

DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA

**APRUEBA DIRECTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA N°24
“INSTRUCCIONES PARA LA CONTRATACIÓN DE BIENES Y SERVICIOS RELACIONADOS CON
TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN”**

SANTIAGO, 01 DIC. 2015

VISTOS:

El artículo 30, letra h), de la Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios; el Decreto N° 250, de 2004, de Hacienda, que aprueba su reglamento; la resolución N°1.600, de 2008, de la Contraloría General de la República, que establece normas sobre exención del trámite de toma de razón; y el Decreto N° 1.599, de 2014, del Ministerio de Hacienda, que nombra Directora de la Dirección de Compras y Contratación Pública.

CONSIDERANDO:

1. La función legal de la Dirección de Compras y Contratación Pública de asesorar a los organismos públicos en la planificación y gestión de sus procesos de compras.
2. La necesidad de actualizar la Directiva N°8, de 2008, con el objeto de entregar pautas y lineamientos generales a los organismos de la Administración del Estado sobre contratación de bienes y servicios relacionados con tecnologías de información, para facilitar los procesos de compra más complejos y mejorar la calidad y seguridad de esos contratos, en cumplimiento de la Ley N°19.886 y su Reglamento.
3. La facultad de emitir orientaciones y recomendaciones generales, conducentes a difundir buenas prácticas y a fortalecer la probidad en las compras públicas, tanto por parte de los compradores como de los proveedores, contemplada en el artículo 104 bis, del Reglamento de Compras.

RESUELVO

EXENTA N° 571, B /



1. **APRUÉBASE** la Directiva de Contratación Pública N°24 “Instrucciones para la contratación de bienes y servicios relacionados con tecnologías de información”, cuyo texto se transcribe a continuación:

DIRECTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA N°24

INSTRUCCIONES PARA LA CONTRATACIÓN DE BIENES Y SERVICIOS RELACIONADOS CON TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN

1. CONTEXTO GENERAL

Las Directivas de Contratación son orientaciones y recomendaciones generales, elaboradas por la Dirección de Compras Públicas –en adelante, DCCP-, de acuerdo a su función asesora del artículo 30 letra a), de la Ley N°19.886.

Son lineamientos no vinculantes para los órganos públicos y los proveedores, pero su adhesión como buenas prácticas favorece una mejor gestión de los procesos de compra, dentro del marco legal vigente.

En 2008, consciente de las particularidades que se observan en la contratación de bienes y servicios relacionados con tecnologías de información, la DCCP elaboró la Directiva N°8, entregando pautas para la preparación de bases administrativas y técnicas, el cierre de licitaciones y la gestión de esos contratos.

Sin embargo, se detectaron oportunidades de mejora relativas a:

- Extender estos lineamientos no sólo para licitaciones, sino también para grandes compras de convenio marco y para contratos realizados vía trato directo.
- Incorporar pautas para nuevos modelos de negocio en tecnologías de información (Ej. servicios cloud computing).
- Considerar jurisprudencia relevante referida a este tipo de contratos.
- Modificar la redacción de la directiva para fortalecer las buenas prácticas ya propuestas.
- Orientar sobre cláusulas importantes a considerar en los contratos (Ej. sobre seguridad de la información).

Para actualizar la Directiva N°8, se recibieron aportes de órganos públicos -entre otros, la Unidad de Modernización del Estado, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia- y de representantes de la industria, a través de mesas de trabajo realizadas desde mediados de 2014 a la fecha. Además, se efectuó una consulta pública abierta a la comunidad.



Sin perjuicio de ello, esta Directiva recoge sólo aquellas propuestas que se encuentran dentro de la competencia asesora de la DCCP, debiendo excluirse las que correspondían a materias propias de ley o de reglamento.

2. JUSTIFICACIÓN PARA ACTUALIZAR LA DIRECTIVA

Las políticas de modernización estatal que se han impulsado en Chile coinciden en que el uso intenso e innovador de herramientas tecnológicas resulta fundamental para agilizar transformaciones en la gestión pública, dirigidas a lograr un buen gobierno, servicios de mejor calidad para los usuarios, más transparencia y mayor participación ciudadana.

Por su parte, la contratación de bienes y servicios vinculados a tecnologías de información se realiza de manera transversal en el Estado, para la generalidad de los órganos públicos, independiente de su tamaño y de las funciones que ejerza.

Además, puede resultar compleja y crítica para el órgano comprador, cuando el ejercicio mismo de las funciones públicas puede verse comprometido por el mal funcionamiento tecnológico de la institución (*Por ej. caídas de sistemas utilizados para trámites o emisión de certificados*).

Por esas razones, es importante concebirla como una contratación estratégica más que meramente burocrática.

Otra característica de estos contratos es su diversidad. Entre otros, encontramos compraventas y arrendamientos de equipos, licencias de uso para programas computacionales, servicios de desarrollo de software, soporte, mantención, integración, almacenamiento, etc. Además, se redactan de modo complejo, lo que puede dificultar su interpretación y ejecución.

Por tanto, resulta pertinente que la DCCP entregue pautas actualizadas a través de esta Directiva para este tipo de contratos de adquisición de bienes muebles, tangibles e intangibles, y/o prestaciones de servicios, regidos por la Ley N°19.886 y su Reglamento.

3. OBJETIVO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA

Esta Directiva busca entregar pautas y lineamientos generales a los organismos de la Administración del Estado sobre contratación de bienes y servicios relacionados con tecnologías de información, para facilitar los procesos de compra más complejos y mejorar la calidad y seguridad de esos contratos, en cumplimiento de la Ley N°19.886 y su Reglamento.

Se sugiere a los órganos públicos incluir estas orientaciones en sus respectivos Manuales de Procedimientos de Adquisiciones, exigidos por el artículo 4 del Reglamento. De este modo, las pautas de esta Directiva podrán ser asumidas por el órgano comprador de manera regular, sistemática y transparente, ya que dichos manuales forman parte de los antecedentes que regulan sus procesos de compra.



Sobre el ámbito de aplicación de la Directiva, hay que considerar los siguientes criterios:

i. SEGÚN EL OBJETO DEL CONTRATO

Esta Directiva se aplica solo a los contratos de suministro de bienes muebles –físicos o digitales- y prestaciones de servicio, a título oneroso, regidos por la Ley N°19.886 y cuyo objeto esté vinculado directamente con tecnologías de información.

No obstante, la adquisición de estas tecnologías puede recaer sobre un amplio listado de bienes muebles y para distintas prestaciones de servicios. Por mencionar algunos, desarrollo de software, operaciones de sistemas, adquisición de hardware o software, análisis de datos, plataforma de datos, hosting o housing, externalización, cloud computing (en sus distintas modalidades), optimización y automatización de procesos de gestión, etc.

ii. SEGÚN EL PROCEDIMIENTO DE COMPRA

Las pautas de esta Directiva son aplicables, en primer término, a procesos licitatorios realizados por las Entidades. Sin embargo, también contiene reglas específicas relativas al procedimiento de convenio marco en compras mayores a 1.000 UTM (Grandes Compras) y a ciertos casos de trato directo, cuando correspondan.

iii. SEGÚN EL NIVEL DE COMPLEJIDAD DEL PROYECTO

Estas contrataciones presentan un amplio espectro de complejidad. Existen procesos más bien estandarizados y frecuentes –como la compra de insumos o ciertas piezas-, y proyectos más sofisticados que involucran grandes volúmenes de productos, altos montos, distintas prestaciones relacionadas o mayores riesgos en la ejecución o implementación del contrato.

Esta Directiva está pensada para las contrataciones más complejas. En el caso de adquisiciones simples de tecnologías de información, bastará con realizar el proceso con apego a la normativa general, tanto legal como reglamentaria, aplicable a las compras públicas.

4. RELACIÓN CON OTRAS DIRECTIVAS

Junto con las pautas de esta Directiva sobre Contratación de Bienes y Servicios relacionados con Tecnologías de Información, se recomienda revisar los lineamientos de otras directivas de la DCCP, en lo que sean aplicables, a modo complementario.

Entre otras, tenga presente las siguientes directivas o aquellas que las reemplacen o actualicen:



- Directiva N°13, Instrucciones para realizar Contrataciones Sustentables en el mercado público chileno.
- Directiva N°14, Instrucciones para el funcionamiento de las Comisiones Evaluadoras.
- Directiva N°15, Instrucciones para la aplicación del mecanismo de Grandes Compras.
- Directiva N°17, Instrucciones para realizar contrataciones públicas inclusivas y que promuevan la igualdad de oportunidades en el mercado público.

5. RIESGOS ASOCIADOS A LA CONTRATACIÓN DE TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN

Evidentemente, si se adquieren bienes y servicios tecnológicos de manera más o menos estandarizada y rutinaria, el proceso de compras suele ser simple y de bajo riesgo.

Sin embargo, también existen procesos más riesgosos, entre otros:

- Si en el mismo contrato concurren simultáneamente varias prestaciones diferentes (*Por ej. las soluciones integrales*);
- Si se transan montos altos (*Por ej. muy superiores a 5.000 UTM*); o
- Si son complejos para definir o satisfacer el requerimiento (*Por ej. por exigencias técnicas de compatibilidad; porque resultan más innovadores; o porque están relacionados directamente con funciones críticas del órgano público*).

Para estos casos más riesgosos, esta Directiva entrega algunas recomendaciones que permitan mitigar o disminuir los riesgos. Sin embargo, cada proyecto y la realidad de cada contrato puede requerir medidas complementarias o presentar particularidades (*Por ej. la adquisición de tecnología en el sector Defensa puede requerir estándares de seguridad mucho más exigentes*).

Por tanto, es responsabilidad del órgano contratante velar para que se implementen y cumplan las medidas más adecuadas a su situación.

Entre los riesgos frecuentes asociados a estos contratos sobre tecnologías de información se mencionan:

i. MALA FORMULACIÓN DEL REQUERIMIENTO TÉCNICO.

En el sector público, quien estipula las condiciones de los contratos tecnológicos complejos es la entidad compradora, entendida no sólo como las áreas de tecnologías de información, sino también otras, como por ejemplo, aquellas que administran presupuesto y las que realizan control jurídico.

Dichas estipulaciones se contienen en las bases de licitación o los términos de referencia si es un trato directo.

Además, los procesos licitatorios –sean propuestas públicas o privadas–, deben realizarse con estricta sujeción a dichas bases de licitación.



Por lo tanto, es esencial que el requerimiento de compra esté definido correctamente. Si en las bases está mal determinado el bien o servicio que se desea contratar, la Entidad puede llegar a adquirir un producto que no satisfaga adecuadamente la necesidad que motivó el proceso, lo que implica un uso ineficiente de recursos públicos y una compra ineficaz.

En síntesis, un riesgo inherente en esta etapa precontractual es definir incorrectamente los requerimientos técnicos del objeto a contratar, por desconocimiento de la oferta existente en el mercado y su pertinencia para satisfacer las necesidades del órgano comprador.

ii. EXCESIVA DEPENDENCIA DEL PROVEEDOR (VENDOR LOCK IN).

Existen proyectos tecnológicos que son complejos porque en un mismo contrato, con un mismo proveedor, se adquieren distintas prestaciones vinculadas entre sí (*Por ej. en un mismo contrato se compra hardware y licencias de uso de programas, junto con servicios de operación, mantención y soporte*).

Esta situación puede resultar beneficiosa para favorecer compatibilidad técnica; para recibir ofertas económicas más convenientes; o para facilitar la administración contractual. Sin embargo, también pueden colocar al órgano comprador en una situación de excesiva dependencia respecto del proveedor, riesgo conocido como “vendor lock in”.

A partir de esta dependencia, al comprador le resulta difícil y costoso cambiar de proveedor. Por eso, algunos compradores mantienen al proveedor incluso aunque su gestión no sea del todo satisfactoria.

El “vendor lock in” se puede presentar:

- Al utilizar tecnologías muy específicas y a medida, que no pueden proporcionar otros proveedores;
- Cuando se trata de demandas agregadas, como soluciones integrales, donde el cambio de proveedor puede impactar negativamente en otras prestaciones del contrato y su interoperabilidad con otros sistemas; o
- Cuando se deja todo el conocimiento en manos del proveedor.

Por lo tanto, el efecto “vendor lock in” es un riesgo para los órganos públicos, que suelen no contar con la capacidad y experiencia necesaria para evaluar los costos de cambio -por lo general, altos-, y forzosamente deben continuar con un proveedor, independiente de su gestión.

iii. AMENAZAS A LA SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN.

Los bienes y servicios tecnológicos apoyan el procesamiento de información en las instituciones públicas. Gracias a estas tecnologías se proporcionan servicios de información web, trámites en línea, entrega de certificados, otorgamiento de subsidios y beneficios, se cumplen exigencias legales de transparencia, entre otros.



Por esa razón, los órganos públicos deben implementar medidas de seguridad de la información, tanto técnicas como organizativas. En tal sentido, están obligados a cumplir la norma técnica de seguridad aprobada por el Decreto N°83, de 2004, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, y se sugiere, además, adoptar un sistema de gestión de seguridad de la información (*Por ej. según ISO 27001: 2013*).

En concordancia con dichos estándares de seguridad, los contratos sobre bienes y servicios tecnológicos deben incluir cláusulas sobre seguridad de la información, para disminuir – junto a otros controles técnicos y organizativos-, riesgos que amenacen la información.

Si estos contratos no contemplan cláusulas sobre seguridad, pierde fuerza la exigibilidad de otros controles destinados a mitigar riesgos o resulta más difícil imputar responsabilidad al proveedor en caso de adulteración, pérdida o destrucción de documentos a su cuidado; o si infringe la confidencialidad de datos personales o de documentos reservados por ley.

iv. FALTA DE CONTINUIDAD DE SERVICIO.

Los órganos públicos prestan, cada vez más, servicios transaccionales en línea a la comunidad y a otras instituciones del Estado, como la entrega de datos, de certificados u otros trámites. Además, administran registros oficiales de consulta pública y rinden cuenta de su gestión a través de sus sitios web.

Por ese motivo, la prestación de servicios informáticos requiere que el proveedor adopte medidas que permitan dar continuidad operativa al comprador, en relación con el servicio contratado (*Por ej. cumpliendo determinados acuerdos de nivel de servicio –SLA-, previamente fijados*).

Sin estas medidas, el órgano público puede ver en riesgo el normal ejercicio de las funciones públicas que la ley le encomienda, con consecuencias que pueden afectar directamente no sólo a la institución pública, sino también a la ciudadanía (*Por ej. si se cae un sistema de trámites en línea*).

Por lo tanto, resulta clave que el proveedor de tales servicios informáticos cumpla correcta y oportunamente las prestaciones comprometidas, más aun considerando que operan en un escenario en donde pueden ocurrir incidentes, no solo imputables a su responsabilidad, sino también derivados de fallas propias del hardware o el software, o provocados por el usuario del sistema o por terceros.

En consecuencia, desde el punto de vista de la continuidad operativa, algunos proveedores de servicios informáticos claves, se transforman en críticos para la Entidad, una suerte de socios estratégicos para el logro de la función pública de la institución.

v. AMENAZAS A LA LIBRE COMPETENCIA.

Dentro de las contrataciones tecnológicas complejas del Estado existen desarrollos de software realizados a través de soluciones integrales y a medida.



En algunos de esos procesos de compra, el órgano público interactúa con mercados concentrados, de pocos oferentes capaces de competir en esas licitaciones, ya que pueden existir condiciones desfavorables para la entrada de nuevos proveedores, lo que pone en riesgo la libre competencia.

Entre las barreras que se advierten se cuenta:

- La necesidad de conocer previamente el funcionamiento y operativa del órgano licitante;
- El acreditar experiencia en instituciones similares;
- El contar con certificaciones muy específicas;
- El pedir marcas propietarias;
- El no contar con información técnica suficiente para estimar esfuerzos y costos asociados al proyecto;
- El establecer plazos de implementación muy breves; y
- El celebrar contratos de duración muy extensa.

6. PRINCIPIOS APLICABLES A ESTOS CONTRATOS

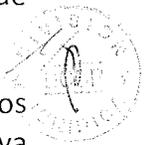
Los procesos de compra y sus contratos deben desarrollarse respetando algunos principios rectores, como la estricta sujeción a las bases de licitación, la libre concurrencia al proceso y la igualdad de los oferentes. A partir de ellos, un contrato no puede contradecir lo dispuesto previamente en las bases de licitación; los procesos de compra no deben presentar barreras de entrada que impidan ofertar; y el órgano público no debe dar un trato arbitrariamente discriminatorio a los oferentes.

En el caso de la contratación de bienes y servicios tecnológicos, además destacan otros criterios particularmente relevantes, como la legalidad y la neutralidad tecnológica, útiles para orientar la redacción e interpretación de las bases, los términos de referencia, las intenciones de compra y los contratos.

i. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Los procesos de compra de estos contratos se rigen por la Ley N°19.886 y su Reglamento (decreto 250/2004 Hacienda). Además, hay que tener presente la jurisprudencia sobre compras públicas emanada de la Contraloría General de la República, del Tribunal de Contratación Pública, del Consejo para la Transparencia y de los Tribunales Superiores de Justicia, para conocer cómo se han interpretado esas normas.

En el caso de contratos sobre bienes o servicios tecnológicos llama la atención que los errores e infracciones más frecuentes que se observan corresponden a esa normativa general y no a temas específicos de tecnología (*Por ej. barreras de entrada a las licitaciones, criterios de evaluación subjetivos, multas y garantías desproporcionadas, entre otros*).



De acuerdo al principio de legalidad el órgano público solo puede actuar dentro de su competencia legal, siguiendo los procedimientos de la Ley de Compras, tanto en el desarrollo del proceso de compra como en la ejecución del contrato. Si no lo hiciera, su actuación sería nula y los funcionarios involucrados serían sancionados.

Asimismo, la legalidad impone límites al uso de la tecnología, que deben ser respetados por el contrato, principalmente para proteger derechos de las personas. Por esa razón, tenga presente que las restricciones legales no pueden desconocerse en los contratos y el hardware y software no puede utilizar infringiéndolas (*Por ej. un órgano público no puede contratar programas para monitorear el comportamiento de los funcionarios públicos en el lugar de trabajo o para interceptar las comunicaciones privadas de los ciudadanos, porque con ello vulnera derechos fundamentales*).

Por último, se recomienda a los proveedores tener presente que, por el principio de legalidad, los órganos públicos tienen menos flexibilidad que un cliente del sector privado. De este modo, si no tienen expresamente esa facultad, no pueden someter las diferencias del contrato a un arbitraje; no pueden eximir o limitar la responsabilidad del proveedor si incumple; no es opcional la aplicación de multas o garantías; no puede establecer por contrato indemnizaciones a favor del proveedor en caso de términos anticipados; entre otras situaciones.

ii. PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD O IMPARCIALIDAD TECNOLÓGICA

Los procesos de compra de bienes y servicios informáticos no deben dar preferencia a tecnología específica alguna, favoreciéndola, o perjudicando expresamente a otras.

Según este principio, en caso de ser necesario optar por alguna tecnología concreta, es necesario justificar fundadamente que la selección de esa tecnología fue imparcial, es decir, objetiva (*Por ej. cuando el órgano comprador necesite adquirir un servicio web que opere bajo un determinado navegador, podría justificar la exclusión de otros navegadores distintos al requerido en las bases, por razones de compatibilidad técnica para operar*).

Para respetar el principio de neutralidad se recomienda evitar la mención de marcas específicas en las bases de licitación y tampoco pedir especificaciones técnicas a la medida de productos tecnológicos concretos en que, aunque no mencione una marca, en la práctica solo podrían participar pocos oferentes.

Al respecto, es preferible aludir a estándares técnicos más que a una marca propietaria, porque aumenta la participación (*Por ej. para adquirir un sistema de gestión de bases de datos, si se solicita el estándar SQL y no solo marcas como Microsoft SQL Server, Oracle, DB2, MySQL, por mencionar algunas, podrán ofertar todos los anteriores, no así si se refiriera a una marca en particular*).

En el caso de tratos directos y grandes compras de convenios marco se pueden solicitar productos de marcas específicas. Sin embargo, se sugiere no olvidar los beneficios de la neutralidad tecnológica, al ampliar la posibilidad de recibir ofertas (*Por ej. si el órgano comprador requiere licenciamiento de software, se sugiere admitir ofertas tanto de*



software propietario como de software libre, ya que con más alternativas puede enfrentar mejor el riesgo de dependencia excesiva con un proveedor).

En definitiva, la neutralidad permite mayor competencia y más participación, con ofertas por un mayor número de productos y, eventualmente, se puede acceder a más soluciones que atiendan correctamente el requerimiento, garantizando un trato igualitario hacia los actores del mercado.

Asimismo, recuerde que para respetar el principio de neutralidad en un proceso de compra en que, excepcionalmente, se necesite adquirir una tecnología específica, hay que fundamentar objetiva e imparcialmente las razones. De no hacerlo, se restringe arbitrariamente la participación de proveedores y se expone a reclamos.

7. PAUTAS PARA FORMULACIÓN DEL REQUERIMIENTO

i. ESTRATEGIA

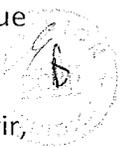
Se recomienda que las contrataciones más complejas de tecnologías de información estén asociadas a una estrategia previa, validada por las jefaturas superiores del Servicio. Ello favorece procesos de compra alineados con los objetivos estratégicos de la institución, evitando que se transformen en proyectos aislados, aunque parezcan beneficiosos.

Ello significa que la estrategia no puede depender únicamente del área tecnológica de la organización. Además, exige que dichas áreas de tecnologías de información conozcan la totalidad de las bases administrativas, no sólo los aspectos técnicos, ya que en ellas también participan otras unidades como las áreas jurídicas y de compras.

Al elaborar una estrategia, puede utilizar el proceso de compra para favorecer objetivos más generales de la Institución, como el facilitar una mayor participación de pymes; adquirir bienes y servicios más sustentables desde el punto de vista medioambiental; alcanzar altos niveles de calidad, seguridad y protección de datos, según estándares internacionales; aportar un mayor cuidado de la información; lograr menor dependencia del proveedor a través de ofertas con estándares de licenciamiento o de servicios más abiertos, entre otros.

A modo de ejemplo, para disminuir la brecha digital entre los usuarios del órgano público que tienen acceso a la tecnología y quienes no, la adquisición no debe mirar únicamente los beneficios técnicos de un producto, sino también a su impacto en las personas. En tal sentido, sería apropiada una estrategia para contratar tecnología que no fuera invasiva para la privacidad de las personas; que sea inclusiva para personas con discapacidad; que permita cobertura en zonas aisladas o con dificultades de conectividad, etc.

Para construir esta estrategia considere el aporte del producto que se pretende adquirir, entendido como una herramienta necesaria para el desarrollo de las funciones del Servicio (Por ej. analice si generará plusvalía al optimizar la gestión interna o al simplificar los trámites de sus usuarios).



En relación con esto, no parece razonable contratar servicios cloud computing de modalidad pública, si la información que se pretende almacenar en ese sistema es propia de órganos de inteligencia o son datos personales sensibles. No así, si se trata de información eminentemente pública.

Además, no debe olvidar que forma parte de un sector mayor y que debe actuar coordinadamente con otros Servicios. Por eso, aunque un órgano comprador debe elegir las tecnologías que resulten más adecuadas para satisfacer sus necesidades, se sugiere tener presente la estrategia gubernamental y sectorial aplicable a su institución en materia de gobierno electrónico.

La estrategia debe documentarse y es útil para justificar un proceso de compra específico, en concordancia con las funciones y objetivos de la Institución. Se sugiere incluir la estrategia en el informe técnico y económico que debe realizar de forma previa a la elaboración de bases, exigido en el caso de contrataciones cuya evaluación es compleja.

No confunda la estrategia con la planificación de la compra, que se realiza a través del Plan Anual de Compras y que tiene un enfoque más bien general.

ii. ALCANCE

Dentro del diseño del requerimiento de un proceso complejo de compra de tecnología es necesario definir su alcance, desde distintas perspectivas. Para ello se recomienda:

- Revisar las experiencias de otros organismos en materias similares.
- Analizar la pertinencia o no de externalizar un servicio, especialmente cuando es crítico o se vincula a las funciones principales del órgano. En tal sentido, determine en qué cantidad se justifica externalizar, ya que si bien un proveedor externo puede aportar orden a la operación e, incluso, a veces permite ahorro o disminución de costos, no es menos cierto que el órgano público está internalizando parte de los riesgos del operador externo.
- Revisar la capacidad del órgano público para realizar la prestación internamente y el tipo de apoyo externo que requeriría *(Por ej. si contrata licencias de software libre, verifique si cuenta con servicios de soporte, actualización o mantención del código. De no ser así, necesita dimensionar la capacidad de su personal interno para asumir tales prestaciones)*.
- Identificar quiénes serán los principales usuarios del bien o servicio a contratar, tanto internos como externos.
- Considerar los plazos del proyecto. Tenga en cuenta los montos involucrados y el procedimiento de contratación que se llevará a cabo, ya que de ello derivan exigencias y plazos legales mínimos a respetar.
- Igualmente, si existen contratos vigentes, es importante conocer las fechas de término de éstos, para que los procesos de compra que los reemplazarán se puedan planificar y desarrollar con la antelación debida. Cabe recordar que la falta de previsión sobre el término de un contrato no es argumento que justifique procedimientos excepcionales



de compra, más rápidos y con menos formalidades. Al contrario, el funcionario se expone a sanciones según la normativa de compras públicas y de probidad administrativa.

- El alcance no debe limitarse sólo a la duración del proceso de compra, sino también tiene que considerar plazos realistas que se requerirán para la ejecución del contrato.
- Si es previsible que durante la ejecución del contrato existirán cambios en la Entidad o que se podrán ver modificadas las decisiones sobre el proyecto, como el reemplazo de jefaturas, un cambio de Gobierno o si el contrato se extiende más allá de un ejercicio presupuestario, transparente esta situación desde un inicio a los proveedores, ya que dichas situaciones pueden derivar en el término anticipado del contrato.
- Identificar qué restricciones técnicas imponen sus sistemas de información actuales a los productos que desea adquirir.
- Analizar la capacidad interna de la Entidad para la gestión de un proyecto de implementación, si es el caso. Recuerde que para el éxito del proyecto se requiere la colaboración del personal del órgano público.

A partir de todo lo anterior se evitan proyectos con alcance difuso que generan dificultades durante la implementación.

iii. CONSULTA A LA INDUSTRIA O RFI (REQUEST FOR INFORMATION)

Una de las principales dificultades con que se encuentran las Entidades en la etapa precontractual, en procesos de compra complejos sobre tecnologías de información, es ignorar aspectos técnicos necesarios y suficientes para definir su requerimiento, a partir del nivel de conocimiento inicial que poseen sobre el mercado actual.

De hecho, es común encontrar asimetrías de información a favor de los proveedores de bienes y servicios tecnológicos. En caso de no ser mitigadas por el órgano comprador, a través de una preparación especial sobre el estado actual de los productos esperados, pueden derivar malos requerimientos técnicos.

No hay que olvidar que es la Entidad compradora quien impone, en mayor o menor medida, los términos y condiciones del contrato, a través de las bases de licitación y de los términos de referencia. Por lo tanto, si no conoce correctamente la oferta tecnológica disponible en el mercado, puede formular un requerimiento que no satisfaga sus expectativas. A pesar de ello, los proponentes interesados deberán ofertar o cotizar respecto de esas especificaciones.

Frente a este problema, una Entidad podría verse tentada a solicitar apoyo informal a algún proveedor específico, que le permita elaborar las bases técnicas de una licitación. Sin embargo, ello resta imparcialidad y transparencia al proceso de compra desde sus inicios.

Para evitar lo anterior, la normativa de compras exige que en licitaciones donde la evaluación de ofertas revista gran complejidad –que sería el caso de estos contratos–, con



anterioridad a la elaboración de las bases, las entidades licitantes deben obtener y analizar información acerca de:

- Las características de los bienes y servicios requeridos;
- Sus precios;
- Los costos asociados;
- El tiempo suficiente para la preparación de las ofertas;
- Alternativas para solucionar el problema;
- Posibles reglas para evaluar propuestas; y
- Cualquier otra característica que requieran para la confección de las bases.

Este análisis técnico y económico puede realizarse a través de consultas al mercado –RFI-, u otro mecanismo, como informes internos especializados.

Gracias a consultar al mercado, el órgano público puede recibir comentarios y respuestas de un universo suficiente y representativo de los eventuales oferentes, que aclaren sus dudas, confirmen aspectos definidos por la estrategia y el alcance y, fundamentalmente, le permitan contar con información adecuada para formular correctamente su requerimiento, en las bases de licitación o en los términos de referencia, según corresponda.

Además del RFI, se recomienda revisar en el sistema de compras y contratación pública www.mercadopublico.cl, experiencias similares a su proyecto, existentes en otros organismos públicos, para facilitar la determinación de los costos.

El documento de RFI debe difundirse adecuadamente a todos aquellos proveedores que pueden tener interés en participar, con el objeto de legitimar la consulta. Para ello se realiza a través de llamados públicos y abiertos, convocados a través del sistema de información www.mercadopublico.cl.

También puede aumentar su difusión publicando avisos en diarios o medios de circulación internacional, nacional o regional, de modo complementario a dicho sistema.

Tenga presente que si la consulta se limita a determinados proveedores puede restringir el potencial de esta etapa y, luego, en el proceso de compras mismo, puede dar pie a dudas sobre la transparencia y trato igualitario del órgano público.

La consulta al mercado debe contemplar plazos suficientes para recibir respuestas y señalar la forma y medios a través de las cuales se recibirán.

También puede aprovechar este documento de RFI para dar a conocer algunas cláusulas esenciales del contrato definitivo, tales como plazos, causales de término, multas, confidencialidad, entre otras, de forma que la industria pueda hacer comentarios y observaciones que eventualmente sean consideradas al momento de elaborar las bases de licitación o los términos de referencia.



Se considera una buena práctica que, en la medida de las posibilidades del órgano comprador, se programe una o más reuniones de discusión del documento de RFI, con los proveedores que deseen asistir.

iv. ANÁLISIS FODA Y EVALUACIÓN DE RIESGOS

Los proyectos a los cuales se asocian contrataciones complejas de tecnologías de información, sean bienes o servicios, suelen resultar críticos para las funciones del órgano público. Además, durante la ejecución de algunos de ellos, es necesario permitir el acceso del proveedor a los sistemas institucionales o a la documentación. En ese sentido, se recomienda evaluar en esta etapa previa a la difusión del requerimiento, el impacto del contrato desde el punto de vista de la seguridad de la información.

Para realizar el análisis y evaluación del riesgo inherente a dicho contrato existen distintas metodologías, perfectamente válidas y aplicables. Se sugiere utilizar aquella que ya emplee en la Institución para otros temas de riesgo.

Sin perjuicio de ello, puede comenzar por un análisis FODA, como herramienta de comparación del bien o servicio a contratar, identificando los puntos fuertes y débiles del bien o servicio, las oportunidades para el órgano público y, sobre todo, las amenazas que conlleva la contratación.

Al respecto, se recomienda la participación del encargado de Seguridad de la Información, del órgano comprador, para que se pronuncie sobre el nivel de riesgo aceptado para ese contrato, de acuerdo a las políticas de seguridad del organismo y sobre los posibles controles necesarios para mitigar riesgos a la integridad, disponibilidad y confidencialidad de la información del Servicio.

Puede considerar los siguientes parámetros:

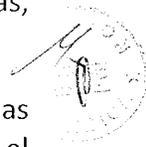
- **Importancia y naturaleza de los datos a que accederá el proveedor.**

Es particularmente relevante si el proyecto contempla el tratamiento de datos personales – sometidos a un régimen más estricto de cuidado, según la Ley N°19.628- o el acceso a documentos calificados como confidenciales según las políticas de seguridad de órgano público.

- **Requerimientos normativos asociados a la contratación.**

Algunos proyectos tienen por objeto implementar exigencias legales o reglamentarias, normalmente dentro de plazos preestablecidos.

En esos casos, los contratos resultan indispensables para dar cumplimiento a esas instrucciones. Por lo tanto, el órgano público debe ser cuidadoso e incluir en el requerimiento los distintos aspectos que le son exigidos normativamente, en especial cuando la implementación se realiza a través de servicios de desarrollo de aplicaciones, diseño web u otros similares.



- **Interoperabilidad e intraoperabilidad.**

La gestión electrónica de la Administración aspira, entre otros aspectos, al desarrollo de proyectos que coordinen la actuación de los Servicios Públicos.

Por lo tanto, analice el grado de interoperabilidad que necesita obtener de los bienes a contratar, es decir, su capacidad para operar y comunicarse con sistemas heterogéneos. Tampoco pierda de vista su intraoperabilidad, es decir, la capacidad de un sistema para integrarse a otro dentro del mismo órgano público.

Asimismo, analice posibles consecuencias en los usuarios –internos y externos- al integrar sistemas, migrar datos o reemplazar equipos o sistemas por otros. Así, de acuerdo a la criticidad del proyecto o la sensibilidad del sistema involucrado, considere planes de contingencia idóneos para favorecer la continuidad del servicio y la gestión del cambio. Dichos planes deberán ser probados previamente para medir su eficacia.

v. **DESCRIPCIÓN DEL REQUERIMIENTO**

La correcta definición del requerimiento permite:

- Entregar claridad a los proveedores sobre las necesidades del Servicio;
- Recibir ofertas mejor orientadas a las expectativas del órgano comprador;
- Facilitar la interpretación del contrato cuando comience su ejecución; y
- Disminuir el riesgo de compras mal dimensionadas, que provocan un uso poco eficiente de los recursos públicos.

La descripción del requerimiento debe quedar reflejada claramente en las bases técnicas, en los términos de referencia o en la intención de compra –si es una gran compra de convenio marco-, considerando, a lo menos, los siguientes aspectos:

- **Descripción del organismo contratante.**

Es importante que los proveedores conozcan al órgano público contratante, porque suele existir desconocimiento respecto de las funciones que realizan, su estructura, su dotación, etc.

- **Descripción del problema o necesidad que se espera resolver con la contratación.**

Con ello se busca transparentar las expectativas del órgano contratante y que los proveedores elaboren propuestas de mejor calidad.

En este punto, indique si las características de los bienes y servicios a adquirir permitirán cumplir objetivos mayores, como la interoperabilidad de los sistemas, la portabilidad de las soluciones o el intercambio de información a través de estándares abiertos y de general aceptación por la industria.



- **Bien o servicio requerido.**

En caso que el contrato comprenda más de una prestación, hay que indicarlas todas con claridad.

Por tanto, en vez de decir que se desea “adquirir hardware y software” o “equipos informáticos y servicios computacionales”, se sugiere más precisión, como ocurriría al señalar que su objeto es la “compra de notebook, más licenciamiento de software (sistema operativo y suite de ofimática), junto con servicios de mantenimiento preventiva y correctiva de los equipos”.

- **Alcance del bien o servicio requerido.**

En la medida que los proveedores conozcan datos suficientes para dimensionar la contratación, tales como, la cobertura esperada, la duración del proyecto, la vinculación con otros sistemas, por mencionar algunos, es factible esperar buenas ofertas.

- **Acuerdos de nivel de servicio (SLA) definidos.**

Los SLA constituyen cláusulas fundamentales para la ejecución del contrato, por tratarse de compromisos exigibles, medibles y demostrables. Por tanto, es necesario que el requerimiento sea claro al respecto, para que puedan ofertar aquellos proveedores que se encuentran en reales condiciones de satisfacer dichos niveles.

- **Recursos institucionales disponibles.**

Los proveedores pueden elaborar ofertas económicamente más convenientes, si conocen la situación del órgano contratante respecto de los recursos con que ya dispone (infraestructura, personal, bienes, documentación, etc.), ya que no tendría que incluirlos dentro de sus costos.

- **Principales restricciones técnicas y normativas.**

Es importante que el requerimiento indique las principales restricciones técnicas y normativas que afectan al proyecto, para que los proveedores elaboren sus ofertas informados de tal situación.

Se sugiere revisar cuáles son las normas y estándares técnicos vigentes (*Por ej. para transferencia y almacenamiento documental electrónico; para diseño de sitios web; sobre accesibilidad a personas en situación de discapacidad; para datos abiertos; y para implementar medidas de seguridad de sistemas de información, entre otras*).

- **Sistemas complementarios.**

Indique si el proyecto a contratar incide en otros sistemas de la institución o externos, para que las ofertas incluyan acciones de integración -si son necesarias-, proyecten eventuales riesgos y puedan considerar medidas al respecto.



- **Principales hitos o plazos del proyecto.**

Es importante transparentar su estimación respecto de la duración del proyecto, teniendo presente que en ciertos casos, la urgencia o los plazos muy exigentes puede derivar en mayores riesgos, en precios más altos a los que se acostumbran en el mercado o en el desincentivo de participar cuando no resultan realistas. Por ello, planifique correctamente sus procesos de compra.

- **Presupuesto estimado o disponible.**

Es útil dar a conocer el presupuesto estimado o disponible, para que el proveedor proyecte su margen de utilidades y pueda determinar los recursos que comprometerá en su propuesta (*Por ej. para conformar los equipos profesionales que prestarán los servicios*).

Se recomienda que dicho presupuesto tenga presente cómo abordar cambios y desviaciones que pueda experimentar el proyecto.

vi. **CUBICACIÓN DEL PROYECTO**

Luego de definir los requerimientos funcionales del proyecto, según lo indicado en la letra anterior, se procede a cubicarlo. Para ello se sugiere:

- Establecer el costo estimado del proyecto a contratar.
- Identificar en detalle las distintas actividades asociadas y sus plazos, para poder determinar los recursos involucrados en cada una de ellas (*Por ej. licencias de software, licencias para desarrollo, hardware, tiempos por perfil profesional interno y externo, etc.*).
- Asignar los costos respectivos. En proyectos complejos considere costos específicos (*Por ej. si se requieren servidores de cierto tipo, utilice en la cubicación el valor de esos servidores y no de otros*).
- Considerar posibles desviaciones del proyecto dentro de esta cubicación referencial.
- Revisar si la cubicación está alineada con su presupuesto. En caso contrario, deberá revisar el proyecto para adecuarlo a la disponibilidad presupuestaria.

vii. **FORMALIZACIÓN DEL REQUERIMIENTO TÉCNICO**

Elabore un documento que formalice el requerimiento técnico. Incluya en él, a lo menos, las ideas centrales de la estrategia, los bienes o servicios a contratar, los plazos y costos vinculados al proceso y las principales etapas que demandará el proyecto.

A partir de este documento se mantiene consistencia en el diseño del proyecto y facilita la elaboración de otros documentos del proceso de compra (bases administrativas y técnicas, términos de referencia, intención de compra, respuestas para foros de consultas, etc.).



8. PAUTAS SEGÚN EL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN

i. GRAN COMPRA

Atendida su transversalidad e importancia para los órganos de la Administración, la DCCP ha adjudicado convenios marco sobre bienes y servicios relacionados con tecnologías de información. A partir de ellos, los órganos públicos pueden adquirir directamente los productos que estén incluidos en el catálogo electrónico respectivo.

Cuando el monto de dicha contratación supera 1.000 UTM, la normativa de compras públicas exige realizar un proceso de gran compra, es decir, es necesario que el órgano público comunique su intención de compra a través del sistema www.mercadopublico.cl, a todos los proveedores de ese convenio marco adjudicados en la categoría del producto requerido, con el objeto de que puedan presentar mejoras a sus ofertas. A partir de las propuestas recibidas, el órgano público confecciona un cuadro comparativo y selecciona aquella más conveniente, de acuerdo a los criterios de evaluación aplicables.

Se sugieren las siguientes recomendaciones para este procedimiento de convenio marco:

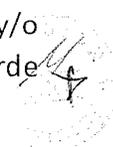
- Conocer el alcance del convenio marco, para incluir en la intención de compra bienes o servicios adjudicados en él.
- Documentar la intención de compra y publíquela en el sistema www.mercadopublico.cl. Ella debe referirse exclusivamente a bienes o servicios adjudicados en ese convenio marco, incluidos los productos nuevos que se hayan incorporado.

Si necesita agregar otros bienes o servicios, además de los productos adjudicados en el convenio marco, no corresponde este procedimiento y deberá realizar una licitación pública.

- Señalar claramente el requerimiento en la intención de compra. Para definirlo, se sugiere seguir los lineamientos de esta Directiva.
- Como el procedimiento de gran compra es parte de un convenio marco, no es una licitación. En tal sentido, la intención de compra puede solicitar marcas específicas, siempre que los productos formen parte del catálogo electrónico de ese convenio marco.

Sin embargo, en ese caso, se recomienda analizar la conveniencia o no de restringir el objeto a una marca, de conformidad con lo señalado en esta Directiva a propósito del principio de neutralidad tecnológica.

- Utilizar como criterios de evaluación únicamente los establecidos en las bases de licitación del convenio marco, sean todos o algunos de ellos. Esos criterios pueden ser aquellos de tipo general que utilizó la DCCP para adjudicar el convenio marco y/o aquellos específicos para grandes compras, si se incluyeron en esas bases. Recuerde



que no puede utilizar criterios nuevos, distintos a los establecidos en las bases por la DCCP.

- Tenga presente que si necesita considerar algún requisito técnico mínimo para las ofertas que reciba, en atención a condiciones específicas de la entrega de productos - como, pruebas en equipos específicos, demostración de certificaciones u otros-, establézcalo como requisito de admisibilidad y no como un nuevo criterio de evaluación, ya que esto último no se permite.
- Elaborar un informe técnico a partir del cuadro comparativo de las ofertas recibidas, que sirva de fundamento para la selección.
- Suscribir un acuerdo complementario con el proveedor seleccionado, en los términos señalados en las bases de licitación, con el objeto de detallar, a lo menos, las etapas y plazos de implementación, los niveles de servicio, las medidas de seguridad y las garantías, entre otros aspectos.

ii. LICITACIONES

Los principales documentos que regulan un proceso licitatorio son las bases administrativas y técnicas. En ellos se sugiere considerar lo siguiente:

Bases administrativas

- Elaborar bases administrativas tipo si el proceso de compras resulta más bien estándar y proyecta repetirlo en términos similares. Sin embargo, si advierte particularidades difícilmente estandarizables, elabore las bases administrativas caso a caso.
- Redactar bases administrativas breves y claras, simplificando requisitos.
- Preparar la licitación en varias líneas, según los componentes del servicio licitado (*Por ej. infraestructura, software aplicativo, sistema operativo, comunicaciones, soporte, servicios conexos y otros*).

Esto permite contratar todos los componentes a un solo proveedor o a distintos proveedores, según la factibilidad técnica y las reglas que establezca la licitación.

- Diseñar estas licitaciones en dos etapas, la primera técnica y la segunda económica. Así, se evalúa en detalle la calidad técnica de las propuestas, sin sesgos originados por la oferta económica.
- No solicitar documentación administrativa en exceso, porque desincentiva la participación de los proveedores. Por lo tanto, se sugiere pedir únicamente aquellos documentos que permitan acreditar elementos básicos para la validez de las ofertas (*Por ej. certificado de vigencia de la empresa, de la personería, o declaraciones juradas sobre las inhabilidades legales*).
- Recordar que la inscripción en el registro Chileproveedores es suficiente para acreditar gran parte de la documentación administrativa, de modo que no pida esos documentos si ya están en dicho registro.



- Indicar en las bases la posibilidad de recibir antecedentes durante el período de evaluación, para que los defectos meramente formales no ocasionen el rechazo de ofertas, sino que sean evaluables.
- Incluir instancias informativas, como la publicación de videos, reuniones -sean presenciales o en línea-, para favorecer una mejor comprensión de las bases y, con ello, recibir mejores ofertas.

Al respecto, hay que recordar a los interesados que las preguntas deben efectuarse dentro de la etapa formal de consultas señalada en las bases, y a través del sistema www.mercadopublico.cl.

- Responder clara, precisa y directamente las preguntas que reciba durante la instancia de consultas establecida en las bases. Al dar respuestas muy genéricas o que solo remiten al articulado de las bases, sin mayor explicación, las dudas de los proveedores se mantienen y las ofertas pueden ser mal elaboradas.

En este sentido, resulta indispensable que los proveedores lean y comprendan la totalidad de las bases administrativas y técnicas, para evitar errores u omisiones al ofertar que los pueden dejar fuera del proceso.

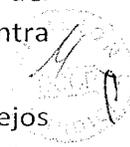
- Recordar que la Entidad licitante tiene libertad para determinar los criterios de evaluación, en la medida que sean objetivos.

Al respecto, corresponde elegir aquellos criterios que permitan seleccionar la oferta más conveniente para satisfacer los intereses del Servicio, teniendo presente la estrategia documentada al formular el requerimiento. Por lo tanto, es una mala práctica utilizar criterios tipo sin antes analizar que sean los más adecuados en ese proceso en particular.

Se recomiendan como criterios para estos procesos de compra:

- La calidad de la propuesta (*Por ej. plazos, garantías, niveles de servicio, etc.*);
- La calidad técnica de la solución ofrecida;
- La experiencia del equipo de trabajo, en especial del Jefe de Proyecto; y
- El precio, entre otros.

- Establecer plazos realistas para recibir ofertas, para formular preguntas y responderlas, para evaluar y, sobre todo, para ejecutar el contrato.
- No exigir instrumentos de garantía específicos. Basta con que la garantía sea a la vista y de carácter irrevocable, asegure el pago de manera rápida y efectiva, y cumpla con el monto, plazo de vigencia, glosa –si procede-, y la moneda o unidad que señalen las bases.
- Establecer multas proporcionales a la gravedad del incumplimiento, fijando un tope máximo para su aplicación. Además, incluya en las bases un procedimiento para aplicarlas, que contemple siempre la posibilidad de descargos por parte del proveedor. Finalmente, dicte una resolución fundada para aplicar las multas, contra la que proceden los recursos administrativos dispuestos en la Ley N°19.880.
- Contemplar la posibilidad de modificar el contrato, ya que en proyectos complejos pueden aparecer requerimientos no dimensionados inicialmente, pero necesarios



para la continuación del proyecto. Como las modificaciones no pueden contravenir la estricta sujeción a las bases y la igualdad de los oferentes, fije qué tipos de cambios son aceptables y en qué porcentaje máximo podrá modificar a través de un contrato complementario o un control de cambios. En el caso de montos, no podrá exceder el original en más de 30%.

Bases técnicas

- Describir clara y completamente el requerimiento. Para ello, se sugiere considerar los antecedentes recabados en la etapa inicial y que se encontrarán en el documento de formulación del requerimiento técnico.

Si las bases técnicas no recogen correctamente el requerimiento, es probable que durante el desarrollo del proyecto surjan problemas de interpretación y dificultades para la ejecución del contrato.

- Establecer claramente y de manera realista, los niveles de servicio esperados (SLA).

Estos niveles corresponden a aspectos operacionales del servicio contratado (*Por ej. uptime de aplicaciones, tiempo de respuesta frente a errores o tiempos de proceso, entre otros*).

Las variables relevantes deben ser modeladas a través de indicadores y cada indicador debe tener asociado un estándar mínimo aceptable.

Los SLA definen el estándar de servicio que deberá cumplir la solución durante toda la vigencia del contrato, observando referentes nacionales e internacionales. No obstante, recuerde que mientras más exigentes sean los niveles de servicio, más alto será el precio del contrato. Sin embargo, la claridad y transparencia en los niveles esperados por el órgano comprador permiten a los proveedores analizar su real capacidad de cumplir.

- Incluir causales y mecanismos objetivos que permitan ajustar los niveles de servicio en caso de cambios tecnológicos o niveles operacionales, considerablemente distintos a los definidos originalmente, producto de cambios en el entorno.
- Asociar el incumplimiento de los SLA a multas proporcionadas a la falta (*Por ej. por su impacto en la continuidad de servicio*).

Además, según la gravedad o la reiteración del incumplimiento, se recomienda considerarlo para el cobro de la garantía e, incluso, dentro de las causales de término anticipado del contrato.

- Acotar la facultad de cambiar equipos en caso de fallas a un tiempo determinado y un número máximo de reemplazos.

Si las fallas exceden lo dispuesto en las bases, se sugiere aplicar medidas establecidas para incumplimientos, tales como el cobro de la garantía o, incluso, el término anticipado, según la gravedad.

- Aludir a estándares en vez de solicitar marcas específicas, lugar de procedencia del bien, o descripciones muy detalladas propias de tecnologías o productos concretos.



- Evaluar estratégicamente la factibilidad de adquirir licenciamiento de software propietario o de software libre, en concordancia con el principio de neutralidad tecnológica.
- Considerar criterios de accesibilidad para personas en situación de discapacidad (*Por ej. mejorando la claridad, alto contraste y velocidad en navegación por sitios web, e incorporando contenidos no sólo de texto, sino también de audio*).
- Evitar que las exigencias técnicas impuestas a los oferentes sean barreras de entrada al proceso. Para ello, considérelas al evaluar y no para admitir una oferta (*Por ej. si contrata servicios de integración y migración de datos o de pruebas para medir la vulnerabilidad de sus sistemas, el riesgo puede llevar a justificar la exigencia de contratar seguros por daños. Sin embargo, ello puede ser considerado dentro de los criterios de evaluación y no para la admisibilidad de las ofertas*).

Sin perjuicio de lo anterior, en ciertos contratos complejos, por el nivel de riesgo involucrado, es factible realizar un mayor filtro de proveedores. En ese caso es posible fijar requisitos técnicos de admisibilidad, en la medida que sean objetivos y que no signifiquen arbitrariamente un trato discriminatorio de proveedores. Así, quienes no cumplan satisfactoriamente tales requisitos no pasan a etapas de evaluación de sus ofertas.

iii. TRATO DIRECTO

Excepcionalmente existen casos en los que, por la naturaleza de la negociación, hay circunstancias o características del contrato que hacen del todo indispensable acudir al trato directo, en vez de una licitación pública.

En este procedimiento cabe recordar:

- Fundar el trato directo exclusivamente en alguna de las causales señaladas en la Ley de Compras y su Reglamento.
- Acreditar la causal con antecedentes que demuestren la concurrencia de todos sus elementos. No basta con mencionarla en el acto administrativo que autoriza el procedimiento.
- Si se invoca como causal que la contratación sólo puede realizarse con proveedores que sean titulares de los respectivos derechos de propiedad intelectual, industrial, licencias, patentes y otros, se debe solicitar la documentación que lo demuestre (*Por ej. la inscripción de la obra en el registro respectivo; copia del contrato de distribución suscrito entre el proveedor y la empresa titular de los derechos; u otra similar*).
- Cuando la causal sea que el contrato es una reposición o complementación de equipamiento o servicios accesorios, se debe justificar en razones objetivas de compatibilidad técnica con los sistemas o infraestructura actual de la Entidad, a través de algún informe.
- En caso de contratar sistemas de seguridad, se recomienda analizar la procedencia de un trato directo si el conocimiento público que generaría el proceso licitatorio



previo, especialmente del requerimiento técnico contenido en las bases, pone en serio riesgo el objeto y eficacia de la contratación.

9. PAUTAS SOBRE LA SELECCIÓN DEL PROVEEDOR

i. EVALUACIÓN

Los contratos sobre bienes y servicios relacionados con tecnologías de información pueden presentar una complejidad mayor que otros, sobre todo al evaluar las ofertas recibidas. Por tal motivo, se recomienda:

- **Sobre las comisiones evaluadoras**

Las comisiones evaluadoras deben estar compuestas por personal del Servicio, con competencias técnicas suficientes. Si es necesario en los procesos más relevantes, se sugiere incluir expertos externos para realizar una evaluación técnica especializada.

Los miembros de la comisión deben ser imparciales y desinteresados (*Por ej. no representar ninguna tecnología o corriente doctrinal particular en este campo*).

Se recomienda que conozcan el documento de formulación de requerimiento, para que estén conscientes de la estrategia que motiva el proceso y lo esperado por el órgano público.

Los integrantes de la comisión evaluadora, en el ejercicio de esas funciones, son sujetos pasivos de lobby o de gestión de intereses particulares, según la Ley 20.730. Por lo tanto, deberán registrar todo contacto que tengan con lobbistas o gestores de intereses particulares durante la evaluación. Sin embargo, se sugiere incluir en las bases administrativas, la prohibición para estos miembros de aceptar reuniones solicitadas por terceros durante la evaluación, para que este tipo de contactos esté circunscrito exclusivamente a los casos que menciona la normativa de compras públicas y que se tienen que indicar previamente en las bases de licitación. De este modo se garantiza que la labor de la comisión evaluadora se realice sin presiones externas.

- **Sobre los criterios de evaluación**

La evaluación debe realizarse con apego estricto a los criterios establecidos en las bases o indicados en la intención de compra, según el caso. En tal sentido, establezca rangos objetivos para la asignación de puntaje al ponderar cada criterio.

Se recomienda considerar criterios de sustentabilidad cuando adquiera equipamiento informático (*Por ej. de eficiencia energética, reciclaje y reutilización de piezas, entre otras*).

Considere criterios de evaluación inclusivos si la estrategia de la contratación va asociada a impulsar proveedores representativos de sectores más postergados (*Por ej. PYME, mujeres jefas de hogar, personas con discapacidad, entre otros*).



Si desea evaluar la experiencia de la empresa, corresponde considerar proyectos similares al que se pretende contratar –independiente del sector en donde fueron realizados- y que sea posible comprobarlo.

Tenga presente que si pide experiencia previa en un sector específico –como el sector municipal, de salud, defensa u otros- y, más aún, experiencia con la Entidad Licitante, es un riesgo de desincentivo y de conformar barreras de entrada al proceso, que afecta la libre concurrencia.

Si desea evaluar la presentación de servicios adicionales a la oferta principal, sus características básicas o generales tienen que estar descritas previamente en las bases.

Si evalúa el comportamiento contractual anterior de un proveedor, deberá consultar el Registro de Proveedores, en donde las Entidades deben informar al respecto, de acuerdo a elementos objetivos (*Por ej. cumplimiento íntegro y oportuno de las obligaciones, de los plazos comprometidos, y sobre la aplicación de multas u otras medidas que hayan afectado al proveedor*).

Esta calificación no puede ser considerada como un requisito para participar en un proceso de compra, ya que sería una barrera de entrada para nuevos proveedores o para aquellos que reflejen algunos aspectos negativos.

Se recomienda utilizar este criterio de comportamiento contractual anterior cuando sea relevante para la ejecución del contrato (*Por ej. en el caso del cumplimiento de plazos, de niveles de servicio y de la calidad de los bienes, entre otros*).

ii. CERTIFICACIONES

Si considera que las certificaciones resultan relevantes para recibir ofertas de mejor calidad, solicite aquellas que estén directamente relacionadas con el requerimiento.

No las exija como requisito mínimo para participar del proceso, sino que sean ponderables dentro de los criterios de evaluación.

Verifique que las certificaciones tengan validez en el territorio nacional y que estén relacionadas con el trabajo que se desarrollará (*Por ej. una certificación para desarrollo de sistemas que no incluya mantención de sistemas, no aplicaría para proyectos de mantención*).

Por último, se recomienda aceptar certificaciones determinadas y conocidas, pero abriendo la posibilidad a sus equivalentes, para favorecer la participación.

iii. DUE DILIGENCE (DEBIDA DILIGENCIA)

Algunos contratos de servicios tecnológicos representan un alto riesgo para la seguridad, privacidad y continuidad operacional, ya que inciden directamente en funciones críticas del órgano público. Por esa razón, la dependencia de éste respecto del proveedor lo vuelve



vulnerable frente a eventuales incumplimientos contractuales (*Por ej. de los SLA o de obligaciones de cuidado de los datos*).

Se recomienda incluir en las bases de licitación una instancia de verificación o auditoría, previa a la suscripción del contrato, con el objeto de comprobar el real estado de las medidas de seguridad declaradas por el proveedor.

Dicha verificación debe realizarse en coordinación con el proveedor, velando por no entorpecer el correcto funcionamiento de éste. Además, debe referirse únicamente a aspectos estrictamente necesarios para la prestación de los servicios licitados. Finalmente, no debe recaer sobre información confidencial del proveedor o de sus clientes.

Se sugiere aplicar al proveedor un cuestionario sobre temas técnicos específicos de seguridad, protección de datos y continuidad operacional (*Por ej. existencia de site de contingencia, planes de recuperación de desastres, controles frente a ataques de denegación de servicio, detección de intrusos, cifrado de datos, entre otros*).

Además, en caso de incluir la aplicación de instrumentos de *due diligence*, se recomienda señalar expresamente en las bases de licitación, las consecuencias que derivan de no cumplir con la entrega de información requerida.

10. PAUTAS PARA LA GESTIÓN DEL CONTRATO

i. CONTRATO MODULAR

Cuando un contrato tecnológico incluye más de una prestación contractual, no siempre se ejecutan simultáneamente (*Por ej. soluciones integrales*). Cada prestación o servicio puede tener plazos diferentes, además de exigencias técnicas y SLA propios.

Por ello, se recomienda redactar los contratos separando las cláusulas en distintas secciones. Sin ese orden es más difícil interpretar el contrato e implementarlo, por lo que la estructura modular es importante para facilitar la gestión del contrato.

Se sugieren dos grandes secciones:

- **Condiciones generales**

Incluye todas aquellas cláusulas esenciales y de carácter general, que abordan la totalidad del proyecto. (*Por ej. individualización de las partes, personería, objeto del contrato, precio, vigencia, garantías, término anticipado, cláusulas de propiedad intelectual, cláusulas de confidencialidad, encargado del contrato, legislación aplicable y jurisdicción, entre otras*).

Se recomienda tener especial cuidado al redactar el objeto del contrato y no omitirlo de las condiciones generales, incluso aunque después detalle los bienes y servicios en los respectivos anexos.



- **Anexos**

Redacte el detalle de cada prestación, separadamente, a partir de anexos. De esta forma el contrato se ordena con más claridad, ya que es posible reunir en un documento las cláusulas específicas de una prestación determinada (*Por ej. la descripción del objeto, las etapas y plazos de ejecución, los plazos y pagos parciales, los SLA, las multas específicas, la carta Gantt, los diagramas, entre otros*).

- ii. **CLÁUSULAS RELEVANTES**

Los contratos sobre tecnologías de información pueden ser muy distintos unos de otros, al igual que las razones que motivan el proceso y el contexto en que serán ejecutados.

Sin embargo, existen ciertas cláusulas que se recomienda incluir, si resulta pertinente:

- **Cláusula de confidencialidad**

Incorpore esta cláusula cuando el proveedor tenga algún tipo de acceso a información que almacena el órgano público. Es indispensable si se trata de datos personales.

Para mayor certeza y eficacia de esta cláusula, clasifique previamente su información. Así, esta cláusula aplicará exclusivamente a esa documentación reservada o confidencial.

Fije plazos máximos de confidencialidad concordantes con el tiempo de reserva que admite la Ley N°20.285. Sin embargo, tenga presente que pueden existir plazos de reserva mayores, dispuestos por ley.

En caso de datos personales, la obligación de confidencialidad dura indefinidamente, según la Ley N°19.628.

- **Cláusula de tratamiento de datos personales por mandato**

Si contrata servicios de tratamiento de datos personales, debe incluir una cláusula de mandato hacia el proveedor, que especifique las condiciones bajo las cuales puede utilizar esos datos, según el artículo 8 de la Ley N°19.628.

La cláusula debe indicar, a lo menos, la finalidad del tratamiento, el tipo de datos que entrega al proveedor (mandatario), la duración del encargo y un procedimiento para la devolución de los datos y su eliminación efectiva por parte del proveedor, al terminar el contrato.

Además, debe prohibir el uso de dichos datos para fines distintos a los que persigue el órgano público mandante y señalar expresamente que no se permite su comunicación a terceros.



- **Cláusula de propiedad intelectual del software**

Si hay intercambio de documentación u otros activos, declare que los materiales preexistentes que aporta cada parte, son de propiedad del que los provee.

En caso de desarrollos de software, determine claramente de quien será la propiedad intelectual, tanto del código ejecutable como del objeto y del código fuente (*Por ej. cesión absoluta de derechos a favor del comprador, licenciamiento de uso no exclusivo, licencia perpetua para el comprador, licenciamiento de software libre, u otro*).

Distinga los siguientes escenarios:

- Si los derechos de propiedad intelectual sobre un software radican en el órgano comprador, precise la forma en que se entregarán los códigos fuente y la documentación asociada, tan pronto esté instalado el sistema. Además regule con claridad la entrega de actualizaciones del software con posterioridad a la primera entrega. Finalmente, incluya la obligación del desarrollador de entregar o eliminar la información asociada al desarrollo.

- Si los derechos de propiedad intelectual los conserva el desarrollador del software, recuerde que el órgano público no recibirá el código fuente. Se sugiere pactar con el tercero una cláusula de depósito del código fuente en una notaría -contrato escrow-, estableciendo los casos excepcionales en que podrá acceder al código (*Por ej. por desaparición de la empresa, negativa a dar soporte o mantención contratada, etc.*).

Tenga en cuenta que el precio del software será mayor si el órgano público conserva con exclusividad la propiedad intelectual.

Si se comprenden up-grades o up-dates (actualizaciones y mejoras), según las bases de licitación, refleje claramente los requisitos para su procedencia.

- **Cláusula de acuerdos de nivel de servicio (SLA)**

En caso de servicios informáticos incluya una cláusula sobre el nivel de servicio que el proveedor se compromete a cumplir, de acuerdo a tiempos realistas, según lo que ofrece el mercado.

Los acuerdos de nivel de servicio deben ser objetivos, medibles y estar relacionados directamente con el servicio que se va a proveer.

No olvide vincular el incumplimiento de los niveles de servicio con medidas concretas como multas, cobro de garantía o término anticipado, según la gravedad.

- **Cláusula de acceso a sistemas**

Si el personal de proveedor requiere acceso a los sistemas del órgano comprador, fije un procedimiento para ello, indicando claramente el tipo de información, sistemas, equipos y lugares sobre los que autoriza el acceso y aquellos que están prohibidos.



- **Cláusula de responsabilidad**

Establezca casos de responsabilidad por hechos imputables al incumplimiento del proveedor. Sin embargo, recuerde que algunas indisponibilidades de servicio pueden deberse a fallas propias del hardware o del software, o son ocasionadas por el usuario o por terceros.

Recuerde que no puede establecer cláusulas que eximan de responsabilidad por incumplimiento o que limiten ampliamente la responsabilidad civil del proveedor, porque implicarían una renuncia anticipada de derechos por parte del órgano público, que no se permite.

- **Cláusulas para servicios Cloud Computing**

Si contrata servicios Cloud Computing realice un examen detallado de las condiciones de seguridad, continuidad y privacidad asociadas. A partir de ello, pondere los riesgos críticos que pueden estar asociados con la operación de tales servicios.

Se sugiere contratar directamente con el prestador del servicio cloud, es decir, con quien se obliga a llevar adelante el servicio (*Por ej. quien almacena la información y protege la confidencialidad de los datos*).

Es importante que el contrato con dicho proveedor considere los estándares de seguridad y continuidad operativa comprometidos, en especial respecto del cuidado de los datos (Por ej. a través del cifrado en su almacenamiento y transmisión).

Incluya obligaciones de transparencia del proveedor, en orden a conocer la ubicación de los servidores que almacenan los datos y de recibir notificaciones oportunas frente a incidentes de seguridad. Es deseable contemplar condiciones para auditar los servicios cloud del proveedor.

Además, indique expresamente el uso de datos permitido para el proveedor y restrinja todo aquél que no guarde relación directa con la prestación del servicio contratado.

Contemple la posibilidad de recuperar y descargar los datos que se encuentren en dependencias o sistemas del proveedor o sus subcontratistas, para poder migrar la información, sin mayores costos, a un nuevo proveedor una vez terminado el contrato.

- **Cláusulas sobre control de cambios**

Cualquier proyecto complejo puede requerir contratos adicionales al contrato principal, para cubrir posibles requerimientos no dimensionados originalmente. Sin embargo, este tipo de contratos pueden significar un cambio en las condiciones originales de la licitación y, por lo tanto, no pueden ser ilimitados y deben definir correctamente el procedimiento de compra aplicable –por regla general, necesitará una nueva licitación pública, a menos que logre configurarse una causal de trato directo-.



En virtud de lo anterior, fije en las bases de licitación un porcentaje máximo para contratos complementarios o para los controles de cambio. El referido porcentaje debe estar en relación con el monto y naturaleza del contrato y/o la complejidad del proyecto que se trate.

En caso que se modifique el contrato, dicha posibilidad debe encontrarse prevista en las bases de licitación y no podrá alterar la aplicación de los principios de estricta sujeción a las bases y de igualdad de oferentes, así como tampoco podrá aumentarse el monto del contrato más allá de un 30% del monto originalmente pactado.

- **Cláusulas sobre gestión del contrato**

Indique en el contrato la constitución de un comité de administración del contrato, compuesto por ejecutivos de alto nivel, con facultades suficientes para poder realizar una adecuada administración del contrato. Dicho comité es independiente del nombramiento de un encargado de proyecto que actúe como contraparte técnica frente al proveedor.

Establezca períodos para que la entidad compradora revise las entregas de las soluciones por el proveedor, a fin de aceptarlas o rechazarlas.

- **Cláusulas sobre contraparte y sus funciones**

Nombre un encargado de proyecto que actúe como contraparte técnica de la empresa proveedora y que reporte al Comité. Se recomienda analizar cuidadosamente las habilidades y conocimientos necesarios para ejercer esta función. En caso de no existir el perfil adecuado en el organismo, se deberá buscar apoyo externo.

- **Cláusulas sobre cierre del contrato**

El cierre del contrato corresponde a la finalización de la relación contractual entre las partes. Es un proceso normal en cualquier relación contractual, sin embargo, cuando la relación ha durado mucho tiempo, puede ocurrir que realizar este cierre no sea simple.

Por esa razón se recomienda incorporar en las bases de licitación y en el posterior contrato, cláusulas que regulen este punto. Dichas cláusulas deben considerar, por ejemplo:

- Calendario de cierre: Establezca un evento o plazo prudencial a partir del cual se entiende que el contrato entre en etapa de cierre.
- Protocolo de fin de contrato: Dicho protocolo –suscrito por ambas partes- contiene el detalle de todas las actividades a realizar y los responsables de cada una de ellas, para lograr un cierre de contrato ordenado. Este protocolo puede incluir, según el tipo de proyecto, elementos como la entrega de códigos fuente, licencias, datos, documentación, soporte técnico, parametrización de sistemas, transferencia de know how, destrucción de información de propiedad del contratante, entre otros.



- Pagos finales: Dentro del esquema de pagos del servicio, una parte debería estar asociada al cumplimiento cabal por parte del proveedor del cierre del contrato. Uno de estos hitos puede ser la firma de un documento donde las partes declaren que el contrato se ha cerrado sin inconvenientes.
- Transición de un contrato a otro: Cuando el contratante externaliza procesos operacionales o de negocio a un privado, el cierre de contrato puede estar asociado al traspaso de las operaciones de un proveedor a otro. En ese caso, incorpore cláusulas en las bases de licitación y en el contrato, de manera que exista una transición colaborativa entre las partes.

• **Cláusulas sobre término anticipado**

Se recomienda que las bases establezcan causales de término anticipado del contrato basadas en incumplimientos objetivos y demostrables, según la naturaleza del servicio contratado, considerándose previamente un plazo razonable para subsanar el eventual incumplimiento. Adicionalmente, se sugiere regular para estos casos la continuidad del servicio, estableciendo plazos y procedimientos que aseguren la transición al igual que para el cierre del contrato.

Las cláusulas de término anticipado por parte de la entidad pública deben ser objetivas y fundarse en el mutuo acuerdo o en incumplimientos graves por parte del proveedor, que se encuentren claramente definidos en las bases de licitación, con el fin de no incurrir en incertidumbre.

iii. **CALIFICACIONES DE PROVEEDORES Y COMPRADORES**

El comportamiento del proveedor durante la ejecución de un contrato es una información útil para futuros procesos de compra de otros órganos públicos. Esa reputación comercial permite conocer mejor a los oferentes, especialmente a los más pequeños y nuevos, y podría ser un criterio de evaluación.

Por su parte, el comportamiento del órgano público comprador también es importante para la confianza de los proveedores, respecto del pago oportuno, el cumplimiento de plazos de validación u otros factores. Para ello, el órgano público podría incorporar una buena práctica de evaluación a su nivel de cumplimiento como comprador, por parte de sus proveedores.

iv. **COMITÉ DE ADMINISTRACIÓN Y ENCARGADO DE PROYECTO**

Para la correcta ejecución de contratos tecnológicos complejos se recomienda que el órgano comprador constituya un comité de administración, de alto nivel, con facultades suficientes para realizar una adecuada gestión del contrato.

Además, se sugiere nombrar un Encargado de Proyecto, que actúe como la contraparte técnica del órgano público frente al proveedor y que reporta directamente al comité de administración. El perfil de este funcionario debe contar con las habilidades y



conocimientos necesarios para ejercer correctamente la función, de lo contrario busque apoyo externo.

v. MONITOREO DEL PROYECTO

Los contratos deben establecer períodos para que el órgano comprador revise las entregas de las soluciones por el proveedor, a fin de aceptarlas o rechazarlas.

Además, si el proyecto lo amerita, se recomienda realizar una inspección técnica a través de la opinión de un tercero confiable, para monitorear el avance del proyecto y proponer medidas de mitigación.

vi. TRANSICIÓN DE UN CONTRATO A OTRO

En ciertos servicios en que el órgano contratante externaliza procesos operacionales o vinculados directamente con sus funciones públicas a un proveedor, el término del contrato puede estar asociado al traspaso de las operaciones de un proveedor a otro.

Por lo tanto, regule una transición colaborativa entre dichos proveedores (*Por ej. que incluya entrenamiento a los agentes del nuevo proveedor, traspaso de procedimientos, apoyo en las nuevas configuraciones de los sistemas de soporte, etc.*).

2. **DÉJESE SIN EFECTO** la Directiva de Contratación Pública N°8 “Instrucciones para la contratación de bienes y servicios relacionados con tecnologías de información y comunicaciones”.

3. **PUBLÍQUESE** en www.chilecompra.cl.

Anótese y Comuníquese,

TRINIDAD INOSTROZA CASTRO
DIRECTORA
DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA



RMZ/RH/CLC/KVR

Distribución:

- División Tecnología y Negocios