

C.P.C. N°

897/261

ANT: Consulta del Director de la Central de Abastecimiento del S.N.S. sobre nuevo sistema de propuestas.

MAT: Dictamen de la Comisión.

SANTIAGO, 13 ABR 1994

1.- Don Rafael Solís Canton, Director de la Central de Abastecimiento del Servicio Nacional de Salud, expresa que en la adquisición de medicamentos, equipos, instrumental e insumos en general que debe efectuar para los Organismos que integran el Sistema de Salud actúa, por imperativo legal, a través de propuestas públicas, resultando fundamental para el adecuado cumplimiento de ese objetivo, obtener los precios más bajos del mercado.

2.- Agrega que no siempre la Central de Abastecimiento ha podido realizar sus compras a precios convenientes, pues en algunas oportunidades las ofertas en las licitaciones públicas se hacen a precios superiores a los de mercado, entendiéndose por tal el ofrecido por los proveedores a los Hospitales y Servicios del Sistema Nacional de Salud.

En atención a lo expuesto, el Departamento de Operaciones y la Asesoría Jurídica de la Central de Abastecimiento, han elaborado dos nuevos sistemas de propuestas públicas, denominados, una de "segundo sobre" y, la otra, "proceso electrónico a la baja o de Bolsa", de modo de proteger en mejor forma los intereses de la Central, modificando, además, el sistema tradicional de propuestas públicas en plaza y de importación, de acuerdo a las siguientes modalidades:

2.1. Bases administrativas de presentación a Propuesta Pública en plaza y de importación vigentes.

Son los sistemas tradicionales, actualmente en uso, que se modificarían fundamentalmente en dos aspectos:

a) Señalar un precio máximo a pagar por medicamento en cada llamado a licitación, utilizando como referencia el precio de mercado, ya definido, modalidad que permitiría, además, determinar con anticipación la cantidad de medi-

camentos e insumos que es posible adquirir con los recursos disponibles.

b) Si el proveedor favorecido vende a terceros en mejores condiciones que las ofrecidas en la licitación, la Central estaría facultada para modificar la orden de compra incorporando tales precios, pactados con terceros, que el proveedor debe aceptar.

2.2. Propuesta Pública de segundo sobre.

Abierta la propuesta y conocida la oferta de todos los competidores que han participado en la licitación, se acepta una segunda oferta en sobre cerrado, en la que deberá proponerse un menor precio unitario que el indicado en la propuesta misma.

La Central de Adquisiciones se reserva el derecho de aceptar cualquiera de ellas, aunque no sea la de más bajo precio.

2.3. Propuesta Pública en sistema Electrónico.

Consiste en una "oferta técnica" que debe hacer el oferente, sin indicar precio, referida a las mercaderías señaladas en el llamado a propuesta, individualizadas por sus nombres, unidades y demás especificaciones pedidas.

El día de la apertura de la propuesta, los oferentes proponen un precio unitario por el producto o ítem licitado, a través de una pantalla computarizada, receptora de las ofertas.

Recibidas las ofertas de precio a través de la pantalla receptora, todos los oferentes tendrán un lapso de tiempo adicional para mejorar, a través del mismo sistema, las ofertas hechas hasta ese momento y por ellos conocidas.

Extinguido el lapso asignado para mejorar las ofertas, no se aceptará ninguna otra, debiendo certificarse por la Central la totalidad de las ofertas recibidas y la de menor precio.

Para todos los efectos de la propuesta, se considerará como la mejor oferta, la de menor precio, circunstancia que se acreditará por carta certificada entregada al oferente seleccionado o favorecido.

3.- Acompaña a su presentación informe del Subdepartamento de Comercialización de la Central de Abastecimiento, en el que se expresa que existe a su respecto una competencia

desleal de parte de los proveedores, al no cumplirse, en algunos items, las economías de escala en las que, por volumen, se obtienen mejores precios.

4.- Solicitado informe al señor Fiscal Nacional Económico, expresa lo siguiente:

a) En relación con las bases administrativas de presentación a propuesta pública en plaza y de importación, no existe inconveniente para que en cada llamado a licitación se señale por la Central de Abastecimiento un precio máximo a pagar por cada medicamento cuya compra licita sobre la base del llamado "precio de mercado", reservándose la Central el derecho de rechazar todas las ofertas y declarar desierta la propuesta.

En cambio, no resulta admisible, en su opinión, obligar al proveedor a aceptar un precio diferente al de adjudicación, modificando con posterioridad y unilateralmente la orden de compra en aquéllos casos en que el proveedor venda a terceros el mismo producto a precios menores que aquél en que se adjudicó la propuesta.

Agrega el señor Fiscal que si bien puede llegar a establecerse un precio de mercado, la realidad indica que los precios de venta de los laboratorios y distribuidores mayoristas están sujetos a múltiples variaciones derivadas de estacionalidad, ofertas, descuentos por volumen, por pronto pago etc., de manera tal que resultaría muy difícil, por no decir imposible, establecer cuál es el mejor precio al que un proveedor ha vendido tales productos pues ello dependerá en la práctica, de las condiciones de cada venta misma.

El dictamen N° 643/353, de 1988, que invoca el señor Director de la Central de Abastecimiento, en el que se dijo por esta H. Comisión que es legítimo pactar en un contrato de suministro que si el proveedor vende en mejores condiciones a terceros deba dar esas mismas condiciones a su contraparte compradora, se refiere a "Bases Administrativas de Presentación a Propuestas Públicas para la Adquisición de Mercaderías con pago de acuerdo a consumo", es decir, se trata de un contrato de tracto sucesivo, diferente del consultado, en que dicha cláusula, previamente convenida, opera durante todo el período de vigencia y cumplimiento del convenio, período indeterminado en el que la propuesta se entiende cumplida cuando se ha pagado el precio convenido con ocasión de cada compra.

Agrega el señor Fiscal que, por dictamen N° 806/374, de 28 de Mayo de 1992, en consulta formulada por la Central de Abastecimiento, esta Comisión, acogiendo la obser-

vación hecha por la Fiscalía de no tener dicha exigencia justificación económica ni de resguardo de los intereses del sistema, ordenó eliminar dicho párrafo, por infringir las normas del Decreto Ley N° 211, de 1973, sobre libre competencia.

b) En cuanto al denominado sistema de "segundo sobre", que operaría en propuestas públicas en plaza, señala el señor Fiscal que esta modalidad es similar a la "nueva oferta", que esta Comisión objetó por Dictamen N° 843/119, de 28 de Enero de 1993, acogiendo una observación hecha por la Cámara de la Industria Farmacéutica de Chile a las Bases Administrativas propuestas en esa oportunidad.

Se trata, básicamente, una vez conocidos los precios ofertados, de solicitar nuevos precios, en el acto de apertura de la propuesta misma, en un segundo sobre, sin llamarse a una nueva licitación, modalidad que esa H. Comisión consideró atentatoria contra la libertad y transparencia de precios que debe existir en toda propuesta pública, pues al existir la seguridad, para todos los oferentes, de una segunda oferta en la que deberán dar a conocer nuevos sus precios después de conocidas las condiciones de venta de sus competidores, se induce a prácticas poco transparentes y/o colusivas de precios.

Diferente es el caso de un segundo llamado a propuesta pública en que los licitantes podrán ofrecer no sólo nuevos precios sino, también, otras condiciones y formas de la venta misma.

c) En lo referente a las Bases Administrativas de presentación a Propuestas Públicas en Sistema Electrónico, se considera como mejor oferta la de menor precio ingresada a la pantalla, a cuyo oferente se le otorgará una carta-certificado que así lo acredite.

En opinión del señor Fiscal Nacional si bien, más que una licitación propiamente tal se trata de una especie de subasta pública o remate, éste sistema no lesiona la libre competencia o concurrencia de proveedores y, por sus características, otorgaría mayor fluidez al mercado comprador de la Central, operando a través de una información directa e inmediata de los precios libremente ofertados, produciéndose la adjudicación en favor del menor precio ofrecido.

5.- Con fecha 7 de Octubre de 1993, esta Comisión confirió traslado del informe del señor Fiscal Nacional a la Central de Abastecimiento del Servicio Nacional de Salud.

6.- Por Oficio N° 6093, de 29 de Octubre del mismo año,

expresa el señor Director del mencionado Servicio, en síntesis, lo siguiente:

6.1. Respecto de la propuesta pública de segundo sobre, la Central busca obtener un precio de mercado justo, adjudicando la oferta a quien proponga el precio más conveniente, en igualdad de condiciones y en el mismo instante en que se abre la licitación.

Se trata de operar con un sistema intermedio, entre el electrónico y el tradicional, para preparar a los proveedores a un sistema competitivo como lo será el de "Bases Electrónicas".

6.2. En cuanto a la facultad de la Central para modificar el precio de la orden de compra con posterioridad a la adjudicación en caso que el proveedor favorecido venda a terceros en mejores condiciones, esta cláusula, pactada previamente, tiende a resguardar la buena fe que debe existir en las relaciones jurídicas, protegiendo no sólo el interés privado sino también el interés público, teniendo presente que en este mercado los precios ofertados a la Central por los proveedores son, frecuentemente, muy superiores a los que en condiciones similares ofrecen a los Hospitales del Sistema Nacional de Servicio de Salud, aún por cantidades muy inferiores.

En todo caso, el dictamen 643/353, de 1988, establece una prohibición de vender, diferente a la propuesta en esta oportunidad.

Situación diferente también es aquélla a que se refiere el Dictamen 806/374, de 1992.

7.- Esta Comisión Preventiva Central escuchó al señor Director de la Central de Abastecimiento en la audiencia del día jueves 11 de Noviembre de 1993 acordando, en la misma oportunidad, conferir traslado de estos antecedentes a la Cámara Farmacéutica de Chile y a la Asociación Industrial de Laboratorios Farmacéuticos Chilenos (A.G.) ASILFA.

8.- A fojas 82, la Central de Abastecimiento acompañó por escrito los antecedentes hechos valer en la audiencia a que se refiere el párrafo anterior.

9.- Por presentación de 31 de Diciembre de 1993, la Cámara de la Industria Farmacéutica de Chile expresa lo siguiente:

9.1. El sistema de segundo sobre sólo constituirá una forma de postergar el conocimiento del verdadero precio a

que están dispuestos a vender los proveedores, pues ninguno de ellos dará a conocer en su primera oferta, el precio final.

El hecho que la Central se reserve la facultad de aceptar cualquiera de los segundas ofertas, sólo puede justificarse por una diferencia de calidad.

9.2. El sistema de propuesta pública electrónica logra determinar el punto de cruce entre oferta y demanda sólo en el entendido que los productos a adquirir sean idénticos entre ellos, como ocurre por ejemplo en el caso de las acciones de una sociedad anónima.

No ocurre lo mismo con los medicamentos, situación que implícitamente reconoce la Central al reservarse el derecho de no pagar el menor precio en el sistema de segundo sobre.

9.3. No es posible efectuar una verdadera comparación de "precios de mercado", si no se mantienen estables todas las condiciones que influyen en el precio, lo que sólo es posible en teoría.

9.4. La determinación de un precio máximo a pagar contradice los principios de la libre competencia pues, en el caso en análisis, la influencia de la Central de Compras en el mercado de los medicamentos es de aproximadamente el 15% de la producción nacional total.

9.5. La facultad de variar unilateralmente el precio por el sólo hecho de vender posteriormente a un precio más bajo, lleva implícita la suposición de que los precios no deben variar, lo que contradice la esencia de lo que es el libre mercado.

10.- A fojas 97, ASILFA señala que el informe del señor Fiscal Nacional, contenido en el Oficio N° 767, de 7 de Octubre de 1993, concuerda con su opinión sobre el tema consultado por la Central de Abastecimiento.

11.- En opinión de esta Comisión, los sistemas de propuestas públicas solicitados examinar a la luz de las disposiciones del Decreto Ley N° 211, de 1973, sobre libre competencia, por la Central de Adquisiciones del Servicio Nacional de Salud, denominados de "segundo sobre" y "licitación electrónica", no contravienen ni infringen las normas sobre libre competencia ni los principios generales establecidos por los Organismos Antimonopólicos para asegurarla.

En efecto, las Bases en estudio aseguran la liber-

tad de los proveedores para participar en dichas licitaciones y proponer las condiciones de venta que estimen más convenientes, resguardándose al mismo tiempo, las funciones de servicio público de la Central.

Las Bases sometidas a consideración de esta Comisión permiten a todos los participantes tener conocimiento directo de la totalidad de las ofertas y condiciones de venta, produciéndose la adjudicación, en el caso de la licitación electrónica, en favor del menor precio ofrecido respecto de productos previamente calificados a través de una oferta técnica de compra, referida sólo a su especificación, y, en el sistema de segundo sobre, aceptar cualquiera de ellas considerando las diferencias de calidad.

Ambos sistemas permiten a los oferentes una segunda oportunidad, en el mismo acto en que se abre la licitación y en igualdad de condiciones, para ofrecer nuevos precios y adjudicarse la propuesta en las condiciones más convenientes para la Central, sin perjuicio de su derecho de rechazar todas las ofertas y declarar desierta la propuesta sin expresión de causa.

12.- En cuanto a la llamada cláusula de la nación más favorecida, la consultante fundamenta su licitud, en la circunstancia de vender los proveedores a la Central a precios mayores que aquéllos ofrecidos a los propios servicios de salud, no obstante tratarse de ventas por cantidades muy superiores, situación que genera una competencia desleal ante la inexistencia de mecanismos de resguardo de la buena fe de los contratantes.

Sin embargo, la cláusula en comento tampoco es objetable pues no altera la competencia y, como se ha manifestado, resulta legítimo que si el proveedor vende en mejores condiciones a terceros deba dar esas mismas condiciones a su contraparte compradora.

No obstante, las circunstancias en que se hará aplicable esta cláusula deben pactarse previamente entre la Central de Abastecimiento y el proveedor, pues no resulta legítimo que la compradora esté facultada unilateralmente para determinar si se infringieron o no las condiciones de la compra, las que siempre deberán ser establecidas en las respectivas Bases de la licitación.

En consecuencia, en opinión de esta Comisión, los sistemas de propuestas públicas denominados "de segundo sobre" y "licitación electrónica" como, asimismo, la denominada cláusula de la nación más favorecida y la modalidad de señalarse un precio máximo a pagar por medicamento en cada

llamado a licitación, no atentan ni entorpecen la libre competencia.

La Central de Abastecimiento del Servicio Nacional de Salud deberá efectuar la modificación correspondiente a la cláusula sobre modificación unilateral del precio de compra acordado en la propuesta, llamada de la nación mas favorecida, la que remitirá a la Fiscalía Nacional Económica para que informe a esta Comisión sobre el cumplimiento del presente dictamen.

Notifíquese al señor Fiscal Nacional Económico y a la Central de Abastecimiento del Servicio Nacional de Salud, adjuntándosele copia certificada de las Bases consultadas; transcribese a la Cámara de la Industria Farmacéutica de Chile A.G. y a la Asociación Industrial de Laboratorios Farmacéuticos Chilenos A.G.

El presente dictamen fue acordado en sesión de 17 de Marzo de 1994, por la unanimidad de sus miembros presentes señores Ricardo Paredes Molina, Presidente; Ricardo Vicuña Poblete, Emanuel Friedman Corvalán, Rodemil Morales Avendaño y Jorge Alfaro Fernandois.

Ricardo Paredes M

Ricardo Vicuña P

No firma don Emanuel Friedman Corvalán, no obstante haber concurrido al acuerdo, por encontrarse ausente.

M. Angelica Ortega
 MARIA-ANGELICA ORTEGO MATURANA
 Secretaria Abogado
 Comisión Preventiva Central