conforme a derecho y sin, vulnerar los principios de la contratación, la discrecionalidad administrativa también, debe contener un grado de proporcionalidad en su actuar y en sus decisiones, a fin de que la relación entre las partes sea adecuada y justa a los principios de la contratación administrativa y que esta proporcionalidad sea acorde con el fin del acto administrativo. El órgano estatal, debe contemplar en su decisión la más apropiada adecuación entre las partes contratantes.

Estas características o calificaciones que debe tener el órgano administrativo, en su actuar, y en la toma de decisiones, debemos agregar algo mas, que hoy en día esta esta mas presente que nunca, y es absolutamente necesario para que los actos de los organismos estatales cumplan con la finalidad por el legislador propuesta y esto es que las decisiones o actuaciones deben contener un gran sentido de probidad, y esta probidad es exigida no solo en razón de que el órgano actué en forma legal y que su acto sea valido y no vulnere la normativa legal vigente si no que es la forma mas adecuada de cumplir con la finalidad del bien común general, establecido en las leyes y en nuestra Constitución política.

De lo señalado, en el considerando de la sentencia en comento, vislúmbremos que el actuar de CENABAST, no solo contario a la normativa legal vigente, ya que su decisión fue adoptada en base a las actas de la sesión ordinaria numero 1691 de 24 de noviembre del año 2010, lo cual no estaba presente en las bases generales de licitación, propendiendo entonces a una vulneración de la discrecionalidad administrativa que el órgano posee por ley.

Continuando con nuestro analisis de la sentencia en contra de CENEBAST, el considerando 23º nos reitera , *que debe tenerse en consideración que los motivos que se establecen en el Acta de la Sesión N° 1687, de 2010, de la Comisión de Adquisiciones, y que se han aplicado para declarar desiertas las licitaciones de autos, corresponden, exclusivamente, a principios generales del procedimiento de compras públicas, como lo es*

el respeto de los principio de transparencia, de libre competencia y de eficiencia en las compras, los que por su naturaleza de carácter genérico no pueden ser aplicables para declarar desiertas licitaciones en las que el único oferente ha cumplido cabalmente con las exigencias que le imponían las bases de la licitaciones, como lo reconoce la propia demandada en los informes evacuados, si se considera que declaró admisibles las tres ofertas y las evaluó con notas cercanas a 100.

La decision de CENABAST, ha sido justificada por ellos, en cuanto a declarar la licitacion desierta en el Acta de la Sesion N° 1687, de la comision de adquisiciones, lo cual corresponde a principios generales de las compras publicas, los cuales ya han sido mencionados anteriormente en este analisis, pero el sentenciador, establece que si bien gozan estos principios de una importancia preponderante y que en general todas la compras publicas, deben respetar y ahondar aun mas en la aplicacion de los mismos, estos principios son de carácter general.

Estos principios de de transparencia, libre competencia, y de eficiencia en las compras, se encuentran presentes en Ley N°19.886. Compras Públicas en Chile.Y como principios generales deben ser respetados en un proceso de licitacion, por el organo licitante, y tambien deben ser respetado por los demas oferentes, siempre en haras de una mejor decision para los intervinientes y para la colectividad entera, con el fin denominado bien comun general, presente en nuestra constitucion, definiendolo como el estado esta al servicio de la persona humana, y su finalidad es contribuir al bien comun.

El actuar de CENABAST, en este sentido basa su decision de declarar la licitacion desierta, justificando su actuar en base a las actas de la direccion de adquisiciones, y propendiendo con esta decision de no vulnerar los principios contenidos en la ley, solo con el afan de resguardar los intereses propios, pero se excede en ese sentido, por que deja a Laboratorios Chile, fuera de un proceso donde el unico oferente era el , y en su evaluacion llegaba cercano a los cien puntos y que habia cumplido con todo los reausitos establecidos en las bases de licitacion que jamas debio incumplir la entidad Gubernamental.

Ya hemos mencionado que las bases del proceso licitatorio establecen la forma y cumplimiento de un proceso de compras y todo el proceso debe encuadrarse dentro de las bases de licitación y que todo lo ajeno a ello vulnera los principios de transparencia, equidad, igualdad de oferentes, libre competencia y de eficiencia en las compras.

La sentencia, en estudio es calra en señalar, que con la sola mención de los principios generales que regulan la contratación pública, no pueden considerarse como aspectos suficientes para declarar desierta una licitación.

La fundamentación de la sentencia, se encuentra también presente en el considerando 24° de la misma, la cual *señala Que, de este modo, a juicio de este Tribunal, la sola mención de principios generales que regulan la contratación pública no puede ser considerada como argumento exclusivo y suficiente para fundamentar una decisión tan excepcional y discrecional como es la declaración de deserción de un procedimiento licitatorio. En este sentido y conforme los antecedentes aportados a este proceso, no se vislumbra de qué forma los principios citados se encontrarían efectivamente vulnerados, teniendo en consideración que los antecedentes de los respectivos procedimientos licitatorios determinan que éstos se llevaron a efecto con estricta sujeción a las normas que se contemplaban respecto de todas sus etapas, según se manifiesta, especialmente, tanto en las Resoluciones Exentas que pusieron término al procedimiento como en los informes evacuados por la propia entidad demandada.*

En este sentido, es bueno señalar que se entiende por licitación pública, solo con el afán, de que se trata el proceso y por qué es tan importante el cumplimiento de cada una de los requisitos del proceso y por qué CENABAST, en este caso incumplió la normativa legal vigente y el proceso de licitación.

Entendemos entonces, que, La licitación pública o propuesta pública es definida por la misma Ley N° 19.886 en su artículo 7° como “*el procedimiento 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". Esta definición ha sido replicada en el artículo 2 n° 21 del Reglamento de la Ley.

Si la ley define, lo que es un procedimiento de licitación pública, porque entonces, un organismo que realiza un llamado público, convoca a los interesados, debe sujetarse a las bases, y de entre los interesados, aceptara la más conveniente.

Si esta definido en la ley, la importancia de la sujeción a las bases, el actuar CENABAST, es del todo injustificable, incumple con uno de los requisitos fundamentales del proceso licitatorio, que es la sujeción a las bases, como ya hemos comentado, la fundamentación de la declaración de CENABAST, fue establecida en las actas de sesión de la comisión de adquisiciones, pero en ningún caso esta fundamentación, se encontraba en las bases de licitación, para declarar desierta la licitación. Por lo que los principios basales de las compras públicas no pueden ser considerados de una forma específica, como lo hizo CENABAST, que sin duda su intención no era perjudicar a Laboratorios Chile, si no salvaguardar los intereses económicos, y que no se excediera en su presupuesto. Pero aquello debía estar en las bases de Licitación, no en las Actas de sesiones de la Comisión de Adquisiciones. A mayor abundamiento, es tan importante esta decisión y de tal envergadura, de declarar un procedimiento desierto, más aún cuando existe un solo oferente, como es el caso, que, sin lugar a dudas, cumplía con todas y cada una de las condiciones establecidas en las bases para adjudicarse la licitación de los productos farmacológicos.

El considerando 25 de nuestra sentencia en comento, nos expresa *que no se observan razones objetivas y no discriminatorias en la fundamentación de las resoluciones Exentas impugnadas, que sirven realmente para atribuirle legalidad a las decisiones adoptadas para declarar desierta la licitación.*

En el mismo sentido y como le hemos comentado anteriormente la justificación de CENABAST, ha si todo tomada, con expresa vulneración a uno de los principios fundamentales del derecho administrativo, y mas precisamente a la ley de contratación administrativa, el cual es **El Principio de estricta sujeción a las bases**. Esta situación

debe ser sancionada por el Tribunal, por que la no protección a uno de los derechos basales de la contratación administrativa, perjudica y vulnera en definitiva otros principios, como por ejemplo el principio de igualdad y transparencia de los oferentes.

Recordemos que una de las razones por las cuales se dicta la ley de compras publicas, es justamente transparentar los procesos de compras de insumos y servicios por parte del estado y que en definitiva sea de menor uso, la forma del trato directo, o que esta ,quede para procesos de menor envergadura, de acuerdo al monto, pero todo esto tiene por objeto evitar conflictos de intereses, delitos de funcionarios públicos, malversaciones, de caudales públicos, etc., todo en el afán de transparentar las compras públicas, y proteger los derechos del estado y de las personas.

Entonces si tenemos esta ley, que determina la importancia de efectuar la contratación administrativa y con ella la forma de celebrar los contratos administrativos de acorde a como se indica, en el precepto legal, con los procesos establecidos, los requisitos copulativos necesarios para evitar conflictos, es posible que nos enfrentemos a situaciones de este tipo, en que la vulneración a mismo proceso sea de tal envergadura que no nos quede nada mas que solicitar la reclamación respectiva y la nulidad de la actuación solo por que no se cumplió con lo fundamental, el principio de estricta sujeción a las bases y aunque sin duda, la decisión de CENABAST, resulta lógico, por proteger su presupuesto, esto no puede anteponerse a lo que no estaba presente en las bases.

Lo señalado anteriormente esta expresamente señalado, en el considerando 26 de la sentencia, en donde nos presenta que la decisión de CENABAST , se baso por la Comisión de Adquisiciones, debía revisar as glosas económicas y así existieran mas oferentes al producto licitado, pero esta motivación en ningún caso estaba presente en las Bases administrativas o de licitación del producto, por lo que el actuar del órgano administrativo, no es otra cosa que una vulneración a norma expresa, no resultando jurídicamente viable la decisión de CENABAST, para el caso del fallo en comentario.

La convicción a que llegan los jueces del Tribunal, es basada también en la argumentación realizada por CENABAST, en orden a que el valor de los medicamentos

que Ofertaba Laboratorios Chile, no se ajustaba al presupuesto que el organismo tenía para poder adquirir estos productos, y basado en ello es que declaran desierta la licitación, pero esta decisión o esta causa basal para tal determinación, no se ajusta a derechos por que no estaba presente en las bases y principalmente por que el informe resulta extemporáneo, fuera de tiempo y no justificable en la toma de la decisión y principalmente por que no se cumplió con la estricta sujeción a las bases que ordena la ley.

La importancia que debe tener el principio de estricta Sujeción a las bases, ha sido también declarado y sentenciado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago. en causa Rol No 3467-2014, fallo que señala lo siguiente *“La relevancia de fijar cuales son las bases que regían la licitación referida es indudable si se tiene presente que ellas constituyen, en síntesis, la norma a la que deben sujetarse estrictamente todos los intervinientes en ella. así resulta del denominado principio de sujeción a las bases que impone su estricto cumplimiento tal como lo ordena el art. 10 de la Ley N° 19.886, al disponer que ‘los procedimientos de licitación se realizarán con estricta sujeción, de los participantes y de la entidad licitante, a las bases administrativas y técnicas que la regulen’* ⁹

Es tal la importancia del Principio de estricta sujeción a las Bases es tan importante, su cumplimiento que es totalmente justificable la decisión del Tribunal en ese sentido, toda vez que es una causal basal en el procedimiento licitatorio, por lo que señalamos que es una debida protección, para los derechos de los oferentes, derechos de igualdad y de certeza jurídica de la licitación.

El Tribunal de Contratación Pública, es enfático en la importancia que tiene el cumplimiento de la normativa y de lo que establecen las bases de licitación, declarando que el actuar de CENABAST, *“vulnera claramente el principio consagrado en el artículo 10 inciso tercero de la ley 19.886. y establece que la decisión de la autoridad de declarar desierta la licitación se fundamento en cuestiones no consideradas en la normativa legal ni*

⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 3567-2014. 24 enero 2014.

en las bases administrativas, aplicando criterios no contemplados en dichas disposiciones.”

Por ultimo y no menos importante cabe expresar que existe deber por parte de Estado un resguardo al principio de transparencia, el cual debe estar presente en todas las actuaciones del Estado, mas aun cuando tiene que ver con una decisión tan poco justificada, como es la reclamada, la cual no se ajusto a derecho, y que la ley de bases de los procedimientos Administrativos que rigen los actos de administración, reconoce como principios rectores del procedimiento administrativo el de transparencia y publicidad.

Debe además el órgano del estado en función de mandato legal, en cuanto a su función Pública, la obligación de consignar en sus decisiones los hechos y fundamentos para la toma de una decisión, en todos y cada uno de los casos en que se restrinja, prive o perturben o amenacen el ejercicio de los derechos de los particulares o intervinientes en un proceso.

Conclusiones

El fallo, expuesto en este análisis, nos da los fundamentos de un procedimiento que, sin lugar a dudas, fue viciado, pero mas que el procedimiento fuera viciado, fue la decisión por parte de CENABAST, en cuanto a la fundamentación de su decisión, la cual fue presentada en su defensa, basándose en su decisión en las actas de sesión de la comisión de presupuesto. Aspectos que no se encontraban en las bases de licitación, aspecto fundamental que debe considerar el organismo público, al momento de decretar mediante resolución su decisión de declarar desierta a licitación.

El Tribunal, lo que hace es asentar su decisión en los principios establecidos en protección a los intervinientes, principalmente en cuanto al principio que rige la contratación administrativa, de estricta sujeción a las bases de licitación , situación hoy mas que nunca protegida por el derecho, a fin de que los procesos de la administración sean llevados a cabo, de una forma transparente, con igualdad para los oferentes, y que la

decisión sea llevada a cabo con todos y cada uno de los requisitos que la ley prevé para este tipo de contrataciones, protegiendo no solo a los particulares que contraten con el Estado si no también al estado mismo, en cuanto a que la decisión sea la mas acertada posible, protegiendo el derecho de todos los habitantes.

Este trabajo, logro provocar en mi persona, un conocimiento real de la importancia, que se debe tener, en los principios de Contratación, que sin lugar debemos cumplir, en las fases de una contratación administrativa. La importancia que sin lugar a dudas tienen las Bases de Licitación, en el procedimiento de licitación pública.

Bibliografía

1. BERMÚDEZ SOTO, Jorge. Derecho Administrativo General. Tercera Edición, Legal Publishing, 2014.
2. SOTO KLOSS, Eduardo. La Responsabilidad del Estado, Administración es Objetiva. Derecho Administrativo, Temas fundamentales, Abeledo Perrot. Legal Publishing. Tercera Edición 2012.
3. Moraga Klenner, Claudio. Contratacion Administrativa, Thomson Reuters 2 Edicion 2019.
4. Arancibia Mattar, Jaime, Concepto de discrecionalidad administrativa en la jurisprudencia emanada del Recurso de Protección, Revista de Derecho Público N° 60, Julio-Diciembre de 1996, Universidad de Chile.

Normas Citadas

1. Constitución de la República de Chile.
2. Ley 19.886. Sobre Bases de Contratos Administrativos de Suministro y Prestacion de Servicios.
3. Ley N° 19.880, Sobre bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.
4. Código Civil.

Jurisprudencia

1. Rol N° 148-2010, Laboratorios Chile S.A. con Cenabast, Tribunal de Contratación Pública.
2. Rol N° 3567-2014, Sonda Con Servicio de Registro Civil e Identificación, Corte de Apelaciones de Santiago, 24 enero 2014.
3. Rol N° 148-2010, Laboratorios de Chile S.A, con CENABAST. Tribunal de Contracción Publica, 03 noviembre 2010.
4. Rol N° 8273-2007, Recurso de Reclamación, Corte de Apelaciones de Santiago de 4 de julio de 2008