

Informe

Criterios de Sustentabilidad en la Contratación Pública en Chile

I. Introducción

Las compras sustentables en Chile son un área un tanto desconocida en el mercado de los bienes y servicios y más aún en el mercado de las compras públicas. La Dirección de Compras y Contratación Públicas, sometida a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Hacienda, ha decidido explorar la posibilidad de incorporar entre los criterios de elegibilidad a la sustentabilidad de los productos y servicios que debe contratar la administración.

La capacidad de compra del Estado es hoy de unos US\$ 6.000 millones al año, lo que lo convierte en uno de los actores protagónicos en el mercado y un potencial generador de nuevas políticas amigables con el medio ambiente y que sean un aporte al desarrollo sustentable. Este rol del Estado respondería a su deber constitucional de asegurar a todas las personas un medio ambiente libre de contaminación velando “para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza”, de acuerdo a lo establecido en el artículo 19 N° 8 de la Constitución y su mandato general de propender al bien común, lo que incluye la aplicación de medidas apuntadas a lograr el desarrollo sustentable.

Iniciativas tales como la creación del Consejo Consultivo de Compras Sustentables en el año 2010 y el establecimiento de una “Política de Compras Sustentables” adoptada en Noviembre de 2009 tienen por objeto fomentar en las instituciones compradoras del Estado -a través de la implementación de iniciativas, medidas y prácticas- la selección de productos o servicios que incorporen elementos ambientales y sociales además de los económicos.

El presente informe se desarrolló en el marco de estas iniciativas estatales y tiene por objeto identificar los obstáculos y las oportunidades que presenta nuestra legislación para definir las medidas recomendadas que se debieran incluir en forma permanente con el objeto de lograr la introducción de elementos de sustentabilidad en la contratación pública.

Respecto a la estructura del informe, éste está dividido en seis apartados, comenzando por una descripción del marco jurídico del derecho ambiental

y de las compras públicas en Chile, seguido por la identificación de elementos de sustentabilidad en la legislación actualmente vigente. Posteriormente, nos abocaremos a la identificación de los obstáculos que presenta la inclusión de criterios de sustentabilidad en el mercado de las compras públicas para finalizar con un apartado que enuncia los desafíos que deberá enfrentar la Dirección de Compras y Contratación Pública, con indicación de las propuestas para conseguir el objetivo de mejorar la sustentabilidad de los bienes y servicios contratados por la Administración.

Como una cuestión previa, esencial a la hora de comprender el contexto de esta investigación, es necesario hacer presente las diferencias conceptuales que existen entre lo que se conoce como “desarrollo sustentable” en contraposición a “verde” o “ambiental”.

La ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, establece que el desarrollo sustentable consiste en “el proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas, fundado en medidas apropiadas de conservación y protección del medio ambiente, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras”. Se trata de un concepto mucho más amplio que lo meramente ambiental o lo comúnmente referido como “verde”. En efecto, si bien no existe consenso respecto del concepto de desarrollo sustentable, podemos citar el concepto contenido en el “Informe Brundtland” de 1987¹, fruto de los trabajos de la Comisión Mundial de Medio Ambiente y Desarrollo de Naciones Unidas, el que establece que el desarrollo sustentable es aquel que busca “satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las del futuro para atender sus propias necesidades”.

La preocupación por el desarrollo sustentable se remonta a unos 18 años atrás, cómo lo afirma las Naciones Unidas en su Informe de la Cumbre Mundial Sobre Desarrollo Sostenible celebrada en Johannesburgo en 2002: “Hace 10 años, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro, convinimos en que la protección del medio ambiente, el desarrollo social y el desarrollo económico eran fundamentales para lograr el desarrollo sostenible basado en los principios de Río. Para alcanzar este objetivo, aprobamos un programa de alcance mundial titulado ‘Programa 21’ y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, a los cuales reafirmamos hoy nuestra adhesión. La Conferencia de Río constituyó un hito importante que permitió establecer un nuevo plan de acción para el desarrollo

¹ Texto completo disponible en el sitio oficial de Naciones Unidas en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N87/184/67/IMG/N8718467.pdf?OpenElement> (última visita el 12 de Mayo de 2010)

sostenible.”²

En efecto, la llamada “Cumbre de la Tierra” celebrada en Río de Janeiro en 1992, marcó un hito en el esfuerzo internacional por promover y lograr el desarrollo sustentable por medio de la cooperación internacional y el compromiso de cada Estado parte. En ella participaron 172 países miembros de las Naciones Unidas, cuyo mayor logro fue el acuerdo llamado “Programa (o Agenda) 21” donde se acuerdan una serie de acciones enfocadas a la consecución del ansiado desarrollo sustentable.

Por otra parte, tal como lo sostiene la Resolución 60/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas acordada durante su sexagésimo período de sesiones celebrada en Septiembre de 2005, resolución que contiene el llamado “Documento Final de la Cumbre Mundial 2005”, los tres elementos que componen el concepto de desarrollo sustentable son el económico, el ecológico y el social. Por lo tanto, el elemento ambiental es sólo uno de los tres pilares fundamentales del concepto de desarrollo sustentable.

El elemento relacionado al aspecto económico del desarrollo sustentable está referido a la capacidad de crecimiento económico de manera eficiente donde temas como la libre competencia estén desarrollados. Un mercado con altos niveles de producción y de consumo también son deseables en este concepto de economía que apunte al desarrollo sustentable.

El elemento referente a la equidad social, dice relación con la necesidad de mejorar las condiciones de vida de la población a través de diversas acciones que serán necesarias incluir en el ordenamiento jurídico. Estas acciones deben apuntar a la igualdad de oportunidades y la obtención de un mayor grado de cohesión social, entre otras metas. Por ejemplo, recientemente en la normativa de compras públicas se introdujeron elementos relacionados con la exigencia a los participantes del mercado de compras públicas del cumplimiento de normas laborales. De este modo, iniciativas tendientes a negociaciones justas (fair trade), mejoramiento de las prácticas laborales y otras, dicen relación con el desarrollo sustentable.

²Texto completo disponible en el sitio oficial de Naciones Unidas en <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/636/96/PDF/N0263696.pdf?OpenElement> (última visita el 12 de Mayo de 2010)

II. El marco jurídico

A. El ordenamiento jurídico ambiental chileno

i. La Constitución Política de la República

Nuestra legislación ambiental presenta como su pilar fundamental, la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 8 que asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. En efecto, se establece que:

“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

8°.- El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente;”

Este derecho no debe entenderse en términos absolutos. Lo que se garantiza es vivir en un medio ambiente libre de toda aquella contaminación que responda al concepto normativo de “contaminación”, relacionado con el incumplimiento de normas de emisiones u otras que establecen los estándares tolerados de contaminación. En este sentido lo establece el artículo 2 letra c) de la ley N° 19.300 que establece que “contaminación” es “la presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, en concentraciones o concentraciones y permanencia superiores o inferiores, según corresponda, a las establecidas en la legislación vigente”.

Adicionalmente, el precepto constitucional antes citado establece como deber del Estado el “velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza”.

Por su parte, el artículo 20 inciso final de la Constitución, consagra el derecho de solicitar a la Corte de Apelaciones respectiva la cautela de la garantía antes descrita “cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”, permitiendo tomar todas las medidas tendientes a restituir el imperio del derecho.

ii. La Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente

El año 1994 se dictó la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente que establece la regulación general en materia medioambiental, modificada en Enero de 2010 a través de la ley N° 20.417 que crea el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, las que se encuentran pendiente de entrar en funcionamiento mientras no se publiquen los decretos correspondientes. A la fecha de este informe, solo algunas modificaciones introducidas por la ley N° 20.417 han entrado en vigencia desde su publicación. La mayoría de ellas no entrarán en vigencia en tanto no se dicten los respectivos reglamentos y adicionalmente, se apruebe el proyecto de ley que crea el Tribunal Ambiental, el cual conocerá de los casos de daño ambiental.

La ley N° 19.300 contiene desde definiciones legales de uso común en la normativa ambiental hasta la regulación de las distintas instituciones creadas por la reciente modificación. Incluye además un catálogo de proyectos o actividades susceptibles de provocar impacto ambiental y que por lo tanto deben ser evaluadas por la autoridad. Regula la forma cómo debe ingresar un proyecto al sistema de evaluación de impacto ambiental, ya sea a través de una Declaración de Impacto Ambiental o un Estudio de Impacto Ambiental dependiendo de los impactos que produzca en el medio ambiente la actividad o proyecto. Regula además el procedimiento de participación ciudadana durante la tramitación de la evaluación ambiental entre otras variadas materias.

iii. Tratados Internacionales

Chile ha suscrito diversos Tratados Internacionales cuyo objetivo es la protección del medio ambiente. Entre los más relevantes se encuentran los siguientes:

- Convención sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas, de Fauna y Flora Silvestre (Marzo 1975)
- Convención UNESCO sobre la protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (Mayo 1980)
- Convención relativa a las Zonas Húmedas de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de las Aves Acuáticas (Noviembre 1981)
- Convenio de Basilea Sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación (Octubre 1992)
- Convenio sobre la Diversidad Biológica (Mayo 1995)

*Entre paréntesis, fecha desde la cual se encuentra vigente e incorporado

al ordenamiento jurídico chileno.

iv. Reglamentos Ambientales

Los siguientes reglamentos dicen relación con diferentes áreas de protección del medio ambiente:

- Decreto Supremo N° 1 publicado el 18 de Noviembre de 1992 del Ministerio de Defensa Nacional que contiene el Reglamento para el Control de la Contaminación Acuática.
- Decreto Supremo N° 93 publicado el 26 de Octubre de 1996 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia que contiene el Reglamento para la Dictación de Normas de Calidad Ambiental y de Emisión.
- Decreto Supremo N° 320 publicado el 14 de Diciembre de 2001 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, Subsecretaría de Pesca que contiene el Reglamento Ambiental para la Acuicultura.
- Decreto Supremo N° 95 publicado el 7 de Diciembre de 2002 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia que Modifica el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental
- Decreto Supremo N° 238 publicado el 4 de Agosto de 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, Subsecretaría de Pesca que contiene el Reglamento de Sobre Parques Marinos y Reservas Marinas de la Ley General de Pesca y Acuicultura.
- Decreto Supremo N° 75 publicado el 11 de Mayo de 2005 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que aprueba el Reglamento para la Clasificación de Especies Silvestres
- Decreto Supremo N° 93 publicado el 5 de Octubre de 2009 del Ministerio de Agricultura, Subsecretaría de Agricultura que contiene el Reglamento General de la Ley Sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal.

v. Otras Normas

Existe una serie de normas que regulan diversos aspectos ambientales tales como los parámetros máximos permitidos para la emisión de ciertos contaminantes, las normas primarias de calidad ambiental que protegen la vida o la salud de la población, las normas secundarias de calidad ambiental cuyo objetivo es la protección o la conservación del medio ambiente, o la preservación de la naturaleza y los planes de prevención y descontaminación.

Adicionalmente, podemos nombrar otras normas que regulan aspectos específicos de cada sector y que poseen un cierto contenido ambiental. Esto se produce porque el concepto de lo que es “ambiental” en nuestro país es extremadamente amplio e incluye “elementos naturales y

artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones” tal como lo indica el artículo 2 letra ll) de la ley N° 19.300. Los sectores regulados son muy variados e incluyen el sanitario, el forestal, el minero, marítimo, energía, salud laboral, entre otros. En efecto, algunas de las normas ambientales sectoriales de mayor relevancia, entre otras, son:

- Ley 17.288 de Monumentos Nacionales y Reglamento de excavaciones y /o prospecciones arqueológicas, antropológicas y paleontológicas.
- Ley N° 18.362. Crea el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado (SNASPE).
- Ley N° 20.283. Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal.
- Decreto con Fuerza de Ley N° 725, Código Sanitario.
- Decreto Supremo N° 594 que establece las Condiciones Sanitarias y Ambientales Básicas en Lugares de Trabajo.
- Decreto con Fuerza de Ley N° 1122, Código de Aguas.

En resumen, el marco jurídico ambiental está hoy en pleno desarrollo y se vislumbra la incorporación de nuevos instrumentos legales que se dictarían en los próximos meses con la creación del Tribunal Ambiental (tribunal especial con competencia sobre la declaratoria de daño ambiental) y los diferentes decretos que harán operativas las modificaciones legales que ha sufrido la ley N° 19.300 en relación con la creación de la nueva institucionalidad ambiental.

B. El marco jurídico de las compras públicas en Chile

i. La Ley N° 19.886 de Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios

La Ley N° 19.886 de Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, publicada el 30 de Julio de 2003, regula lo relacionado con los contratos celebrados por la administración del Estado³ para proveerse de bienes muebles y otros servicios con el fin de desarrollar las funciones propias del Estado.

El artículo 28 de la Ley define la Dirección de Compras y Contratación Pública “como servicio público descentralizado (...) sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Hacienda”. Este servicio comenzó a operar formalmente el 29 de agosto de 2003.

³ Para los efectos de esta ley, se entenderán por Administración del Estado los órganos y servicios indicados en el artículo 1° de la ley N°18.575, salvo las empresas públicas creadas por ley y demás casos que señale la ley.

Para cumplir esta función encomendada por la ley, se ha creado una plataforma electrónica (www.mercadopublico.cl) a través de la cual transan cerca de 850 organismos del Estado además de contar con tiendas de comercio electrónico donde los proveedores ofrecen sus productos y servicios.

La Ley N° 19.886 se aplica a cualquier “contrato de suministro” que se celebre por la Administración del Estado, entendiendo éste como “el que tiene por objeto la compra o el arrendamiento, incluso con opción de compra, de productos o bienes muebles” (artículo 2). Se indican también algunos contratos que no están incluidos en este concepto y que por lo tanto no están regulados por la ley. Se regulan los requisitos que debe cumplir todo aquel que desee contratar con la Administración del Estado, los procedimientos de contratación y la exigencia de garantías para poder contratar.

La ley establece la facultad de la administración para elaborar y evaluar periódicamente un plan anual de compras y contrataciones y para establecer una metodología para evaluar anualmente los resultados de los contratos celebrados, así como el rendimiento de los bienes y servicios que adquiere. Adicionalmente, se establece la facultad para modificar o terminar anticipadamente los contratos firmados por la administración en ciertas circunstancias invocando las causas contenidas en la ley.

La ley dedica un capítulo completo, el IV, a las compras y contrataciones por medios electrónicos en lo que hoy es la tónica del sistema de compras públicas en Chile.

Se crea también un tribunal especial (Tribunal de Contratación Pública) dedicado a la resolución de las impugnaciones que se deduzcan “contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por esta ley” (artículo 24). El procedimiento se encuentra regulado por el capítulo V.

ii. Decreto Supremo N° 250

Por su parte, el Decreto Supremo N° 250 de 24 de Abril de 2004 contiene el Reglamento de la ley de Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. El artículo 2° contiene una serie de definiciones de conceptos regularmente utilizados en el marco de las compras públicas y otros asuntos de aplicación práctica de las instituciones y mecanismos creados por la ley.

Las normas contenidas en los artículos 8, 9 y 10 regulan las situaciones

en que procede la realización de un convenio marco⁴, la licitación pública⁵ o la licitación privada⁶ y el trato o contratación directa⁷. El Reglamento regula cada una de estas modalidades en detalle, indicando la forma cómo debe proceder la administración para concretar estas formas de contratación.

III. Criterios de sustentabilidad actualmente vigentes en la legislación chilena. Principales oportunidades.

En el actual ordenamiento jurídico nacional es posible identificar ciertas normas que contienen de alguna manera elementos de sustentabilidad que nos permiten afirmar que, en algunas ocasiones, el concepto ha sido recogido por el legislador.

Entre esta normativa podemos nombrar la siguiente:

A. Ley N° 19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente

Esta ley incluye el concepto de desarrollo sustentable en distintas normas, refiriéndose a él como uno de los criterios fundamentales que deben informar las políticas públicas ambientales.

Los artículos específicos de la ley que interesan para nuestro análisis son:

i. Artículo 2, letra g

“Artículo 2. Para todos los efectos legales, se entenderá por:

g) Desarrollo Sustentable: el proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas, fundado en medidas apropiadas de conservación y protección del medio ambiente, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras.”

Esta definición es la única en toda la legislación nacional. Si bien el concepto hace hincapié en la “protección y conservación del medio ambiente” debemos considerar que el concepto de “medio ambiente” posee

⁴ De acuerdo al Reglamento, un “convenio marco” consiste en un “procedimiento de contratación realizado por la Dirección de Compras, para procurar el suministro directo de bienes y/o servicios a las Entidades, en la forma, plazo y demás condiciones establecidas en dicho convenio.”

⁵ El Reglamento la define como un “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.

⁶ El Reglamento indica que se trata de “Procedimiento administrativo de carácter concursal, previa resolución fundada que lo disponga, mediante el cual la Administración invita a determinadas personas para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente.

⁷ De acuerdo a lo indicado por el Reglamento, este se define como “Procedimiento de contratación que por la naturaleza de la negociación debe efectuarse sin la concurrencia de los requisitos señalados para la Licitación o Propuesta Pública y para la Privada.”

en Chile un significado amplio e incluye elementos naturales y sociales.

En efecto, de acuerdo al profesor Eduardo Astorga⁸ “la definición de ambiente abarca finalmente ‘el todo’, llegando incluso como en el caso chileno y otros posteriores basados en éste, al extremo de incluir las permanentes modificaciones culturales que derivan de las interacciones entre las personas”.

ii. Artículo 2, letra i, bis

“Artículo 2. Para todos los efectos legales, se entenderá por:

i bis) Evaluación Ambiental Estratégica: el procedimiento realizado por el Ministerio sectorial respectivo, para que se incorporen las consideraciones ambientales del desarrollo sustentable, al proceso de formulación de las políticas y planes de carácter normativo general, que tengan impactos sobre el medio ambiente o la sustentabilidad, de manera que ellas sean integradas en la dictación de la respectiva política y plan, y sus modificaciones sustanciales;”

Este concepto fue incluido en la última modificación legal de la ley N° 19.300. La Evaluación Ambiental Estratégica está incluida en el Párrafo 1 bis del Título II de la ley sobre “Instrumentos de gestión ambiental”. Los otros instrumentos son la Educación y la Investigación (Párrafo 1), el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (Párrafo 2), la Participación de la Comunidad en el Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental (Párrafo 3), las Normas de Calidad Ambiental y de la Preservación de la Naturaleza y Conservación del Patrimonio Ambiental (Párrafo 4), las Normas de Emisión (Párrafo 5) y los Planes de Manejo, Prevención o Descontaminación (Párrafo 6), de los cuales ninguno hace referencia a la inclusión de criterios de sustentabilidad.

iii. Artículo 66

“Artículo 66. El Ministerio del Medio Ambiente tendrá a su cargo la administración de un Fondo de Protección Ambiental, cuyo objeto será financiar total o parcialmente proyectos o actividades orientados a la protección o reparación del medio ambiente, desarrollo sustentable, la preservación de la naturaleza o la conservación del patrimonio ambiental.”

El Fondo de Protección Ambiental tiene por objeto el financiamiento de proyectos o actividades orientados, entre otras cosas, al desarrollo sustentable. Esta es, junto con el fondo creado por la ley N° 20.283, una

⁸ ASTORGA JORQUERA, EDUARDO. *Derecho Ambiental Chileno, Parte General*. Editorial LexisNexis, Santiago, Chile, 2006, página 17.

de las escasas iniciativas normativas que buscan incentivar, a través de la entrega de recursos, la ejecución de proyectos en que el desarrollo sustentable sea su principal característica. Esta norma entrará en vigencia una vez que se de inicio a las actividades del Ministerio de Medio Ambiente lo que ocurrirá luego de publicados los reglamentos correspondientes.

iv. Artículo 69 y 70

“Artículo 69.- Créase el Ministerio del Medio Ambiente, como una Secretaria de Estado encargada de colaborar con el Presidente de la República en el diseño y aplicación de políticas, planes y programas en materia ambiental, así como en la protección y conservación de la diversidad biológica y de los recursos naturales renovables e hídricos, promoviendo el desarrollo sustentable, la integridad de la política ambiental y su regulación normativa.”

“Artículo 70.- Corresponderá especialmente al Ministerio:

f) Colaborar con los organismos competentes, en la formulación de las políticas ambientales para el manejo, uso y aprovechamiento sustentable de los recursos naturales renovables e hídricos.

m) Colaborar con las autoridades competentes a nivel nacional, regional y local en la preparación, aprobación y desarrollo de programas de educación, promoción y difusión ambiental, orientados a la creación de una conciencia nacional sobre la protección del medio ambiente, desarrollo sustentable, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental, y a promover la participación ciudadana responsable en estas materias.

v) Financiar proyectos y actividades orientados a la protección del medio ambiente, el desarrollo sustentable, la preservación de la naturaleza, la conservación del patrimonio ambiental, la educación ambiental y la participación ciudadana.”

El artículo 69 crea el Ministerio del Medio Ambiente estableciendo como uno de sus objetivos la promoción del desarrollo sustentable. Adicionalmente, el artículo 70 letra f) establece como una función del Ministerio la colaboración con otros organismos para la formulación de políticas ambientales para el aprovechamiento sustentable de los recursos.

Por su parte la letra m) establece como función la colaboración con otras autoridades para la preparación de programas de educación ambiental donde se incluye como temática el desarrollo sustentable, entre otras.

Finalmente, la letra v) le otorga la tuición sobre el financiamiento de programas que promuevan el desarrollo sustentable.

- v. Título Final, del Ministerio del Medio Ambiente. Párrafo 2°, Del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, Naturaleza y Funciones.

Los artículos 71, 72 y 73 crean el “Consejo de Ministros para la Sustentabilidad”, presidido por el Ministerio del Medio Ambiente y constituido por otros 11 Ministerios, cuyo principal objetivo es asesorar y generar propuestas para el Presidente de la República en materias relacionadas con el desarrollo sustentable.

Especial atención amerita lo dispuesto en el artículo 71 letra b) que establece como una de las funciones del Consejo la de “Proponer al Presidente de la República los criterios de sustentabilidad que deben ser incorporados en la elaboración de las políticas y procesos de planificación de los ministerios, así como en la de sus servicios dependientes y relacionados.”

- B. Ley 20.257 de 1° de Abril de 2008, que introdujo una serie de modificaciones a la Ley General de Servicios Eléctricos tendientes a promover el uso de Energías Renovables No Convencionales (ERNC).

La Ley define lo que debe entenderse por ERNC y el tipo de energías que quedan bajo sus efectos. Establece la obligación de los generadores de energía eléctrica a contratar o autoabastecerse con ERNC. Así, cada empresa eléctrica que efectúe retiros de energía desde los sistemas eléctricos para comercializarla con distribuidoras o con clientes finales, estén o no sujetos a regulación de precios, deberán acreditar que una cantidad de energía equivalente a un determinado porcentaje de sus retiros en cada año calendario ha sido inyectada por medios de generación renovables no convencionales, propios o contratados.

Dicha obligación comienza el año 2010 y para dicho año equivale al 5%, porcentaje que se mantiene hasta el año 2015. Luego, a partir de ese año – y hasta el 2025- el porcentaje aumenta a razón de 0,5 anual, de modo que al año 2025 el porcentaje de energía a contratar o autoabastecerse asciende a 10%. Finalmente, entre el año 2025 y 2035 (año de término de la vigencia de la ley) se mantiene en 10%.

El objeto de esta ley es diversificar nuestra matriz energética por medio de fuentes no convencionales (como la eólica, solar, biomasa o centrales de pasada), también fomenta la creación de proyectos amables con el medio ambiente, aportando de esta manera al desarrollo sustentable.

C. Ley 20.283 Sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal

Esta ley incluye el elemento “sustentabilidad” en, a lo menos, dos artículos. El primero de ellos es el artículo 1° que indica el que el objetivo de la ley es “asegurar la sustentabilidad forestal”. Por su parte, el artículo 2° número 18 contiene una definición de lo que se entiende por Plan de Manejo Forestal, considerándolo como un instrumento que debe buscar el “aprovechamiento sustentable” de los recursos forestales.

En su Título V contiene una herramienta creada con el objetivo de satisfacer este fin de aseguramiento de la “sustentabilidad forestal”, consistente en la creación de un fondo para incentivar a los privados a realizar proyectos donde la variable de sustentabilidad juegue un rol fundamental. A través del “Fondo de conservación, recuperación y manejo sustentable del bosque nativo”, el Estado asigna fondos concursables para financiar proyectos de privados que propongan un “manejo sustentable” del recurso forestal, el que se alcanza a través de alguna de las actividades que se indican en los artículos 22 y 23 de la ley, tales como la explotación sustentable de bosques nativos para fines de producción maderera.

D. Decreto Ley N° 701 de 1974

Este Decreto Ley regula la “actividad forestal en suelos de aptitud preferentemente forestal y en suelos degradados” y contiene normas para incentivar la forestación para prevenir “la degradación, protección y recuperación de los suelos del territorio nacional”, como lo indica el artículo 1°.

El Título III crea un sistema de bonificaciones para ciertas actividades forestales que contienen elementos de sustentabilidad. Entre estas actividades o medidas se cuentan la forestación en suelos frágiles, en suelos degradados, las actividades de recuperación de dichos suelos, entre otras.

E. Ley 19.886 de Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

Esta ley no contiene menciones relativas al medio ambiente como uno de los criterios que deban guiar las compras realizadas por el Estado. Sin embargo, la inclusión de criterios referentes al cumplimiento en el pago de las obligaciones laborales y sociales de los proponentes puede interpretarse como el reconocimiento de criterios sociales a la hora de determinar al adjudicatario de la oferta.

Lo anterior se complementa con lo establecido por el artículo 6 de la ley

que establece que la totalidad de los beneficios y de los costos de la oferta deben ser considerados a la hora de tomar una decisión respecto de la contratación de los servicios o bienes. En efecto, el artículo 6 de la ley establece lo siguiente:

“Artículo 6°.- Las bases de 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. En el caso de la prestación de servicios habituales, que deban proveerse a través de licitaciones o contrataciones periódicas, se otorgará mayor puntaje o calificación a aquellos postulantes que exhibieren mejores condiciones de empleo y remuneraciones. Estas condiciones no podrán establecer diferencias arbitrarias entre los proponentes, ni sólo atender al precio de la oferta.

Asimismo, en los contratos de prestación de servicios para establecimientos escolares y preescolares, los contratos de trabajo de las manipuladoras de alimentos deberán contemplar el pago de las remuneraciones de los meses de enero y febrero.

En todo caso, la Administración deberá propender a la eficacia, eficiencia y ahorro en sus contrataciones.”

Sería posible afirmar que entre los beneficios y los costos la ley no sólo incluye factores económicos si no que también sociales. Sin embargo no existe a nivel legal reconocimiento del tercer elemento del desarrollo sustentable, el medio ambiente.

F. Decreto Supremo N° 250 de 24 de Abril de 2004 del Ministerio de Hacienda que contiene el Reglamento de la Ley N° 19.886

En la misma línea de lo indicado por el artículo 6 de la ley, el Reglamento contiene algunos artículos que permiten asegurar que al menos la variable ambiental (no la sustentabilidad propiamente tal) está considerada como un criterio que informa la decisión de la administración en las compras públicas. Sin embargo, no entrega la facultad de seleccionar una oferta en consideración a sus mejores índices de sustentabilidad, como criterio fundamental.

i. Artículo 16 inciso 2°

“Las bases de convenios marco establecerán los criterios de evaluación que la Dirección estime relevantes para el convenio específico, pudiendo, entre otros, considerar el precio, las condiciones comerciales, la experiencia de los oferentes, la calidad técnica, consideraciones medioambientales y los servicios de post venta de los bienes o servicios objeto de este tipo de

contratación”.

Este artículo permite considerar criterios ambientales (entre otros) como una de los diferentes criterios de evaluación para seleccionar un proveedor para la suscripción de un convenio marco, sin hacer mención a criterios “sustentables”.

ii. Artículo 23

“Las Bases podrán contener, en lenguaje preciso y directo las siguientes materias:

3. Puntajes o ponderaciones que se asignen a los Oferentes, derivados del cumplimiento de normas que privilegien el medioambiente, contratación de discapacitados y demás materias de alto impacto social. Estos puntajes o ponderaciones no podrán, en caso alguno, ser los únicos que se consideren para determinar la adjudicación de la oferta más conveniente.”

Este artículo reconoce la posibilidad de incluir en las bases de licitación el mayor o menor grado de cumplimiento de normas ambientales⁹, de contratación de discapacitados y demás materias de alto impacto social a la hora de establecer los puntajes de un licitante, en lo que representa el mayor reconocimiento legal de la inclusión de elementos de sustentabilidad. Sin embargo, la segunda parte del numeral 3 importa un obstáculo a la hora de entregar mayor importancia a ciertos criterios por sobre otros.

iii. Artículo 38

“Se podrán considerar como criterios técnicos o económicos el precio, la experiencia, la metodología, la calidad técnica, la asistencia técnica o soporte, los servicios de post-venta, los plazos de entrega, los recargos por fletes, consideraciones medioambientales, de eficiencia energética, los consorcios entre oferentes, el comportamiento contractual anterior, el cumplimiento de los requisitos normales de la oferta, así como cualquier otro criterio que sea atingente de acuerdo con las características de los bienes o servicios licitados y con los requerimientos de la entidad licitante”.

De este modo, la administración posee la facultad de considerar, entre muchos diferentes criterios para la selección del licitante, los elementos ambientales, sin embargo nada dice respecto de los criterios de

⁹ Un ejemplo reciente de la aplicación de este artículo es la Resolución Exenta N° 399 de 2 de Abril de 2009 del Ministerio de Hacienda que “llama a licitación pública con el propósito de contratar apoyo a la estrategia para la implementación del paquete de medidas ‘compras públicas verdes’ y aprueba bases”, por medio de la cual se buscó la “determinación e inclusión de criterios ambientales en la compra de activos no financieros como es el caso de los vehículos”, incorporando criterios de eficiencia e impacto ambiental.

sustentabilidad.

El Reglamento ha considerado en forma amplia la posibilidad de incluir criterios medioambientales en la contratación pública, sin embargo no ha entregado una facultad expresa a la Dirección para incluir los criterios de sustentabilidad entre los elementos que podrán ser evaluados a la hora de seleccionar la oferta de un determinado licitante.

G. Otros

Existen directrices que no constituyen normas jurídicas si no que recomendaciones como la Directiva de Contratación Pública N° 9, de Chile Compras, de fecha 14 de Marzo de 2008 que fomenta la inclusión de criterios de eficiencia energética en los procesos de adquisición de bienes y servicios por parte de los órganos del estado.

Además existen otras iniciativas que, mediante el sistema de créditos estatales buscan promover que las empresas cumplan con la normativa ambiental y propongan ideas de negocios sustentables, como por ejemplo el Crédito CORFO para inversiones con fines medioambientales que consiste en un financiamiento a largo plazo destinado a pequeña y mediana empresa, mediante créditos bancarios y operaciones de leasing, para mejorar sus procesos de producción de tal forma que cumplan la normativa medioambiental.

IV. Principales obstáculos

A pesar de que en los últimos años se ha ido incluyendo en la legislación algunos elementos de sustentabilidad, más allá de la legislación ambiental propiamente tal, existen aún varios obstáculos que es necesario identificar para lograr una inclusión más directa de los criterios de sustentabilidad en la normativa de compras públicas.

Estos obstáculos son:

- A. Actual estado de la normativa incluye el criterio de sustentabilidad en la contratación pública en el grado de recomendaciones.

Actualmente, si bien la normativa que regula la contratación pública ha experimentado avances, la inclusión de criterios de sustentabilidad se encuentra en el grado de recomendación.

No existe actualmente en la legislación vigente una norma que consagre a los elementos sustentables como uno de los criterios que se puedan evaluar en las ofertas de los licitantes.

B. Garantías Constitucionales

Establecer criterios de sustentabilidad en la contratación pública sin estar éstos incluidos expresamente en la ley como uno de los criterios que permitirían evaluar las diferentes ofertas de los licitantes, podría eventualmente encontrarse en contraposición con ciertas garantías constitucionales tales como el principio de igualdad ante la ley consagrada en el artículo 19 n° 2 por el cual la Constitución asegura a todas las personas la igualdad ante la ley.

Este principio está presente en los artículos 19 N° 3 sobre igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y el 19 N° 20 en la igualdad en la repartición de tributos y cargas públicas. Adicionalmente, sin una modificación de carácter legal podría argumentarse que se viola lo dispuesto en el artículo 19 número 21 que garantiza a todas las personas el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica lícita, respetando las normas legales que la regulen.

Así lo ha sostenido la Contraloría General de la República, indicando por ejemplo que “las prohibiciones o restricciones al ejercicio de la libertad económica son de derecho estricto, sin que sea posible exigir por la vía administrativa mayores requisitos que aquellos previstos por el legislador” (Dictamen N° 25.948 de 18 de Mayo de 2009).

En el mismo sentido, y de acuerdo a lo sostenido por el Dictamen N° 41.866 de 3 de Agosto de 2009, introducir “un elemento adicional, no previsto en la ley que, además de afectar el principio general de igualdad de los oferentes, configuraría una eventual discriminación en materia económica, conforme lo previsto por el artículo 19 N° 22 de la Carta Fundamental.”

C. Principio de no discriminación en la ley 19.886

En directa relación con el principio de igualdad ante la ley se encuentra el principio de no discriminación entre oferentes que participan en los proceso de compras públicas tal como lo recoge la ley 19.886 y su Reglamento.

Así, como lo ha sostenido por lo demás la misma División Jurídica de la Dirección de Compras Públicas¹⁰, este principio de no discriminación se encuentra presente en el igual acceso a las licitaciones a través de la presentación de ofertas, la igualdad para formular preguntas y obtener respuestas de la autoridad durante el proceso de licitación; la igualdad

¹⁰ Opinión disponible en http://www.chilecompra.cl/secciones/legal/columnas_n42.html publicada en julio de 2006 (última visita 13 de Mayo de 2010)

respecto de las apertura y cierre de ofertas, la igual aplicación de criterios de evaluación, entre otros.

El sistema de compras públicas en Chile no permite discriminar a un licitante respecto de otro si no por criterios objetivos y que todos puedan cumplir. Como concluye la opinión de la División Jurídica, “todas las personas naturales y jurídicas (...) pueden ejercer su derecho a (...) acceso abierto y despejado a las mismas oportunidades de negocios del mercado de compras públicas, sin la existencia de discriminación arbitraria, y en condiciones iguales de libre competencia...”

En el mismo sentido se ha manifestado la Contraloría General de la República mediante su Dictamen N° 60.032 de 29 de Octubre de 2009, sosteniendo que es “procedente que las bases respectivas consideren el grado de cumplimiento y el comportamiento anterior de los proponentes, con la limitación de que no puede afectarse el principio de igualdad de los oferentes que rige a todo proceso licitatorio lo que (...) se alcanza al establecer en las bases requisitos impersonales y de aplicación general, vinculantes de igual manera para todos los participantes.”

Lo anterior lo reafirma el Dictamen N° 32.746 de 22 Junio de 2009, al indicar que “la disposición que se objeta contraviene el principio de igualdad de los oferentes que rige a todo procedimiento licitatorio, en virtud del cual durante todo el proceso se debe mantener y garantizar una igualdad jurídica de los participantes para el ejercicio de los derechos de que son titulares, lo que (...) se alcanza por medio de la actuación imparcial de la Administración, que establezca en las bases requisitos de aplicación general, vinculantes de igual manera para todos los participantes”.

D. Efecto en los precios finales

En otro ámbito del análisis, la inclusión de criterios de sustentabilidad ciertamente empujaría al alza el precio final del servicio o bien producido con consideraciones de sustentabilidad. Esto, por el mayor precio que hoy requiere el mercado para la utilización de materias primas obtenidas bajo éstos criterios de sustentabilidad (ej: madera de un árbol de un bosque certificado) o de los procesos de producción ambientalmente amigables o que presenten una reducción del impacto mediante la implementación de ciertas medidas (ej: certificación ISO 14.001).

La inclusión de criterios de valoración de productos o servicios sustentables significará un mayor costo de producción, lo que en definitiva aumentará el precio que deberá pagar la administración para la adquisición de ese bien o la contratación de ese servicio que posee un carácter de sustentabilidad que anteriormente no era solicitado. Todo este

mayor valor que deberá pagarse podría redundar en una mayor carga presupuestaria de la que deberá hacerse cargo el Fisco de Chile¹¹.

V. Principales desafíos

A continuación, abordaremos los principales desafíos que es posible identificar relacionados con la inclusión, en los procesos de compras públicas, de criterios de sustentabilidad.

A. De las recomendaciones a las exigencias legales/contractuales

Actualmente, la Dirección de Compras y Contratación Pública ha elaborado recomendaciones respecto de la compra de ciertos bienes en consideración a su eficiencia energética. En efecto, la “Directiva de Contratación Pública N° 9” denominada “Instrucciones para la contratación”, consisten en recomendaciones a los compradores para utilizar las pautas que contiene la Directiva N° 9.

El desafío consistirá entonces en transformar este tipo de recomendaciones y pautas en obligaciones ya sea que emanen de la ley o de los contratos que firme la administración.

En nuestra opinión, si bien existen actualmente ciertos artículos de la ley 19.886 y de su Reglamento que podrían abrir una ventana para la inclusión de elementos de sustentabilidad entre los criterios de evaluación de las ofertas presentadas por los licitantes, los riesgos de exponer a la administración a la violación de garantías constitucionales, la afectación del presupuesto nacional y los demás efectos que pudieran producirse deben tenerse en consideración.

Por lo anterior y en consideración a que en derecho público sólo es posible hacer aquello que está expresamente permitido, parece necesario considerar la modificación de la ley 19.886 o de su Reglamento en el sentido de incluir expresamente criterios de sustentabilidad que podrían ser tomados en consideración a la hora de evaluar las propuestas de los oferentes que buscan contratar con la administración.

B. Conocer el mercado en profundidad para identificar a PYMES que deberán ser capacitadas

Otro desafío de gran importancia, considerando que el gran porcentaje de las empresas que participan en el mercado de las compras públicas son

¹¹ En relación con este punto podría incluso entenderse que la inclusión de criterios de sustentabilidad podría generar potenciales efectos en la participación de la PYMES en la contratación pública al traducirse su inclusión en un aumento en el precio de la materia prima utilizada o un aumento de los costos del proceso de producción.

pequeñas y medianas empresas, consiste en lograr identificar con el mayor grado de detalle posible aquellas PYMES que se verían eventualmente afectadas por la inclusión de estos criterios de sustentabilidad, con el objeto de entregarles herramientas que les permitan continuar en el mercado de la contratación pública, a pesar del aumento de las exigencias y consecuentemente de los costos de producción.

En este sentido, la entrega de capacitación a las PYMES previamente identificadas como aquellas que sufrirán en mayor medida los efectos de la inclusión de criterios de sustentabilidad, permitirá enfocar de mejor manera las medidas de capacitación que debería proveer la administración para preparar eficientemente a sus oferentes y, de esta manera, asegurar la consecución del objetivo de poder elegir bienes y servicios más sustentables que los actualmente contratados.

Adicionalmente, parece necesario capacitar también a funcionarios públicos a cargo de las compras de su repartición con el objeto de que todos los intervinientes en los procesos de compras públicas obtengan el conocimiento necesario para lograr el objetivo deseado.

C. Entregar capacitación para mejorar la competitividad

Los esfuerzos de capacitación a los que nos referíamos en el párrafo anterior deberían incluir además la instrucción técnica necesaria que permita a las PYMES y grandes empresas, aprovechar nuevas oportunidades de negocio fuera del mercado de las compras públicas, que se generarán con ocasión de la inclusión de criterios de sustentabilidad en las compras que realiza la administración.

La instrucción que podría entregar el Estado consistiría en instruir a las PYMES para que éstas ofrezcan un producto más sustentable y por lo tanto más competitivo en un mercado que comenzará a considerar la compra de productos y servicios “sustentables” en desmedro de aquellos que no lo son.

D. Identificar áreas de la contratación pública donde incluir estos criterios

El primer trabajo de identificación, previo a la definición de los criterios de sustentabilidad que serán incluidos en la evaluación de las propuestas debe decir relación con las diferentes áreas de la contratación pública.

La importancia de este primer trabajo de identificación consiste en la necesidad de aplicar distintos criterios de sustentabilidad para diferentes áreas. Los criterios debieran ser diferentes si se trata de la contratación de un servicio o de la adquisición de un bien, si este es durable o no, o si se

trata del área de la construcción, de insumos para oficinas, del sector salud, del sector educación, etc.

E. Estandarizar criterios sustentables

Con el objeto de obtener la máxima eficiencia en la inclusión de criterios sustentables en las compras públicas, sería aconsejable efectuar una serie de definiciones relacionadas básicamente con los siguientes temas:

- i. Definición de los criterios de sustentabilidad que se pretenden incluir como nuevos estándares de evaluación
- ii. Determinación de los criterios considerados como prioritarios
- iii. Introducción en forma gradual en el proceso de evaluación de ofertas
- iv. Establecer diferentes tipos de criterios para cada área de la contratación donde éstos serán incluidos

Definidas las distintas áreas de la contratación pública y los diferentes criterios de sustentabilidad que podrían incluirse, será aconsejable establecer cada criterio aplicable para cada área definida, con el objeto de obtener de esta aplicación el máximo resultado.

F. Provocar un efecto directo en disminución del impacto ambiental y un mejoramiento en las condiciones laborales y económicas de los licitantes y sus trabajadores

La inclusión de los criterios de sustentabilidad presenta el desafío de lograr una disminución del impacto ambiental generado por los bienes y servicios que contrata el Estado. Adicionalmente se debe plantear el desafío de mejorar, mediante las exigencias emanadas de la Dirección, las condiciones laborales de los trabajadores de cada empresa licitante y las condiciones económicas del trato entre la administración y los licitantes, todo en pos del desarrollo sustentable, fin último de las modificaciones propuestas.

Será necesario entonces definir un método para la medición de este efecto, con el objeto de evaluar correctamente la inclusión de los criterios de sustentabilidad.

G. Transformar el asunto en un tema país

Con el objeto de legitimar el actuar de la Dirección de Compras y Contratación Pública será necesario instalar en el debate nacional la necesidad de que el Estado juegue un rol más protagónico desde la contratación pública en lograr alcanzar un nivel de desarrollo sustentable propio de economías más desarrolladas.

En este sentido es necesario imponer en la agenda pública la inclusión de criterios de sustentabilidad en el actuar de la administración, especialmente en la contratación pública (por el alto impacto directo que ésta posee), para de esta manera validar los esfuerzos de la administración por lograr un mayor estándar ambiental en la adquisición de servicios y bienes.

VI. Propuestas

A. Temáticas para incluir

i. Modificación de la Ley 19.886 y su Reglamento.

Si bien es posible identificar algunos atisbos de elementos de sustentabilidad en la actual legislación que regula las compras públicas, parece necesaria una modificación de la Ley 19.886 y su Reglamento, con el objeto de dotar a la Dirección de las facultades más amplias para implementar la inclusión de criterios de sustentabilidad en las compras públicas.

Hoy es posible, gracias a una reciente modificación, exigir a los licitantes que acrediten ante la Dirección el cumplimiento de la normativa laboral, en lo que representa la mayor inclusión de un elemento de sustentabilidad en las compras públicas.

Creemos que esta iniciativa no es suficiente para incluir otros criterios de sustentabilidad, por lo que es necesario realizar una modificación que reconozca de forma más amplia la posibilidad de introducir criterios de sustentabilidad para evaluar las ofertas de los licitantes, contribuyendo de esa manera al objetivo final de realizar un aporte desde la administración a la consolidación de un actuar del Estado responsable y comprometido con el desarrollo sustentable.

No habiendo un reconocimiento legal, no es posible afirmar que criterios de sustentabilidad de una oferta puedan ser tenidos en consideración por la autoridad.

No parece posible, a la luz del Dictamen N° 27.895 de 28 de Mayo de 2009 emanado de la Contraloría General de la República, regular el asunto solo por medio de una Instrucción que provenga del Ministerio u otro instrumento similar. En efecto, la Contraloría a declarado que “las instrucciones contenidas en documentos de rango inferior no son instrumentos normativos propiamente tales, sino que tienen por objeto fijar, al interior de uno o más organismos públicos, las modalidades prácticas que se seguirán para aplicar las prescripciones de las normas legales y reglamentarias a las cuales tienen que sujetarse íntegramente para tener validez y eficacia”.

Parece necesario entonces que exista un reconocimiento de los elementos sustentables como uno de los criterios de evaluación de la oferta, tal como se ha hecho a nivel de elementos laborales, y como ha sido incluido el tema en el Reglamento con los elementos ambientales. En este sentido la modificación debiera afectar al menos al artículo 6 de la ley, incluyendo a la sustentabilidad de la oferta como uno de los elementos que se tomarán en consideración a la hora de elegir la mejor.

La modificación que se propone es en el siguiente sentido:

- Artículo 6 de la Ley 19.886

Incluir una frase final en el inciso primero luego de “mejores condiciones de empleo y remuneraciones” en el siguiente sentido:

En el caso de la prestación de servicios habituales, que deban proveerse a través de licitaciones o contrataciones periódicas, se otorgará mayor puntaje o calificación a aquellos postulantes que exhibieren mejores condiciones de empleo y remuneraciones así como el carácter sustentable de sus ofertas.

*En destacado la inclusión propuesta.

La modificación de la ley permitiría a la autoridad evaluar el carácter de sustentabilidad de la oferta en forma clara, sin necesidad de recurrir a la interpretación de otros artículos, con el objeto de permitirle incluir como criterio de evaluación otros elementos que no están expresamente incluidos en la ley.

Respecto del Reglamento de la ley, podría considerarse que los elementos de sustentabilidad ya forman parte de la evaluación de las ofertas que la autoridad realiza hoy, dado que entre los elementos que se consideran como criterios de evaluación se incluyen elementos económicos, ambientales y sociales.

Sin embargo, para asegurar que toda oferta incluirá un análisis de sus características de sustentabilidad, se podrían incluir ciertas modificaciones que a los artículos 16, 23 y 38 del Reglamento que faculten a la Dirección para incluir la “sustentabilidad” como un factor de análisis de la propuesta.

Las modificaciones que se proponen son en el siguiente sentido:

- Artículo 16 del Reglamento

Incluir una frase final en el inciso segundo en el siguiente sentido:

Las bases de convenios marco establecerán los criterios de evaluación que la Dirección estime relevantes para el convenio específico, pudiendo, entre otros, considerar el precio, las condiciones comerciales, la experiencia de los oferentes, la calidad técnica, consideraciones medioambientales y los servicios de post venta de los bienes o servicios objeto de este tipo de contratación así como el mayor o menor grado de sustentabilidad de la oferta.

*En destacado la inclusión propuesta.

- Artículo 23 del Reglamento

Incluir luego de la frase “materia de alto impacto social” la siguiente frase:

Las Bases podrán contener, en lenguaje preciso y directo, las siguientes materias:

1. ELIMINADO.
2. La prohibición de subcontratar impuesta al proponente adjudicado y las circunstancias y alcances de tal prohibición.
3. Puntajes o ponderaciones que se asignen a los Oferentes, derivados del cumplimiento de normas que privilegien el medioambiente, contratación de discapacitados y demás materias de alto impacto social así como el mayor o menor grado de sustentabilidad de la oferta.

*En destacado la inclusión propuesta.

- Artículo 38 del Reglamento

Incluir en inciso quinto, luego de la frase “cumplimiento de los requisitos formales de la oferta”, la siguiente frase:

Se podrán considerar como criterios técnicos o económicos el precio, la experiencia, la metodología, la calidad técnica, la asistencia técnica o soporte, los servicios de post-venta, los plazos de entrega, los recargos por fletes, consideraciones medioambientales, de eficiencia energética, los consorcios entre oferentes, el comportamiento contractual anterior, el cumplimiento de los requisitos formales de la oferta, el mayor o menor grado de sustentabilidad de ésta o cualquier otros criterio, así como cualquier otro criterio que sea atingente de acuerdo con las características de los bienes o servicios licitados y con los requerimientos de la entidad licitante.

*En destacado la inclusión propuesta.

Las modificaciones del Reglamento permitirían tener la seguridad de que la autoridad pueda evaluar criterios de sustentabilidad de la oferta.

ii. Capacitación de licitantes y funcionarios de la administración pública

Resulta necesario como una de las medidas principales para el éxito de la inclusión de criterios ambientales en las compras públicas, educar no sólo a los licitantes si no que también a los funcionarios a cargo de la implementación de los criterios que se decidan incluir.

iii. Reconocimiento de certificaciones

Una manera objetiva de evaluar las características de sustentabilidad que puedan poseer distintos bienes y servicios y que han demostrado ser confiables son las certificaciones.

Sería recomendable cómo uno de los aspectos a evaluar a la hora de decidir por la oferta “más sustentable” sería entregar mayor puntaje en una licitación a aquellos licitantes que demuestren contar con alguna de las certificaciones que existan en el mercado y que sean previamente reconocidas por la Dirección, tales como “Carbon Neutral”, “ISO 26000” o la “Sustainable Forestry Initiative Label”.

iv. Inclusión de criterios en forma gradual

Definidos los criterios de sustentabilidad que se evaluarán para el otorgamiento de contratos con la administración, es esencial considerar una aplicación gradual de estos ya sea por sectores evidentemente poco sustentables y con alto impacto ambiental con el objeto de asegurar una mayor aprobación en los licitantes, o por productos que puedan más fácilmente alcanzar los nuevos estándares incluidos entre los criterios a evaluar.

B. Proyecto de cláusulas

El contenido de una eventual cláusula que considere elementos de sustentabilidad no es claro, por diversas razones.

Primero, por que es difícil definir un único criterio de carácter general que pueda ser traducido en una cláusula contractual que sea eficaz en la consecución del fin que se busca con la implementación de criterios de sustentabilidad. Todo parece indicar que es necesario la creación de criterios distintos para cada sector del mercado, para cada tipo de bien o tipo de servicio, o para cada grupo de licitantes que deberán ser determinados en atención al perfil de las compras públicas que realiza la Dirección.

En segundo lugar, es necesario establecer la modificación que debe

realizarse en el ámbito normativo para poder indicar con mayor detalle el tipo de cláusula que debiera ser incluida. En todo caso, parece recomendable no incluir una determinada cláusula en un contrato si no que establecer requisitos en las bases de licitación o en los convenios marco que se celebren, esto con el objeto de mantener de forma más objetiva y general posible la exigencia de sustentabilidad que se desea establecer.

VII. Conclusiones

Sin duda falta mucho por avanzar en materia de compras sustentables, actualmente la regulación contempla de forma tímida condiciones para que se puedan valorar elementos de sustentabilidad en las compras públicas. Un avance en este sentido ha sido la inclusión de elementos ambientales como criterio a ser considerado para la evaluación de las ofertas presentadas y el cumplimiento de la normativa laboral.

Consideramos que actualmente sería posible, a través del análisis de elementos ambientales y comerciales, la evaluación del carácter de sustentable de una oferta. Sin embargo, para asegurar que el actuar de la administración, al evaluar elementos sustentables en las ofertas recibidas en el marco de las compras públicas, es aconsejable modificar a lo menos el Reglamento con el objeto de incluir el elemento “sustentabilidad” entre aquellos que puedan ser evaluados por la administración.

Adicionalmente, consideramos que se requiere preparación específica para capacitar a las empresas, cualquiera sea su tamaño y a la misma administración, con el objeto de que se logren implementar estos criterios de sustentabilidad.

Por otra parte, la administración deberá identificar la mejor forma para evaluar de forma correcta el elemento sustentabilidad de las ofertas públicas a través de estándares específicos que permitan de manera uniforme realizar la valoración. En este informe se esbozaron algunos de los elementos que permitirían ésta evaluación, sin embargo, debemos hacer presente que nuevas formas y herramientas podrían estar disponibles en el futuro, ya que debe considerarse que éstas son dinámicas. A modo de ejemplo se enunciaron algunas certificaciones que permiten de alguna manera medir el carácter sustentable de un producto o un proceso, las que son de cumplimiento voluntario.

El paso siguiente entonces será la creación de una voluntad política que será determinante a la hora de lograr los consensos necesarios para realizar una modificación como la propuesta que entregue permita a la administración evaluar entre los diferentes criterios de las ofertas, la sustentabilidad de cada una de ellas. No es un ningún secreto que los

licitantes jugarán un rol fundamental en hacer de Chile un país en vía a un desarrollo con apellido, el desarrollo sustentable.

Cristóbal Correa Echevarría

Santiago, 14 de Mayo, 2010.