

Santiago, lunes veintitrés de enero de dos mil veintitrés

VISTOS:

A fojas 1 comparece doña [REDACTED] abogada, en representación de **THE PEGASUS GROUP COMPANY S.A.**, ambos domiciliados en [REDACTED], comuna de Providencia, quien deduce acción de impugnación en contra de la Resolución Exenta N°2004 de 2 de diciembre de 2022, que aprobó la Intención de Compra de autos, dictada por la Subsecretaría de Salud Pública, denominada “Contratación de Licencias de Software SAS o su Equivalente y Contratación de Servicios Asociados para su Instalación y Configuración”, ID N°50.033.

El objeto de la contratación es la adquisición de licencias de software SAS o su equivalente y servicios asociados que incluyen la instalación, el entrenamiento en uso y la configuración servicio de licencias SAS.

El servicio licitado, se desarrollará en etapas: 1.- Instalación del software y 2.- Servicio asociado a el entrenamiento de uso, por un monto único de \$270.000.000.- y un período de ejecución de 4 meses.

Conforme al punto “Pauta de evaluación”, la ponderación de las ofertas fue la siguiente:

- 1.- Precio ponderado: 89%.
- 2.- Condiciones técnicas de calidad de servicio: 11%.
 - 2.1.- Servicio técnico autorizado: 3,63%
 - 2.2.- Granaría extendida: 7,37%

El período de recepción de las ofertas, se extendió desde el día 2 al 17 de diciembre de 2019.

La Intención de Compra, en su punto “3.6.3. *ADMISIBILIDAD TÉCNICA PRESENCIAL*”, estableció que “*Las ofertas que cumplan con los*

requisitos técnicos declarados en el Anexo B, seguirán a la fase de admisibilidad técnica presencial, en base a casos de uso previamente definidos por MINSAL en el ANEXO E. Las pruebas deberán tener un cumplimiento del 100% de los requerimientos incluidos. Aquel proveedor que en cualquiera de los ítems descritos anteriormente no cumple con alguno de los requerimientos, el proveedor será declarado inadmisibile.”

La actora fundamenta su alegación, en primer lugar, señalando que la Intención de Compra tiene una redacción poco feliz, dado que, en caso de incumplimiento, el pliego de condiciones declara inadmisibile al proveedor y no a su oferta, evidenciando con ello la poca pulcritud de la licitante en la confección de las exigencias que se pretenden.

En segundo lugar, explica que donde se evidencia el vicio arbitrario e ilegal, radica en que los requerimientos establecidos en el pliego de condiciones dan cuenta de exigencias que atentan contra la equivalencia que se pretende en la misma Intención de Compra.

Además, señala que el Decreto 250 de 2004, Reglamento de la Ley N° 19.886, al establecer el contenido mínimo de las bases, se refiere a las especificaciones de los bienes y/o servicios que se quieren contratar, estableciendo expresa y perentoriamente que ellas *“deberán ser genéricas, sin hacer referencia a marcas específicas.”*, Y, poniéndose de quesea necesario establecer marcas, la norma agrega, *“En el caso que sea necesario hacer referencia a marcas específicas, deben admitirse, en todo caso, bienes o servicios equivalentes de otras marcas o genéricos agregándose a la marca sugerida la frase “o equivalente.”*

De este modo, la actora concluye que, según lo establecido por la norma reglamentaria, pueden solicitarse marcas o modelos determinados, pero solo a modo referencial y en ningún caso de manera excluyente.

Agrega que, lo anterior ha sido ratificado por los dictámenes N°s. 1199, de 14 de enero y 7505 de 14 de marzo, ambos de 2019, de la Contraloría General de la República, referidos a la misma materia tratándose de Convenios Marco. Toda esta jurisprudencia, vinculante y obligatoria para todos los organismos sujetos a la fiscalización de Contraloría, indica perentoriamente que las exigencias de lo que se quiere contratar, deberán ser genéricas, sin hacer referencia a marcas específicas, añadiendo que de resultar ello necesario, deben admitirse bienes o servicios equivalentes de otras marcas o genéricos, agregándose a la marca sugerida la frase "o equivalente".

A este respecto, el tercer fundamento de la alegación de la actora consiste en que en el “Anexo E: Pauta de Evaluación” aludido precedentemente deja de manifiesto que la resolución sólo ha incluido formalmente el concepto de “equivalencia”, al realizar requerimientos sólo compatibles con licencias de software SAS. Es decir, en el punto en que la Intención de Compra habla de “*o su equivalente*”, sólo es letra muerta, intentando darle viso de legalidad a un proceso licitatorio en el cual sus bases se han dirigido expresamente a una única marca, un único producto.

En el anexo E, “Pauta de Evaluación”, se pone de manifiesto, en primer lugar, que se divide la solución requerida en los siguientes tipos de requerimientos:

- Requerimientos de software de gestión y modelamiento de datos.
- Requerimientos de software de exploración y visualización de datos

Esta división claramente tiene por objetivo que los requerimientos solicitados para cada uno se cumplan solamente por el proveedor del producto SAS, ya que otros proveedores esquematizan de forma distinta los requerimientos. Es decir, imposible de cumplir si no se es un proveedor del producto SAS y con ello, toda oferta que no provenga de un proveedor del producto SAS deberá ser declarada **inadmisible**. De esta manera se vulnera abiertamente la normativa que regula la materia, como queda de manifiesto.

Además señala eu, en los siguientes puntos se ponen de manifiesto algunas inconsistencias de orden tecnológico, contradicciones entre uno y otro proveedor o lisa y llanamente se solicitan requerimientos que desafían la física, a saber:

“6.- Debe tener un acceso centralizado para administrar el acceso a los datos corporativos, asegurando que cada usuario tenga los privilegios de acceso apropiados”: Para cumplir con este requerimiento, es necesario que se cumpla al menos una de tres cosas:

- Que exista un requerimiento que involucre una herramienta de servidor, que proporcione el acceso a los datos corporativos, de la cual el proveedor del producto SAS no ha entregado ninguna.

- Que exista una arquitectura de bus por detrás que permita gestionar el acceso a la información, lo que se contradice con un punto mencionado posteriormente, en el que se solicita que la herramienta *“debe conectarse a bases de datos SQL Server, Netezza, Oracle, MySQL y Amazon R3 con conectores nativos; además, el software debe permitir incluir y utilizar conectores ODBC y JDBC.”*. Si no existe esta arquitectura de bus, el control de acceso lo deberá proporcionar el sistema de gestión de bases de datos.

- Que exista una arquitectura de permisos por detrás, basada en Active Directory, de la cual el gestor LDAP es una pequeña parte y no comprende la totalidad de la funcionalidad del gestor. Si fuere así, sólo los servicios provistos por la empresa Microsoft podrían competir.

21. Debe generar automáticamente documentación del proceso de generación de modelos: La generación de documentación automática es imposible si es que el proceso de creación de modelos es llevado a cabo de manera manual. Básicamente lo que se está pidiendo es que una computadora pueda entender los pensamientos de un analista de datos para poder generar esta documentación. En el caso de los modelos automáticos, existen proveedores que entregan acceso al flujo de datos, pero eso no se considera documentación per sé.

25. Debe generar código de puntuación C, Java y PMML: En este punto queda de manifiesto que existe una confabulación de proveedores del producto SAS para quitar a otros proveedores la posibilidad de participar en esta licitación con prácticas derechamente ilegales y arbitrarias.

Si bien PMML es un lenguaje estandarizado para compartir modelos de minería de datos soportado por IBM y otros proveedores, y Java tiene bibliotecas que permiten la lectura, generación y ejecución de modelos en PMML, la integración de modelos en lenguaje C es utilizada por compañías del rubro de desarrollo de hardware para incluir modelos predictivos básicos dentro de sus productos.

En el ambiente de salud, por ejemplo, la característica de escritura de PMML tiene valor, por cuanto es posible utilizar estos archivos con otros proveedores, y la característica de escritura de modelos en Java permite integrar modelos descriptivos, predictivos y prescriptivos a aplicaciones Web escritas en este lenguaje, no existe ningún fundamento para solicitar que el proveedor genere integración con código en C. Además, esto contraviene el punto 2, en el cual se especifica que el sistema deberá poseer una interfaz 100% gráfica.

28. Debe generar de forma automática la trazabilidad de los modelos:

Existen dos problemáticas con este punto. La primera es que la trazabilidad de los modelos sólo es factible de generar con modelos básicos (regresiones lineales, árboles de decisión), y la segunda es que la generación automática de la misma debe responder a los modelos de negocios asociados.

38. Permite incorporar visualizaciones interactivas personalizadas (por ejemplo, gráficos D3.js, visualizaciones C3 o gráficos de Google): la mayor parte de las herramientas que desarrollan esto lo hacen como parte de su sistema servidor y no como sistemas de visualización. Esto hace referencia al reclamo inicial de que sólo SAS cumple con esta característica de la forma en que se pide, habiendo otros proveedores que tengan esta funcionalidad, pero con cumplimiento de otra forma. Al no cumplir de la forma establecida en la pauta, deberá ser declarado inadmisibile y sólo podrá adjudicarse a un proveedor del producto SAS. Es decir, la “equivalencia”, una vez más, es letra muerta.

45. Se debe poder agregar contenido de la Web (por ejemplo, vídeos de YouTube, aplicaciones Web) e imágenes (por ejemplo, logotipos) a un informe: la mayor parte de las herramientas que brindan esta clase de herramientas lo hacen como parte de su sistema servidor y no como sistemas de visualización. Esto hace referencia al reclamo inicial de que sólo SAS cumple con esta característica de la forma en que se pide, habiendo otros proveedores que tengan esta funcionalidad.

47. Debe tener aplicación móvil nativa para iOS y Android que permita la vista de los informes online y offline: Si se cuenta con una aplicación móvil, ésta debe formar parte de una herramienta de servidor, para poder obtener estos informes, y no como parte de la herramienta de visualización; y

51. Debe realizar el procesamiento en memoria RAM y distribuir el procesamiento en los nodos de un clúster para mayor rendimiento: Esta característica no forma parte del requerimiento del software de exploración y visualización de datos, sino que parte del sistema de servidor. De ser así, lo que se espera es una aplicación monolítica, que a) no es lo que se está ofreciendo, por ende, SAS tampoco cumpliría con la oferta. Es decir, evidencia la poca pulcritud a la hora de establecer los requerimientos que, de no ser cumplidos, conllevan la inadmisibilidad de la oferta.

De los puntos enumerados anteriormente, la actora señala que, queda de manifiesto la intención de la autoridad de salud en orden a preferir, a priori, a un proveedor con el cual ya se ha contactado, más aún, no habiéndose realizado una consulta al mercado.

Además señala que, la Resolución Exenta N° 2004, al establecer estas exigencias arbitrarias e ilegales, ha vulnerado también el principio de libre concurrencia e igualdad de los oferentes consagrado en el artículo 9° de la Ley N° 18.575, principio que constituye un instrumento legitimador de los procedimientos licitatorios, puesto que permite aumentar la competitividad de los concursos y a la Administración aumentar las posibilidades de obtener una mejor calidad o precio de lo solicitado.

Señala que, que la entidad licitante al establecer el requisito referido a una única marca y modelo, ha vulnerado el artículo 22 N° 2 del Reglamento de la Ley N° 19.886 y ha transgredido el principio de legalidad que se fundamenta en los artículos 6° inciso 1° de la Constitución Política de la República y 2° de la Ley N° 18.575, en cuanto la Administración debe sujetar el ejercicio de sus potestades a la ley y el derecho, lo que no ocurrió en esta oportunidad.

Además, se ha vulnerado el principio de libre con concurrencia de los oferentes al llamado administrativo establecido en el artículo 7° inciso 3° de la Ley N° 19.886 y el principio de igualdad de los oferentes establecido en los artículos 6° de la Ley n° 19.886 y 20 del Reglamento.

Finaliza la actora, solicitando al Tribunal, tener por interpuesta acción de impugnación en contra de la Resolución Exenta N°2004 de 2 de diciembre de 2022, que aprobó la Intención de Compra para la contratación de licencias software SAS o su equivalente y contratación de servicios asociados para su instalación y configuración, dictada por la Subsecretaría de Salud Pública, solicitando se deje sin efecto dicha resolución y, en definitiva, se dicte una de reemplazo, en la cual se modifiquen las exigencias establecidas en el “Anexo E: Pauta de Evaluación”, con expresa condena en costas a la demandada.

A fojas 27, el Tribunal declaró inadmisibile la demanda para que sea corregida.

A fojas 28, la actora corrigió el libelo, dentro de plazo.

A fojas 31, el Tribunal tuvo por cumplido lo ordenado a fojas 27 y requirió informe a la entidad demandada.

A fojas 36, comparece don [REDACTED] abogado, Jefe de la División Jurídica, en representación de la Subsecretaría de Salud Pública, todos domiciliados para estos efectos en [REDACTED] comuna de Santiago, quien solicita tener presente el informe requerido en los términos que se pasan a exponer:

La entidad licitante expone que, la actora señala en su demanda que en el “Anexo E: Pauta de Evaluación”, se hacen una serie de requerimientos, que a su juicio, solo podrían ser cumplidos por el proveedor del producto SAS, ya que otros proveedores esquematizarían de forma distinta los requerimientos señalados.

Agrega que, la exigencia de que el software tenga acceso centralizado para administrar el acceso a los datos corporativos, asegurando que cada usuario tenga los privilegios de acceso apropiados, y una serie de requerimientos técnicos posteriores asociados, sólo tendrían por objeto que la intención de la autoridad de salud sea preferir a priori a un proveedor con el cual ya se ha contactado, no habiéndose realizado una consulta al mercado.

La Subsecretaría de Salud Pública, informa explicando que, como contratante, se encuentra facultada para realizar estas exigencias técnicas sin que puedan ser estimadas como ilegales o arbitrarias, pues la mayoría de estos requisitos tienen por objeto procurar la eficiencia en la administración de los recursos públicos destinados, así como las exigencias que por su parte tiene esa Subsecretaría en la solución de problemas de carácter informáticos, en sus distintas funciones desplegadas a lo largo del país.

Indica que, no obstante la alegación de ilegalidad interpuesta por la actora en contra de la Intención de Compra de autos, con fecha 11 de diciembre de 2019, a través de la plataforma www.mercadopublico.cl, pudo constatar que la empresa The Pegasus Group Company S.A. ofertó en la presente Gran Compra, manifestando expresamente con ello, que reúne los requisitos y condiciones establecidos en los anexos contenidos en la Pauta de Evaluación contenidas en la Resolución Exenta N°2004 que aprueba la Intención de Compra para la contratación de licencias de software SAS o su equivalente y Contratación de Servicios asociados para su instalación y configuración, Convenio ID 2239-7-LP14, que se encuentra impugnando ante este Tribunal.

Concluye que lo anteriormente señalado, no resulta coherente de ninguna manera, con que junto con impugnar el citado acto administrativo de Intención de Compra, a la vez el actor haya ratificado la oferta realizada y suscrito los diversos anexos en donde expresamente manifiesta reunir las mismas condiciones que supuestamente importarían un atentado al principio de igualdad entre los oferentes o que supondrían según su postura, beneficiar a un proveedor en particular.

Finalmente, solicita al Tribunal, en base a estas consideraciones, tener por informado lo solicitado.

A fojas 96, el Tribunal tuvo por evacuado el informe requerido a la entidad licitante.

A fojas 103, el Tribunal recibió la causa a prueba.

A fojas 122, y habiéndose certificado previamente que no hay diligencias pendientes, se citó a las partes a oír sentencia.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO

PRIMERO : Que, según los antecedentes descritos en lo expositivo de esta sentencia, la cuestión sometida al conocimiento y resolución del Tribunal consiste en determinar, si la entidad licitante demandada, **SUBSECRETARIA DE SALUD PUBLICA**, incurrió en ilegalidad y arbitrariedad, en la dictación de la Resolución Exenta N°2004 de fecha 2 de diciembre de 2019, que **“APRUEBA INTENCIÓN DE COMPRA PARA LA CONTRATACION DE LICENCIAS DE SOFTWARE SAS O SU EQUIVALENTE Y CONTRATACION DE SERVICIOS ASOCIADOS PARA SU INSTALACION Y CONFIGURACION”** del **CONVENIO MARCO** denominado **“HARDWARE, LICENCIAS DE SOFTWARE Y RECURSOS EDUCACIONALES DIGITALES” ID2239-7-LP14**.

SEGUNDO :Que, cabe considerar como antecedente que, la entidad licitante demandada, la Subsecretaría de Salud Pública, dictó la Resolución Exenta que aprobó la Intención de Compra del Convenio Marco a que se ha hecho referencia en el considerando precedente, en la que se establecieron los Términos de Referencia y las Especificaciones Técnicas que la regularon, con el fin de contar con un buen sistema de información de salud, para lo cual se hacía necesario reformar el modelo de atención para una salud digna y oportuna, considerando la reorganización de la atención de salud, a través de

la innovación institucional, modernización de los servicios de salud y de gestión, introduciendo nuevas tecnologías, para lo cual se requiere optimizar y perfeccionar los procesos de automatización para la captura, validación de datos e información en el origen, definir, desarrollar y potenciar protocolos y estándares que sirven para capturar datos entre las distintas aplicaciones existentes en salud y sobre todo, mejorar las salidas de información, verificando la pertinencia, confiabilidad, oportunidad y usabilidad de ésta como una herramienta tecnológica adecuada, amigable que sea de fácil utilización por parte de los demandantes usuarios de la información.

TERCERO: Que, el numeral “**2.- OBJETIVO GENERAL**” de los Términos de Referencia de la Intención de Compra señala que es la “Adquisición de licencias SAS o su equivalente y servicios asociados, que incluyen la instalación, el entrenamiento en uso y la configuración del software.”

Y, el numeral 4 “**ESPECIFICACIONES TECNICAS**” bajo el título “**OBJETIVO**” lo establece como la “Adquisición de soluciones integrales de SAS o su equivalente, que permitan preparar, modelar y explotar los datos desde distintas fuentes de información. En un ambiente colaborativo que facilite el despliegue de información en procesos simples e intuitivos, que permitan la analítica de auto servicio y la exploración visual. Que fomenten la colaboración interdepartamental, los trabajos con geo análisis y el desarrollo de reportería interactiva.”

CUARTO: Que, en cuanto a la alegación del demandante de que en la redacción del punto 3.6.3 “**ADMISIBILIDAD TECNICA PRESENCIAL**” de los Términos de Referencia de la Intención de Compra, se habría confundido la expresión proveedor con oferta, pues no era posible declarar inadmisibles al proveedor, sino que a la oferta presentada por el mismo.

Al respecto cabe señalar que, dicho punto de los Términos de Referencia establece que, “Las ofertas que cumplan con los requisitos técnicos declarados en el anexo B, seguirán a la fase de **admisibilidad técnica presencial**, en base

a casos de uso previamente definidos por MINSAL en el ANEXO E. Las pruebas deberán tener un cumplimiento del 100% de los requerimientos incluidos. Aquel proveedor que en cualquiera de los ítems descritos anteriormente no cumple con alguno de los requerimientos, el proveedor será declarado inadmisibles.”

QUINTO: Que, el artículo 2 N°25 del Decreto de Hacienda N°250 de 2004, Reglamento de la Ley N°19.886 define al “Proveedor” como la “Persona natural o jurídica chilena o extranjera o agrupación de las mismas, que puedan proporcionar bienes o servicios a las entidades.” Y, esa misma disposición reglamentaria en el N°22 define al “Oferente”, como el “Proveedor que participa en un Proceso de Compras, presentando una oferta o cotización”.

De tal manera que, del examen de los numerales de la disposición reglamentaria antes señalada se colige que contrario a lo afirmado por el demandante en su libelo, no existe tal confusión entre ambas expresiones, las que son consistentes y complementarias entre sí, puesto que tal como lo señala la disposición reglamentaria que define el oferente, el proveedor queda comprendido dentro de ese concepto, que es quién presenta la oferta. Por lo que la expresión “Proveedor” utilizada por los Términos de Referencia en el punto 3.6.3, se encuentra correctamente empleada, ya que está referida al proveedor que hizo la oferta, el que será declarado inadmisibles, en caso de no cumplir con los requerimientos de los ítems que se señalan en el ANEXO E de la Pauta de Evaluación.

SEXTO: Que, en cuanto a la impugnación del demandante de que, en el Anexo E “**Pauta de Evaluación**” de los Términos de Referencia de la Intención de Compra, al referirse a las Licencias SAS, presentaría irregularidades, pues exigiría únicamente esa marca específica, como único fabricante de esas licencias, ya que al señalar “o su equivalente” solo sería para darle aires de legalidad a un proceso en el cual se ha dirigido sus bases exclusivamente a esa marca y a ese único producto, al haber realizado requerimientos solo compatibles con licencias de software SAS, habría transgredido el artículo 22 N°2 del Reglamento de la Ley N°19.886, que establece que los bienes y

servicios que se requieren contratar, deben ser genéricos, sin hacer referencia a marcas específicas.

SEPTIMO: Que, sobre esta materia impugnada cabe considerar que, el artículo 22 “Contenido mínimo de las Bases” del Reglamento de la Ley N°19.886 establece que, “Las Bases deberán contener, en lenguaje preciso y directo, a lo menos las siguientes materias: 2.- Las especificaciones de los bienes y/o servicios que se quieren contratar, las cuales deberán ser genéricas, sin hacer referencia a marcas específicas. En caso de que sea necesario hacer referencia a marcas específicas, deben admitirse, en todo caso, bienes o servicios equivalentes de otras marcas o genéricos agregándose a la marca sugerida la frase “o equivalente.”

Del examen dicha disposición reglamentaria se desprende que, solo se permite hacer referencia a marcas de manera referencial siempre y cuando se admitan ofertas correspondientes a productos equivalentes a otras marcas, para lo cual se tendrá que agregar la frase “o equivalente” seguido de la mención de la marca.

De tal manera que, en caso de que se requiera hacer referencia a marcas específicas, debe admitirse en todo caso en los bienes o servicios equivalentes de otras marcas, adicionándose a la marca sugerida la frase “o equivalente”.

OCTAVO: Que, en el caso de los Términos de Referencia de la Intención de Compra, tanto en la Resolución Exenta N°2004 que la aprobó, como en el **ANEXO E “ PAUTA DE EVALUACIÓN”**, aparecen denominadas como Contratación de “LICENCIAS SOFTWARE SAS O SU EQUIVALENTE” y como Gran Compra de “LICENCIAS SOFTWARE SAS O SU EQUIVALENTE”.

Asimismo, en las Especificaciones Técnicas en el punto 4.2.2 “**LOS MODULOS REQUERIDOS SON**” se establecen los siguientes:

- SAS Enterprise Guide o su equivalente
- SAS Enterprise Miner o su equivalente

-SAS Acces To (5) o su equivalente

-SAS Visual Analytics on Viya o su equivalente.

Y, en el punto 4.2.3 “**LOS SERVICIOS REQUERIDOS SON**”, menciona entre otros, “SAS Enablement Program (4 meses) o su equivalente.

NOVENO: Que, por su parte, las mismas Especificaciones Técnicas en el punto 4.3.2 referido a “**ENTRENAMIENTO DE USO**” señala que, “En relación al Entrenamiento de Uso de las soluciones, se requiere cumplir con al menos las siguientes indicaciones”. Y, en una tabla establece los cursos, duración en días y alumnos.

Respecto de los Cursos, señala los siguientes:

SAS Enterprise Guide o su equivalente

SAS Enterprise Miner o su equivalente

SAS Visual Analytics on Viya Basic o su equivalente

SAS Visual Analytics on Viya Advanced o su equivalente

Y, además en el **ANEXO B “FORMULARIO DE PRESENTACIÓN DE OFERTA TECNICA**, que consta a fojas 18 vta. y en el **ANEXO C “FORMULARIO DE PRESENTACION DE OFERTA ECONOMICA”** a fojas 19, también hacen referencia expresa a la Licencia SAS Visual Analytics (4 Cores) Unidad o su equivalente y a la Licencia SAS Miner (4 Cores) Unidad o su equivalente.

DECIMO: Que, por lo tanto, de los antecedentes a que se ha hecho referencia en los considerandos precedentes queda establecido entonces que, contrario a lo afirmado por el demandante en su libelo, el agregado “o su equivalente” a la referencia a la Licencia Software SAS, no solo puede considerarse como una expresión formal que aparece denominada en la Resolución que aprobó la Intención de Compra y en el Anexo E Pauta de Evaluación, sino que además se encuentra establecida en el contenido de los módulos y servicios requeridos y para el entrenamiento de uso de sus soluciones. De tal manera que, la licencia software SAS pasa a tener el carácter

de mera referencia, desde el momento que de acuerdo con lo establecido por las propias Especificaciones Técnicas todos los productos y servicios requeridos podían ser equivalentes a ese tipo de licencia. Más aún, los propios Anexos B y C que conforman la Oferta Técnica y la Oferta Económica, también consideran que las presentaciones de esas respectivas propuestas pudieran hacerse con licencias de software equivalentes a la SAS.

DECIMO PRIMERO: Que, en consecuencia, tanto la Resolución que aprobó los Términos de Referencia de la Intención de Compra, así como el Anexo E que establece la Pauta de Evaluación, se ajustaron a lo establecido por el artículo 22 N°2 del Reglamento de la Ley N°19.886, desde el momento que agregaron a continuación de la mención de la contratación de licencias software SAS, la expresión “ o su equivalente”, así como en todos los productos y servicios a que hacen referencia las Especificaciones Técnicas que la regularon; ya que el inciso segundo de dicha disposición reglamentaria permite hacer referencia a marcas cuando se adiciona a continuación de la expresión propia de la marca, la frase “ o equivalente”, tal como ocurrió con dicha Resolución al referirse a la Contratación de licencias Software SAS, así como con la Pauta de Evaluación y con todas las menciones que se hacen de sus productos y servicios que se utilizarán.

DECIMO SEGUNDO: Que, por lo tanto, por el hecho de haberse agregado la frase “o su equivalente”, contrario a lo afirmado por el demandante en su libelo, no pudo haberse afectado el principio de igualdad de los oferentes, desde el momento que al utilizarse tal expresión, cualquiera de los proponentes podía ofertar licencias que tuvieran equivalencia a las de software SAS. De tal forma que, quien hubiera tenido la licencia de software SAS no se encontraba en situación de privilegio frente a sus potenciales oponentes, ni podía existir un trato desigual entre los mismos, ya que de acuerdo con lo establecido en las Especificaciones Técnicas, todos los proponentes cuyas licencias se encontraran en la condición de equivalentes a las SAS podían ofertar la contratación de licencias de software.

Además, tampoco pudo haberse transgredido el principio de libre concurrencia, puesto que al haberse agregado la expresión “o su equivalente”, le restó todo obstáculo o restricción radicada en la mención de esa marca en específico y en consecuencia, no impedía que pudieran concurrir a ofertar en esta Intención de Compra, los potenciales oferentes interesados en participar en ella, aun cuando no contaren con la licencia de software SAS., bastando para ello que solo fuera equivalente a esa clase de licencia

Por lo que, lo impugnado por el demandante en relación con la equivalencia de la licencia de software SAS habrá de ser rechazada.

DECIMO TERCERO: Que, en cuanto a la impugnación del demandante de que en el **ANEXO E “ PAUTA DE EVALUACION”**, de los Términos de Referencia, divide los requerimientos técnicos con el único objeto que se cumplieran solamente por el proveedor del producto SAS, por lo que se hacía imposible poder cumplirlos si no era ese proveedor de la licencia en específico y en consecuencia, toda oferta que no proviniera de dicho proveedor sería declarada inadmisibile, de acuerdo a la normativa del punto 3.6.3 de los Términos de Referencia.

Al respecto cabe considerar que, el punto 3.6.3 a que se ha hecho referencia en el considerando cuarto precedente, dice relación con la fase de “**Admisibilidad Técnica Presencial**”, la que se realizará en base a casos previamente definidos en el **ANEXO E**. Dichas pruebas debían tener un cumplimiento de un 100% de los requerimientos establecidos por la **PAUTA DE EVALUACION”** en el **ANEXO E**. Y, el proveedor que no cumpliera con alguno de esos requerimientos, sería declarado inadmisibile.

DECIMO CUARTO: Que, el **ANEXO E “PAUTA DE EVALUACION”**, establece dos tipos de requerimientos técnicos:

- 1.- Requerimientos Software Gestión y Modelamiento de Datos
- 2.- Requerimientos Software Exploración y Visualización de Datos.

Respecto de los “**Requerimientos Software Gestión y Modelamiento de Datos**”, la parte demandante impugna los siguientes requerimientos en específico:

El número 6, “Debe tener acceso centralizado para administrar el acceso a los datos corporativos, asegurando que cada usuario tenga los privilegios de acceso apropiados”. El número 21, “Debe generar automáticamente documentación del proceso de generación de modelos”. El número 25, “Debe generar código de puntuación C, Java y PMML”. Y, el número 28, “Debe generar de forma automática la trazabilidad de los modelos”.

DECIMO QUINTO: Que, respecto de los “**Requerimientos Software Exploración y Visualización de Datos**”, impugna los siguientes requerimientos:

El número 38, “Permite incorporar visualizaciones interactivas personalizadas (por ejemplo, gráficos D3.js, visualizaciones C3 o gráficos de Google). El número 45, “Se debe poder agregar contenido de la Web (por ejemplo, videos de You Tube, aplicaciones Web) e imágenes (por ejemplo, logotipos) a un informe. El número 48, “Debe tener aplicación móvil nativa para IOS y Android que permita la vista de los informes online y offline”. Y, el número 52, “Debe realizar el procesamiento en memoria RAM y distribuir el procesamiento en los nodos de un clúster para mayor rendimiento.”

DECIMO SEXTO: Que, en relación con cada uno de los requerimientos técnicos descritos en los considerandos precedentes, la parte demandante los impugna dando una serie de explicaciones de carácter estrictamente tecnológico.

Sin embargo, en ninguno de ellos explicita de qué forma dichos requerimientos, en las condiciones en que se encuentran establecidos en la Pauta de Evaluación, afectarían el principio de libre concurrencia, en cuanto a que solo los proveedores de las licencias SAS podrían cumplir con esos requerimientos y no los otros proveedores que presentaran ofertas en la Intención de Compra, ni señala en qué medida dichos requerimientos impugnados constituirían un impedimento para poder cumplirlos. Asimismo, tampoco deja establecido de qué manera dichos requerimientos en la forma que se encuentran establecidos, podrían afectar el principio de igualdad de los oferentes; esto es, que a través de ellos aparezca algún tipo de discriminación

en favor de aquel oferente que ofertara una licencia de software SAS en desmedro de aquellos que presentaran una equivalente a aquella.

DECIMO SEPTIMO: Que, al respecto cabe considerar que el principio de Libre Concurrencia se encuentra establecido por el artículo 8ºbis de la Ley N°18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado que dispone que, “Los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la Ley. El procedimiento concursal se regirá por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato.”

De tal manera que, el principio de libre concurrencia de los oferentes al llamado a una licitación pública consiste en el derecho que tienen los oferentes a presentar sus ofertas a dicho llamado y a que ellas sean consideradas, sin que existan variables que lo obstaculicen o que impidan su participación como nuevos actores en el proceso de contratación.

DECIMO OCTAVO: Que, por lo tanto, del examen de los requerimientos técnicos impugnados por el actor en su libelo a que se ha hecho referencia en los considerandos décimo cuarto y décimo quinto precedentes, no aparece comprobado, por las afirmaciones que hace el demandante respecto de cada uno de ellos, que constituyan exigencias técnicas que obstaculicen, limiten o impidan poder ser cumplidas por aquellos oferentes que pudieran ofertar licencias equivalentes a las del software SAS. Por lo que, el tener que cumplir con tales requerimientos técnicos no constituyen barreras de entrada para ninguno de los proveedores interesados que pudieran participar en la Intención de Compra, ni tampoco para que los oferentes que presentaran ofertas pudieran dar cumplimiento a dichos requerimientos técnicos.

DECIMO NOVENO: Que, además, de las impugnaciones que hace el demandante respecto de cada uno de los requerimientos que cuestiona, no queda acreditado que solo pudieran ser cumplidos por el proveedor que dispone de licencias software SAS. Por lo que, tales requerimientos técnicos en la forma y condiciones establecidos no pueden ser considerados como atentatorios a los

principios de la libre concurrencia y de igualdad de los oferentes, ya que se encuentran concebidos precisamente para poder atender las necesidades técnicas especiales que fueron dispuestas por la entidad licitante para poder cumplir con sus propios fines y objetivos específicos, que son los que han sido reseñados en el considerando segundo precedente, para atender las necesidades públicas en materia de salud de parte del Ministerio de Salud, introduciendo nuevas tecnologías para la modernización de los servicios de salud y su gestión para satisfacer las necesidades de la población en materia de salud pública.

VIGESIMO: Que, en efecto, consta en los antecedentes que obran en autos, que la Intención de Compra cuyos Términos de Referencia y requerimientos técnicos han sido impugnados en estos autos, se llevó a cabo y tanto el demandante, como otros cuatro proveedores, presentaron ofertas en dicho concurso impugnado, tal como consta del print de pantalla del portal mercadopublico.cl, a fojas 145 de autos, que contiene la Apertura de las Ofertas y consta que dichos Términos y requerimientos fueron aceptados por todos ellos, incluyendo al actor.

Además, sus ofertas fueron presentadas sin que hayan tenido impedimentos y restricciones de ninguna especie para poder formularlas y los requerimientos técnicos de la Pauta de Evaluación establecidos por los Términos de Referencia aparecen siendo cumplidos por todos ellos en la forma y condiciones requeridas, incluyendo al demandante y sin que hayan sido impugnados por ninguno de los oferentes durante el desarrollo del proceso de Intención de Compra.

VIGESIMO PRIMERO: Que, además, contrario a lo afirmado por el demandante en su libelo de que en los requerimientos impugnados existiría la intención de preferir a priori al proveedor de licencias software SAS. Del examen de cada uno de dichos requerimientos técnicos, se constata que no aparece comprobado que de acuerdo al tenor y condiciones requeridas pudieran verse favorecidos arbitrariamente los proveedores que ofertaran ese tipo de licencias respecto de otros que pudieran presentar un producto equivalente, ni que existiera alguna circunstancia o requisito de los exigidos que pudiera

constituir una limitación que impidiera la participación de los proveedores que ofertaren licencias software equivalentes a la SAS. Ni que con tales exigencias pudiera verse afectada la posibilidad de concurrir al concurso como oferente.

VIGESIMO SEGUNDO: Que, por otra parte, dichos requerimientos impugnados tal como se encuentran establecidos en la Pauta de Evaluación, tampoco pudieron haber afectado el principio de igualdad de los oferentes establecido en el artículo 8° bis de la Ley N°18.575 en relación con el artículo 20 del Decreto de Hacienda N°250 de 2004, Reglamento de la Ley N°19.886; ya que de las afirmaciones que hace el demandante para intentar explicar su reproche respecto de cada uno de ellos, no aparece comprobado que pudiera haberse transgredido ese principio, puesto que tal como se encuentran establecidos no cabe la posibilidad que pudiera generarse un trato desigual entre el proveedor que presenta una licencia software SAS con respecto de aquel que la presenta en su equivalencia, ni que pudiera haber resultado favorecido con alguno de esos requerimientos impugnados aquel que cuenta con la licencia SAS, ni que quedara en situación de privilegio frente al resto de los potenciales oferentes que hubieren presentado una versión equivalente del producto.

Por lo que, no se encuentra acreditado el establecimiento de diferencias arbitrarias y discriminatorias en favor de aquel oferente que oferte licencias de software SAS.

VIGESIMO TERCERO: Que, en este mismo sentido cabe considerar que, de acuerdo con las normas generales del onus probandi, es el demandante quién debía acreditar las ilegalidades y arbitrariedades, que según sus afirmaciones, se habría incurrido en cada uno de los requerimientos técnicos impugnados a que se ha hecho referencia en el considerando décimo cuarto y décimo quinto precedentes, teniendo en cuenta que es dicha parte quien alega en su libelo la transgresión de los principios de libre concurrencia, de igualdad de los oferentes y de legalidad; ya que el poder haberlas probado constituye un elemento esencial de la controversia, que necesariamente debe ser acreditado por el demandante para que pudiera prosperar su acción interpuesta, por cuanto existe al efecto una presunción de legalidad que debe ser desvirtuada por el propio actor, que es quien pretende impugnarla en esta causa, como son los

Términos de Referencia y la Pauta de Evaluación que estableció los requerimientos técnicos impugnados en esos autos.

VIGESIMO CUARTO: Que, de tal manera que, la carga de la prueba para acreditar las ilegalidades y arbitrariedades que el demandante afirma haberse incurrido en los Términos de Referencia de la Intención de Compra respecto de cada uno de los requerimientos técnicos que fueron impugnados en su libelo, corresponde única y exclusivamente a dicha parte que los alegó en esta causa. Sin embargo, no consta del mérito de autos, por ninguno de los medios de prueba que franquea la ley, ningún antecedente probatorio que permitiera acreditar que cada uno de los requerimientos técnicos impugnados establecidos en la Pauta de Evaluación, contravinieren o afectaren los principios de libre concurrencia, de igualdad de los oferentes y de legalidad, ni ningún otro de los que señala como infringidos, siendo que era imperioso que es el actor quién debía comprobar los hechos y circunstancias de los cuales pudiera concluirse la inobservancia de dichos principios por parte de la normativa de los Términos de Referencia, en lo que se refiere al cumplimiento de los requerimientos técnicos.

Po lo que, las impugnaciones que hace el demandante respecto de los requerimientos técnicos de la Pauta de Evaluación, habrán de ser desestimadas.

VIGESIMO QUINTO: Que, por otra parte, la Intención de Compra o también denominada Gran Compra, aprobada por la Resolución Exenta N°2004 de fecha 2 de diciembre de 2019, cuyos Términos de Referencia, no obstante haber sido impugnados en estos autos, se llevó a cabo, presentando ofertas en dicho concurso cinco oferentes, incluyendo entre ellos al propio actor.

En efecto, consta a fojas 145, Acto de Apertura de las Ofertas, en que aparece entre otros oferentes presentando ofertas en la Gran Compra, el demandante The Pegasus Group Company S.A. Asimismo, consta a fojas 58, **ANEXO B** que contiene el “**Formulario de Presentación de Oferta Técnica**” presentado por ese demandante. Y, a fojas 59, consta el **ANEXO C** “**Formulario de Presentación de Oferta Económica**” presentado por el mismo.

VIGESIMO SEXTO: Que, respecto del Formulario de Presentación de Oferta Económica del demandante, cabe hacer presente en forma especial, que en una **Nota** de su oferta, señala lo siguiente: “Es importante mencionar que la forma de licenciamiento de nuestro producto ofertado RapidMiner es distinta a la marca de la referencia utilizada por el organismo licitante. En este sentido, la Licencia RapidMiner Estudio Large Unidad da cumplimiento cabal a todos los requerimientos técnicos especificados en esta licitación, con la salvedad del requerimiento específico “Debe tener aplicación móvil nativa para IOS y Android que permita la vista de los informes online y offline” a lo cual se da cumplimiento total a través del producto “Licencia pegasus tic mobile user unidad”.

VIGESIMO SEPTIMO: Que, del examen de la nota antes señalada adjunta a la oferta económica presentada por el demandante, constituye un reconocimiento expreso del mismo de que podían presentarse licencias software equivalentes a la licencia SAS, ya que acredita precisamente que es el propio actor quién ofertó una licencia distinta al licenciamiento de software SAS y que fue aceptada por la entidad licitante con tal tipo de licenciamiento, como consta en el Acta de Apertura.

Lo anterior contradice y es inconsistente con lo impugnado por el demandante en su libelo de que la normativa de los Términos de Referencia imponía como única marca y producto la licencia software SAS, desde el momento que es el propio actor quien deja establecido en su oferta económica que su producto ofertado no era el de la marca de licenciamiento SAS de los Términos de Referencia y que no tuvo ningún obstáculo para presentar una licencia software diversa equivalente a la SAS Y, más aún señala en dicha Nota, que con tal marca de licencia dio cumplimiento a todos los requerimientos técnicos de la Pauta de Evaluación. Y, que uno de esos requerimientos fue cumplido con un producto de su propia marca.

VIGESIMO OCTAVO: Que, estas inconsistencias entre sus productos ofertados con respecto a las impugnaciones que hace de los requerimientos técnicos de la Pauta de Evaluación, se encuentran corroboradas en la presentación de su propia Oferta Técnica, ya que del examen del ANEXO B que la contiene, se constata que presentó la Licencia SAS Visual Analytics (4

Cores) Unidad o su equivalente y la Licencia SAS Miner (4 Cores) Unidad o su equivalente, que son las mismas requeridas por la Pauta de Evaluación impugnada. Por lo que, al haber ofertado las licencias software SAS antes descritas demuestra que podían ser presentadas, contradiciendo sus alegaciones de que solo podía hacerlo el proveedor que contara con dicha licencia. Además, con la presentación de dichas licencias acredita que no existía impedimento para que cualquiera de los oferentes pudiera cumplir los requerimientos técnicos establecidos por la Pauta de Evaluación en igualdad de condiciones. Por lo que, se confirma el hecho que por el cumplimiento de tales requerimientos no resultaba afectada la libre participación de los proveedores en la Intención de Compra, ni que alguno de ellos quedara en situación de desmedro frente a los demás.

VIGESIMO NOVENO: Que, por consiguiente, las impugnaciones del demandante de que los Términos de Referencia de la Intención de Compra, y los requerimientos técnicos de la Pauta de Evaluación se encontraban establecidos para un único proveedor que contara con licencia software SAS y que solo podían ser cumplidos por el mismo, aparece siendo desvirtuado por lo expresado por el propio demandante en su Nota de su Oferta Económica y por la presentación de su Oferta Técnica, en que queda establecido que no existía impedimento para poder presentar licenciamientos que fueran equivalentes al de software SAS y que los requerimientos técnicos podían ser cumplidos con otro tipo de productos distintos y que por lo tanto, al no existir barreras de entrada para poder presentarlos como equivalentes al requerido, no podían verse transgredidos los principios de libre competencia, ni de igualdad de los oferentes, ni menos aún el de legalidad impugnados por el demandante en su libelo, lo que corrobora la inconsistencia y carencia de fundamento de tales impugnaciones.

TRIGESIMO: Que, lo expresado y analizado en las motivaciones que preceden y las conclusiones a que se ha arribado no resulta contradicho por las demás pruebas aportadas por las partes en este proceso, ni tampoco requiere un análisis más pormenorizado de las mismas para sustentar la decisión que se adoptará.

Y, conforme a los fundamentos expresados en los considerandos precedentes, la normativa legal y reglamentaria que rige los procedimientos de contratación pública y el mérito de los antecedentes que obran en autos, la actuación de la entidad licitante en la dictación de la Resolución Exenta N°2004 de fecha 2 de diciembre de 2019, que aprueba la Intención de Compra y sus Términos de Referencia y Especificaciones Técnicas, no puede ser calificada de ilegal y arbitraria, desde el momento que tanto en su denominación como en el contenido de sus normas, se ajustaron a lo dispuesto por el artículo 22 N° 2 del Decreto de Hacienda N° 250 de 2004, Reglamento de la Ley N° 19.886 y sus requerimientos técnicos establecidos en la Pauta de Evaluación podían ser cumplidos en forma igualitaria por todos proveedores que participaran en la Intención de Compra, no existiendo en sus contenidos limitantes que pudieran impedir la presentación de licencias equivalentes y/ o distintas a las de software SAS, ni que a través de ellos pudieran verse favorecidos los proveedores que ofertaran las Licencias SAS en desmedro de los que ofrecieran licencias equivalentes. Por lo que, sus normativas se ajustaron a los principios de libre competencia, de igualdad de los oferentes y a los de legalidad; ya que se conformaron a los procedimientos que regulan la Intención de Compra establecidos en la Ley N° 19.886 y su Reglamento, motivos por los cuales la demanda de autos habrá de ser rechazada.

Por estas consideraciones, disposiciones legales y reglamentarias citadas y visto, además, lo previsto en los artículos 1°, 10°, 24 y 27 de la Ley N° 19.886; lo dispuesto en los artículos 2, 20 y 22 del Decreto de Hacienda N° 250 de 2004, reglamentario de la Ley N° 19.886 y lo establecido en los artículos 144 y 170 del Código d Procedimiento Civil; **SE DECLARA:**

1°.- Que, **SE RECHAZA** la acción de impugnación de fojas 1 a 8 y su corrección de fojas 28 a 30 de autos, deducida por doña [REDACTED] en representación de **THE PEGASUS GROUP COMPANY** en contra de la **SUBSECRETARIA DE SALUD PUBLICA**, con motivo de la **INTENCION DE COMPRA PARA LA CONTRATACION DE LICENCIAS DE SOFTWARE SAS O SU EQUIVALENTE Y CONTRATACION DE SERVICIOS ASOCIADOS PARA SU INSTALACION Y CONFIGURACION**, del **CONVENIO MARCO**

denominado **“HARDWARE, LICENCIAS DE SOFTWARE Y RECURSOS EDUCATIVOS DIGITALES” ID 2239 – 7- LP14.**

2°.- Que, no se condena en costas a la parte demandante por estimarse que ha tenido motivo plausible para litigar.

Notifíquese la sentencia por correo electrónico a los apoderados de las partes, la que conforme a lo dispuesto en el artículo 3° N°5 letra c) de la Ley N°21.394, que agrega un inciso final al artículo 49 del Código de Procedimiento Civil, se entenderá practicada desde el momento de su envío.

Redacción del Juez Titular señor Francisco Javier Alsina Urzúa.

Registrarse y archívese en su oportunidad.

Rol N°369-2019

Pronunciada por los Jueces Titulares señores Álvaro Arévalo Adasme, Pablo Alarcón Jaña y Francisco Javier Alsina Urzúa.

En Santiago, a veintitrés de enero de dos mil veintitrés, se agregó al Estado Diario la resolución precedente, por el hecho de haberse dictado sentencia.

