

CPC N° 1230 /

ANT.: Denuncia de Agrícola y Comercial Santa Cecilia S.A en contra de la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas.
Rol N° 418-02 FNE.

MAT.: Dictamen de la Comisión.

SANTIAGO, 16 DIC 2002

1.- Don Luis de la Maza de la Jara, en representación de Agrícola y Comercial Santa Cecilia S.A., ambos domiciliados para estos efectos en Almagro N° 1194, Los Angeles, se ha dirigido a esta Fiscalía Nacional Económica, con el objeto de denunciar actos discriminatorios y atentatorios a la libre competencia, en que habría incurrido la Junta de Auxilio Escolar y Becas, en adelante Junaeb, en la adjudicación de 441.338 raciones alimenticias diarias, mediante la propuesta pública N° 3/2001.

2.- Fundamentando su denuncia señala que con fecha 29 de Octubre de 2001, la Junaeb, adjudicó 441.338 raciones alimenticias diarias de sus programas de alimentación, para ser distribuidas en diversos establecimientos educacionales del país, durante los años 2002, 2003 y 2004. En tal proceso habría incurrido en actos discriminatorios, tanto en la elaboración de las bases administrativas como en la posterior adjudicación, que impidieron una competencia real y equitativa entre las empresas proveedoras de alimentos que participaron en la licitación.

3.- Expone la denunciante la Junaeb en conjunto con la Junta Nacional de Jardines Infantiles, Junji, y la Fundación Educacional para el Desarrollo del Menor, Integra, proveen alimentos en forma gratuita, a diversos establecimientos educacionales de atención a menores u otros ubicados en diferentes zonas geográficas del país.

Para la ejecución de este servicio, la Junaeb llama a licitaciones de carácter público con el objeto de adjudicar el servicio a empresas privadas, que por su cuenta y riesgo suministran las raciones alimenticias en las unidades territoriales asignadas, recibiendo como contraprestación un precio previamente acordado, por cada ración diaria efectivamente entregada.

4.- En forma previa y para poder participar en dichas licitaciones, se llama a las empresas interesadas a participar en el proceso de inscripción en el Registro de Proveedores de Programas de Alimentación de la Junaeb, ya que sólo las empresas que hayan calificado en ese registro pueden participar en la propuesta pública.

5.- De acuerdo a lo que expresa la denunciante, en el mes de abril de 2001, la Junaeb inició el proceso de licitación de 35 unidades territoriales, para las regiones I, II, VII, X y Metropolitana, para los

próximos tres años. La primera etapa se abrió con el llamado a inscripción en el Registro de Proveedores, poniéndose a disposición de los interesados las Bases para participar en dicho proceso de inscripción.

6.- Con el objeto de participar de este proceso, se retiraron las Bases y se remitieron todos los antecedentes exigidos para clasificar en el citado Registro. Con fecha 31 de julio de 2001, la Junaeb le comunicó que su representada clasificó en el registro de Proveedores, con categoría B en el área financiera, lo que significaba que podía optar hasta un máximo de 6 unidades territoriales obteniendo un puntaje de 485,42 en el área de gestión y desempeño.

Sin embargo, en las Bases de inscripción no se contenía ninguna referencia al área de gestión evaluada por la Junaeb, y menos aún la forma como se determinaría el puntaje respecto de ella o de que manera influiría en la posterior adjudicación de raciones.

7.- Precisa la denunciante que sólo cuando conoció su clasificación en el Registro de Proveedores tomó conocimiento de que existía la llamada área de gestión, la cual fue evaluada conjuntamente con la denominada área de desempeño, la que estaba vagamente mencionada en las Bases. Con respecto a la forma de evaluación de estas áreas, la Junaeb informó que este puntaje se componía en un 60% por la pauta de gestión de calidad aplicada en terreno y en un 40% por la información por desempeño y evaluación de clientes, porcentajes que no estaban contenidos en las Bases de inscripción, de manera que fueron totalmente desconocidos para los participantes. Estos antecedentes habrían tenido una singular relevancia en la posterior adjudicación.

8.- La Sociedad Agrícola y Comercial Santa Cecilia S.A. clasificó para el mencionado registro, presentando 650 ofertas a la Junaeb, con un máximo de 6 unidades territoriales por oferta, con estricto apego a las bases administrativas. Con fecha 29 de octubre de 2001, la Junaeb adjudicó las 35 unidades territoriales sometidas a licitación, las que se repartieron entre 10 empresas participantes, dentro de las cuales no se encontraba la denunciante.

9.- Conocidas las ofertas ganadoras y los criterios utilizados para adjudicarlas, la denunciante habría podido constatar la existencia de discriminaciones arbitrarias que afectaron gravemente la competencia entre las empresas participantes e incluso la comisión de ciertas irregularidades durante el proceso de licitación. A modo de ejemplo, señala que las bases de inscripción para el Registro de Proveedores exigían que ninguna empresa postulante podía tener deudas previsionales ni laborales pendientes y que debían otorgar, además, un mandato a la Junaeb para solicitar informes comerciales a Dicom Equifax. Una de las empresas participantes, que clasificó y se le adjudicaron dos unidades territoriales, tenía a la fecha de entrega de antecedentes alrededor de 250 protestos, 25 facturas con morosidad, diez declaraciones previsionales no canceladas e, incluso, una imposición no declarada.

10.- Expresa que respecto a la evaluación del área de gestión, para determinar si una empresa clasificaba o no en el Registro de Proveedores, se señaló en las bases que los participantes debían informar una serie de antecedentes financieros y que serían evaluados

por la Junaeb, liquidez, patrimonio, leverage y, en caso de clasificar, ella determinaría en que categoría calificaba. Esto último era de gran importancia, ya que determinaba el número máximo de raciones o unidades territoriales a que podía acceder cada empresa participante. Es el caso que, junto con la evaluación financiera, la Junaeb efectuó una segunda evaluación, referida a una supuesta área de gestión y desempeño que no estaba concebida en esos términos en las bases. Estas se referían vagamente a una evaluación de desempeño de las empresas participantes, sin hacer referencia a una supuesta gestión o al hecho de otorgar puntaje como resultado de ella. Y, lo que sería más grave, se procedió a ordenar a las empresas según el puntaje obtenido, de manera tal que al analizar las ofertas en el proceso de licitación, se consideraron únicamente aquellas con mayor puntaje.

En consecuencia, la Junaeb ponderó y adjudicó las raciones en función de un elemento que los participantes no conocían y que además no tenían relación alguna con las ofertas propiamente tales y los términos en que estas fueron formuladas.

11.- Por otra parte, según la denunciante, las bases administrativas para licitación de raciones alimenticias no establecen un precio determinado sobre el cual deban formularse las ofertas, ni tampoco un precio mínimo o máximo dentro de los cuales deba ubicarse el precio ofertado. Cada empresa es responsable según sus estructuras de ofrecer un precio atractivo, tanto para sus intereses como para los de la Junaeb, respecto de la raciones que se pretende adjudicar. Una vez publicados los resultados de la adjudicación se dio a conocer a todas las empresas involucradas, la existencia de un precio y ancho de banda cuyos montos eran totalmente desconocidos para la denunciante y que habrían servido de base para adjudicar las diferentes unidades territoriales a las ganadoras.

12.- El precio de la banda sería el precio promedio de todas las ofertas recepcionadas en el proceso, determinado según el programa B-700 N tramo 100-80 alternativa 1, por ser el que contiene más raciones y al parecer el más representativo, y el ancho de la banda, sería el precio mínimo y máximo en relación al precio de la banda que Junaeb estaría dispuesta a examinar. En otras palabras, se sumaron todas las ofertas recepcionadas sin distinguir entre pequeña, mediana y gran empresa, entre unidades territoriales o categorías de empresas, y se fijó un precio promedio en función del cual se evaluarían todas las ofertas.

Se fijaron, asimismo, los precios máximos por sobre el precio de la banda - hasta un 22.5% - y los precios mínimos por debajo del precio de la banda - hasta un 12.5% - en función de los cuales se analizaron las ofertas, antecedente, no contemplado en las bases de licitación.

Esta fijación de precios, al decir de la denunciante sería arbitraria y restringiría gravemente la competencia entre las empresas oferentes, ya que muchas empresas, principalmente las más pequeñas, deben considerar en sus ofertas los costos del servicio, que son claramente superiores al de las grandes empresas postulantes.

13.- Las empresas califican en categorías A, B, C, D, y E, la que determina el número de raciones y de unidades territoriales a las que podrían postular las diferentes empresas. Las más grandes, denominadas macroempresas pueden optar hasta un máximo de 8 unidades territoriales

y las más pequeñas, denominadas para estos efectos pequeñas y medianas, pueden optar a 6, 4, 2 o incluso una sola unidad territorial. Las macroempresas, señala, conocidas por su capacidad operativa, su moderna estructura y principalmente por sus economías de escala, tienen generalmente costos más bajos y, en consecuencia, están capacitadas para ofrecer precios más bajos y más convenientes. Por el contrario las pequeñas y medianas empresas, por el contrario, tienen costos más elevados, sobre todo cuando prestan el servicio en lugares retirados o en una sola unidad territorial, lo cual significa ofrecer precios más altos para cubrir dichos costos.

14.- Haciendo alusión al Dictamen N° 1026, el cual se pronunció sobre la participación de una Universidad en un proceso de licitación, señalando que: "uno de los agentes económicos involucrados que goza de subsidios y franquicias, puede utilizar éstas para entrar al mercado en forma más ventajosa que otros competidores, que no gozan de ellas, produciendo una distorsión indebida del mercado y una discriminación ilegítima desde el punto de vista de la competencia", señala que fue precisamente esto lo que habría ocurrido en este proceso de licitación, porque por una parte se diferencia a las empresas en cuanto a la cantidad de unidades territoriales que se pueden atender y de raciones diarias que pueden proveer, pero se las iguala, para promediar el precio de la banda, con lo cual un agente del mercado, las grandes empresas, tienen beneficios, ya sea de costos u operacionales, que les permiten entrar al mercado en condiciones más ventajosas que el resto de sus competidores. No obstante la arbitrariedad de esta situación, Santa Cecilia quedó ubicada dentro del ancho de la banda fijada por la Junaeb, y aún así fueron rechazadas sus ofertas, pese a que en muchos casos eran más baratas que las ganadoras, lo que atribuye a haber obtenido bajo puntaje en el área de gestión.

Termina solicitando a la Fiscalía Nacional Económica instruir la investigación correspondiente a fin de corregir y reprimir los atentados en que habría incurrido la Junaeb en la propuesta pública N° 3/2001.

15.- En la investigación desarrollada por la Fiscalía, la Junta de Auxilio Escolar y Becas, señaló que a objeto de dar cumplimiento a los objetivos fijados por su ley orgánica, celebra convenios y contratos con distintos organismos previo un proceso de licitación o de propuestas, ya sea pública o privada. Excepcionalmente la Junaeb recurre a la contratación directa. Con el propósito de resguardar y respetar los principios de libre concurrencia de los oferentes y de igualdad ante las bases, Junaeb elaboró las bases administrativas y técnicas correspondientes a la propuesta pública 03/2001 objeto de la denuncia y de la investigación

16.- En atención a las especiales características del servicio de alimentación que debe otorgarse en los establecimientos antes descritos, entre las cuales se encuentran la cantidad de raciones diarias; tipo de las mismas y características nutricionales; análisis de laboratorio; territorio en el cual debe cumplirse y otras exigencias, se estableció un procedimiento de inscripción en un registro de proveedores destinado a verificar la capacidad económica, financiera, administrativa y técnica de las empresas participantes en la licitación.

17.- En este proceso postuló la empresa Agrícola y Comercial Santa Cecilia S.A. presentando los antecedentes y la información exigida. Los antecedentes e información requeridos, son comunes a todas las empresas, diferenciándose solamente si se trata de empresas que están cumpliendo un contrato de servicio de alimentación de aquellas que no tienen contrato vigente. La clasificación corresponde a Empresas, que son aquellas que tiene capacidad para otorgar el servicio de alimentación de más de 10.000 raciones diarias; y Microempresas, que son aquellas que tienen una capacidad y capital para servir hasta 10.000 raciones diarias.

18.- La empresa denunciante clasificó como Empresa, en categoría B, lo que implica una capacidad para atender el servicio en establecimientos ubicados en un máximo de seis unidades territoriales. Según la denunciada, no es efectivo que no tuviera conocimiento oportuno que uno de los conceptos por la cual sería evaluada para su clasificación en dicho registro fuera "Area de Gestión", toda vez que en las bases aludidas, en el párrafo F, N° 2, contemplan como uno de los antecedentes a evaluar, las "visitas a terreno", que tienen por objeto verificar la estructura orgánica, el nivel de experiencia en el servicio de alimentación, y el grado de satisfacción de los principales clientes.

19.- En cuanto a la evaluación de desempeño y área de gestión de Santa Cecilia S.A., señala que las mismas bases en el párrafo "evaluación de desempeño", disponen que la Junaeb evalúa el desempeño de las empresas que no tienen servicio de raciones vigente con la institución, efectuando visitas a los lugares en que efectivamente presten servicios y a sus instalaciones, verificando los procesos utilizados y recogiendo antecedentes de los clientes que la empresa posee. El resultado de la evaluación se informa a las empresas y se notifica en conjunto con la clasificación financiera. Lo anteriormente señalado corresponde a lo que usualmente Junaeb y las empresas con las cuales contrata, han entendido como evaluación de desempeño y evaluación en el área de gestión. Más aún, dichos conceptos han sido explicados y discutidos en reuniones entre funcionarios especializados de Junaeb y los representantes de las empresas concesionarias de los servicios de alimentación, reuniones en las cuales han participado los representantes de Santa Cecilia S.A. Puntualiza que la pauta de evaluación, común para todas las empresas, ha sido construida sobre la base de las normas ISO 9000, que considera los aspectos que se evalúan para medir la gestión de las empresas, normas que deben ser conocidas por los representantes de la empresa Agrícola Santa Cecilia S.A.

20.- Expresa la Junaeb que la denunciante no puede alegar desconocimiento de los conceptos evaluados para su incorporación al registro de proveedores, teniendo en cuenta que mediante carta N° 671, de 31 de julio de 2001, se notificó a la empresa el resultado de su clasificación y evaluación de gestión y desempeño, adjuntándole los documentos de respaldo usados en el proceso, señalándole su derecho a apelar, el que fue ejercido el día 6 de agosto de ese año, adjuntando antecedentes. El recurso fue acogido, lo que permitió que la empresa mejorara su clasificación de 485,42 a 492,86 puntos.

21.- Agrega además que, la Junaeb ha establecido, y así lo ha dado a conocer a todas las empresas que postulan al registro de proveedores, que el puntaje de evaluación se compone en un 60% por la

pauta de gestión de calidad aplicada en terreno y en un 40% a la información de desempeño y evaluación de clientes, calificación que corresponde a una ponderación que debe hacer esa institución con el fin de evitar distorsiones en los antecedentes que eventualmente pudieran presentar las empresas. Dicha evaluación de antecedentes son comunes para todas las empresas, como igualmente los criterios aplicados en su evaluación se establecen de manera objetiva e igualitaria para todos los postulantes al registro, sin discriminaciones arbitrarias.

22.- Respecto a las bandas de precios, señala que las bases administrativas, en su artículo 28, contemplan los requisitos y criterios que la comisión constituida para el análisis de las propuestas técnicas y ofertas económicas, debe considerar para los efectos de la adjudicación. Uno de los criterios que se considera es la banda de precios, la que tiene por finalidad evitar la selección de ofertas que presenten precios que no corresponden a la realidad de los costos del servicio, lo que en definitiva puede afectar el cumplimiento, la calidad y cantidad del servicio de alimentación, los derechos de los trabajadores y las obligaciones con terceros. Asimismo, el límite superior de la banda tiene por objeto facilitar que el conjunto de las ofertas seleccionadas en la adjudicación se ajuste al presupuesto disponible por la ley para dar cumplimiento a los Programas de Alimentación. Junaeb ha adoptado un procedimiento para calcular y determinar si una oferta se encuentra dentro o fuera de dicha banda de precios, el cual se explica en el informe técnico y sus anexos que acompaña.

23.- El precio promedio ponderado, según la Junaeb, en ningún caso se puede considerar que constituya una fijación de precios arbitraria que restrinja gravemente la competencia entre las empresas oferentes o que determine un precio máximo o mínimo de cada ración, por cuanto este precio promedio ponderado es calculado a partir de las ofertas presentadas en la licitación por las propias empresas oferentes y, por lo tanto, no puede ser conocido con antelación a la formulación de las ofertas. De hecho, se presentan sobre 20.000 ofertas económicas con precios diferentes, lo que prueba que es el propio mercado el que proporciona el precio medio ponderado de referencia para determinar la banda utilizada.

24.- Para la selección de las ofertas y precio de las raciones, la Junaeb señala que efectuó la selección de las ofertas más convenientes para la ejecución del servicio de alimentación, apoyándose en un modelo matemático diseñado por académicos de la Facultad de Ingeniería de la Universidad de Chile, que permitió analizar aproximadamente 848 escenarios de combinaciones de ofertas que cubrían la totalidad del territorio licitado. Es así como el modelo busca optimizar una solución para todas las unidades territoriales comprendidas en la licitación y no el precio más conveniente para una unidad territorial determinada. Este modelo matemático, a través de la aplicación de un proceso computacional automatizado y la participación anónima de cada empresa en el proceso, en donde la identidad de las mismas es conocida sólo después de la adjudicación, impide la subjetividad en la selección de ofertas y protege de esta forma a los diversos oferentes. De esta forma, la adjudicación se rige plenamente por lo establecido en los artículos 28 y 29 de las bases administrativas. Estas normas contemplan un límite máximo de adjudicación del 18% del total de las raciones en todo el país a una

sola empresa; cumplimiento del 85% del proyecto técnico; precio; banda de precios; precios por tramo de servicio; descuento por mayor servicio; restricciones presupuestarias; desempeño en el otorgamiento del servicio de alimentación y en la gestión de la empresa; alternativas de estructura alimentaria; aumento en frecuencia alimenticia y operacional; límite de empresas por región y clasificación de empresa.

Finaliza señalando que no existen barreras de entrada para participar de las licitaciones que anualmente se realizan, por cuanto el Registro de Proveedores está abierto a cualquier agente económico que desee postular y representa una medida regulatoria que busca acreditar las condiciones de idoneidad de los futuros oferentes. Estas normas son públicas y se encuentran reglamentadas en las "Bases para la Inscripción y Actualización para el Registro de Proveedores del Programa de Alimentación Escolar".

Respecto de la transparencia de la información, Junaeb expresa que tiene una política de total transparencia de la información, manteniendo una página Web, de la que se pueden extraer las bases de inscripción de registro y las bases administrativas de cada licitación en curso. De tal manera que no es efectivo que haya utilizado criterios de adjudicación desconocidos y subjetivos y en ningún caso ha vulnerado el principio de igualdad ante la información que debe imperar en una licitación pública.

En cuanto a la facultad de Junaeb de aceptar cualesquiera de las ofertas presentadas, aunque no ofrezca el precio más bajo, según lo establece el artículo 30 de las bases administrativas, se justifica porque se está comprando un producto que guarda directa relación con la salud y la alimentación de sectores vulnerables de la población.

25.- Planteados de esta forma los hechos, de acuerdo al informe del Sr. Fiscal se pudo establecer en la investigación que:

a) En las bases para la Inscripción y Actualización para el Registro de Proveedores del Programa de Alimentación Escolar, el acápite denominado "De los requisitos para la evaluación", de su número 2, letra g), según lo allí consignado, no se puede inferir claramente que se refiera al área de gestión y menos aún cuáles serán los parámetros que se van a utilizar para dicha evaluación, tampoco se precisa que el puntaje que se asignará corresponde a un 60%.

De lo anterior se desprende, según este informe, que para establecer condiciones de igualdad de acceso y transparencia deberá establecerse claramente el índice, medida o fórmula objetiva que permita a los postulantes conocer anticipadamente la forma y los parámetros bajo los cuales se evaluará la visita en terreno, señalando cuál será el porcentaje que se le asignará dentro del total a ponderar.

b) La misma observación es aplicable al acápite referido a la evaluación de desempeño, ya que no señala en las bases de postulación al Registro de Proveedores, cuáles van a ser las evaluaciones que se van a efectuar, las pautas de evaluación comunes a todos los postulantes, los sistemas de evaluación de desempeño, de la experiencia e inversión en

26.- En cuanto el tema también se plantea en relación a la adjudicación, de acuerdo al informe del Sr. Fiscal, conforme señala el artículo 28 de las bases administrativas, referido a este aspecto, para evaluar las ofertas presentadas se tendrá en consideración: precio, banda de precios. En este sentido, según el informe, es necesario que se defina claramente en que consiste la banda de precio y cuál será la forma de

calcularla, dejando preestablecido respecto de que tipo de raciones se calcula, en que caso se considerará que una oferta quedará clasificada fuera de la banda y como se estimaran los costos esperados en los precios vigentes para determinar el rango inferior de la banda.

27.- Dentro de esta misma materia, en cuanto , se establece en el artículo 30 que "Junaeb se reserva el derecho de aceptar cualesquiera de las ofertas presentadas, aunque no ofrezca el precio más bajo, o rechazarlas por razones presupuestarias o de interés de la Institución para el mejor desarrollo de los Programas", según el informe elaborado por la Fiscalía Nacional Económica, esta discrecionalidad con que la Junaeb calificaría la viabilidad y conveniencia de las ofertas no constituye ciertamente un criterio de adjudicación objetivo, general y uniforme, a menos que éste referido expresa, directa e inequívocamente a parámetros técnicos, lo que no ocurre en la especie, por cuanto bastaría a la Junaeb señalar que determinada oferta no se ajusta al interés de la Institución para dejarla fuera de concurso, con lo cual se vulnera abiertamente el principio de la igualdad de los oferentes y se configura un arbitrio que contraviene el Decreto Ley N° 211. Las causales de rechazo o exclusión debieran estar previa y claramente determinadas, a fin de que la decisión de postular a la licitación se adopte sobre elementos de análisis seguros y conocidos.

28.- No obstante lo expuesto en el informe precedentemente transcrito, esta Comisión, en este caso en particular es de opinión que, son justificadas las razones que expresa la Junaeb para atribuirse esta discrecionalidad ya que es aceptable el argumento señalado por esta institución de que lo que se está comprando es un particular producto que guarda directa relación con la salud y la alimentación de sectores vulnerables de la población, donde obviamente, el precio no necesariamente es el factor principal.

En consecuencia, analizados los cargos y descargos, teniendo en consideración el Informe del Fiscal y atendido que en la página Web de la Junaeb, la inscripción y Clasificación para el Registro de Proveedores de los Programas Alimenticios, ha incorporado las recomendaciones que se efectúan en el numeral 25 de este dictamen, necesarias para establecer condiciones objetivas, generales y uniformes de transparencia y libre acceso que deben existir en los procesos de licitación pública, estas se entienden corregidas en lo que se refiere con la Inscripción y Calificación para el Registro de Proveedores.

En lo que se refiere a banda de precios y ancho de banda, si bien es razonable el procedimiento que ha establecido la Junaeb puede enriquecerse, para mayor claridad de los oferentes, con la propuesta de la Fiscalía contenida en el numeral 26 de este dictamen, por lo que se recomienda a la denunciada analizar estos aspectos y estudiar la forma de incorporarlos en futuras bases; mas en lo referente al artículo 30 de las bases, referido a la "Adjudicación", y tratado en el numeral 27.-, esta Comisión acoge los argumentos de la denunciada en cuanto a que tal prevención es aceptable pues lo que se está comprando en este proceso es un producto que dice relación con la salud y alimentación de sectores vulnerables de la población, por lo que resulta razonable que la institución denunciada posea un margen de discrecionalidad que le permita rechazar ofertas en la forma como se expone en ese artículo. Además, la complejo y masivo del proceso licitatorio justifican un cierto grado de flexibilidad del

licitador en la adjudicación. Finalmente, y tal vez más importante, no se ha constatado que la Junaeb haya hecho un mal uso de esta discrecionalidad, circunstancia que resulta significativa atendido el carácter masivo del proceso.

Notifíquese al Fiscal Nacional Económico y al denunciante y denunciado de esta causa.

El presente dictamen fue acordado en la sesión del día 29 de noviembre de dos mil dos por la unanimidad de los miembros presentes, señores Andrea Butelmann Peisajoff, Presidenta, Claudio Juárez Muñoz, Juan Manuel Baraona Sainz y Carlos Castro Zoloaga.

Andrea Butelmann Peisajoff
Claudio Juárez Muñoz

Juan Manuel Baraona Sainz

Francisco Varas Fernandez
FRANCISCO VARAS FERNANDEZ
Secretario - Abogado
Comisión Preventiva Central