

**Denuncia del H. Senador Víctor Pérez Varela y H. Diputado Sergio Gahona Salazar respecto a eventuales irregularidades en la licitación N° 85-37-LP15 de JUNAEB.**

Señor:

Jorge Bermúdez Soto

Contralor General de la República

Distinguido señor Contralor.

Con fecha 6 de Noviembre de 2015, JUNAEB publicó a través del portal [www.mercadopublico.cl](http://www.mercadopublico.cl) el llamado a licitación N° 85-37-LP15 para la contratación del servicio de suministros de raciones alimenticias para los beneficiarios del Programa de Alimentación Escolar y de Párvulos durante los años 2016, 2017, 2018 y hasta el mes de Febrero de 2019, según Bases Administrativas, Técnicas y Anexos aprobados mediante Resolución N° 398 de fecha 20 de Octubre de 2015.

En conformidad a las Bases, el servicio estableció dos Líneas de Producto según diferenciación territorial segmentada al siguiente tenor:

Línea N° 1: Todas las unidades territoriales de las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta, El Maule, Los Ríos, Los Lagos y Las Unidades Territoriales de la Región Metropolitana identificadas con los números 1311, 1314, 1316, 1323, 1325, 1379, cuyo detalle se encuentra contenido en el Anexo N° 43, denominado "Unidad Territorial por línea de producto", de las Bases Administrativas, Línea N° 2: Las unidades territoriales de la Región Metropolitana identificadas con los números 1318, 1321, 1329, 1330, 1378, 1380 y 1381, cuyo detalle se encuentra contenido en el Anexo N° 43 denominado "Unidad Territorial por línea de producto", de las Bases Administrativas.

En atención a lo anterior, según lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley N° 19.886, el procedimiento licitatorio hubo de regirse íntegramente por la normativa vigente, sus principios, reglamentos y demás disposiciones consignadas en el pliego de condiciones, además de los actos administrativos que aprueben las respuestas, las aclaraciones, la adjudicación y el contrato suscrito conforme a ellas. En otras palabras, la entidad licitante debe premunirse en todas las instancias del proceso administrativo de licitación pública los principios propios de: 1) libre concurrencia de los oferentes, 2) igualdad ante las Bases que rigen el contrato, 3) trato igualitario a los oferentes e interdicción de diferencias arbitrarias, 4) estricta sujeción a las bases, 5) publicidad de los documentos, 6) gratuidad de los documentos, 7) cautela y protección del patrimonio público, 8) idoneidad de los contratantes, 9) la separabilidad de los actos administrativos para el devenir y buen funcionamiento de los servicios públicos.

Así las cosas con el objeto de participar de dicho proceso, y previo estudio de las Bases, treinta (30) empresas postularon a las dos líneas de productos, presentando sus ofertas de suministro dentro de los plazos de apertura previamente fijados.

Sin embargo, a través de distintos medios se pudo conocer con anticipación que la licitación ya estaba adjudicada a distintas empresas entre las que se encuentran Hendaya y Alicopsa la que se presentó asociada al consorcio Lonquimay que está compuesto por Alicopsa y Empresas Pentzke ambas de propiedad de la familia Pentzke.

Contrastados los antecedentes aportados al proceso licitatorio y comparando dicha información con la publicada por otros oferentes participantes del proceso, se ha podido constatar la existencia de faltas de fundamento en las decisiones del servicio, ilegalidades, arbitrariedades, así como una serie de graves irregularidades pasadas por alto por JUNAEB.

Es un hecho público y notorio que tanto Hendaya como Alicopsa están involucradas en los graves hechos que dieron origen a la investigación Especial N°790, de 2015 de la propia Contraloría General de la República por lo que llama poderosamente la atención el hecho que estas mismas empresas se vean favorecidas en este nuevo proceso licitatorio con un gran cantidad de unidades territoriales adjudicadas.

Respecto a estas empresas es útil recordar que ambas forman parte del directorio de NUTRECHILE, asociación gremial que reúne un número importante de Empresas Concesionarias de JUNAEB, extrañamente algunas de las empresas que fueron excluidas no son parte de esta asociación gremial.

Hemos recibido denuncias de diversas fuentes, tales como sindicatos de manipuladoras de alimentos de las empresas concesionarias así como de las mismas empresas que participaron en el proceso licitatorio, las que se acompañan en este escrito, las cuales acusan vicios en el procedimiento de tal magnitud que merecen ser revisados por el órgano Contralor a fin de garantizar que este proceso se ha realizado con estricto apego al principio de legalidad

Las denuncias recibidas entre otras acusarían

-Actos arbitrarios y discriminatorios

-Vulneración del principio de estricta sujeción a las bases consagrado en el artículo 10 de la ley 19.886.

-Vulneración al principio de eficiencia debido al eventual perjuicio fiscal por el hecho de haber dejado fuera a empresas cuyas ofertas técnicas y económicas superarían con creces a las recientemente adjudicadas.

- Vulneración al principio de igualdad de los oferentes.

La Empresa Comercial de Alimentos S.A. y la empresa Edensa, que postulan en acuerdo de colaboración en el Consorcio Lonquimay, no cumplen con los requisitos de admisibilidad establecidos en el Numeral 9 de las bases administrativas de la presente licitación, en específico, con el anexo N° 69 relativo a los antecedentes financieros (debiendo incluirse todos los antecedentes solicitados en dicho anexo).

Del mero examen de los antecedentes presentados por las mencionadas empresas, entre los anexos financieros solicitados, se encontraba el anexo de Declaración jurada de **No retiro de utilidades durante el primer año de contrato**, hecho que la empresa en cuestión no cumple, al presentar una declaración jurada, en que tal declaración, no está acorde con lo exigido, en efecto basta un somera lectura de la declaración de la empresa para verificar que no existe animo de corroborar lo que las bases expresamente exigen, es decir, declarar que **no se retiraran utilidades durante el primer año de contrato**, al contrario lo declarado por las empresas Alicopsa y Edensa es "NO EXISTE RETIRO DE RESERVAS SUSCEPTIBLES DE RETIRO" (SIC), como se observa no hay en tal declaración (Anexo 1) , jurada animo de declarar que no harán retiro de utilidades, así las cosas, la entidad licitante al hacer el control de admisibilidad debió haber desechado la oferta antes mencionada, como si ocurrió con otra empresa que estaba compitiendo, es el caso

de la Sociedad Outfood S.A. cuya oferta fue declarada inadmisibile, porque según Junaeb en el anexo N° 69 faltó la firma del auditor en el certificado de deuda específica, es decir consideró ese hecho como esencial dentro del anexo 69, la declaración de dicha certificación, caso similar al de la empresa analizada, a la cual le faltó un hecho esencial como es la Declaración Jurada de No retiro de utilidades.

A mayor abundamiento, la Resolución Exenta número 2408 que aprueba respuestas licitación 85-37-LP15 contiene en las preguntas 899 y 900 la siguiente pregunta, repetida en ambos numerales: **¿A qué se refiere Declaración jurada de no retiro de reservas susceptibles de no retiro?**, la respuesta de JUNAEB fue: **“Este documento corresponde a una declaración emitida por los socios, en donde se estipula que no se efectuarán retiros durante el primer año de ejecución del contrato”** ( Anexo 2) Cabe recordar que las respuestas aprobadas mediante la Resolución exenta numero 2408 ya citada, son parte integrante de la licitación 85-37-LP15.

Otra causal de inadmisibilidad detectada en la oferta de Lonquimay, guarda relación con lo señalado en el numeral 8 de las bases administrativas relativo a la garantía de seriedad de la oferta, en efecto, los documentos comerciales exigidos para garantizar la seriedad de la oferta debían ser extendidos a la vista, lo que no cumple la póliza de garantía de seriedad de la oferta acompañada por la empresa (Anexo 3), ya que no es de ejecución inmediata, sino que sólo después de 30 días, por lo que no cumple un requisito de la esencia de los instrumentos mercantiles otorgados a la Vista, como es su ejecución inmediata, un simple examen de la entidad licitante habría tenido como consecuencia la declaración de INADMISIBILIDAD de la oferta de la empresa por no ajustarse estrictamente a lo ordenado por las bases de licitación.

A mayor abundamiento es preciso consignar que el Secretario General de JUNAEB fue notificado de dicha irregularidad el día 25 de enero del presente año, por un tercero llamado Gerardo Muñoz, excusándose de que no se encontraba autorizado para referirse al particular (Anexo 4) pero encargándole al coordinador de procesos y compras y contratos que realice un exhaustivo examen documental lo que al parecer no se realizó.

Otro hecho de significación y que en la actualidad se encuentra en investigación es la denuncia por un eventual delito de cohecho de la empresa Comercial de Alimentos S.A. o Alicopsa S.A. y que fue denunciado por la propia Junaeb al Ministerio Público con fecha 16 de septiembre del año 2015, por una serie de hechos que podían ser constitutivos del delito antes mencionado y cuya conducta se enmarcaría dentro del delito de Cohecho tipificado en los artículos 248, 249, 250 Y 250 bis del Código Penal, que en resumen es el Delito que comete un empleado público que solicita o acepta recibir un beneficio económico indebido para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo, por omitirlo, por infringir sus deberes, por ejercer influencia o cometer un delito funcionario.

La conducta denunciada por Junaeb se encuadra dentro de la tipificación de dicho delito, al efecto la conducta descrita en resumen es la siguiente:

El Director de la Unidad Jurídica de Junaeb Sebastián Pérez Torrejón durante los años 2012, 2013, 2014 y primeros meses del año 2015, en ejercicio de su cargo recibió pagos por parte de la empresa Conservera Pentzke S.A., que es dueña de Comercial de Alimentos S.A. o Alicopsa S.A. durante los años 2013 y 2014, periodos en los cuales dicha empresa se vio beneficiada del proceso de licitación ID 85-10-LP14, a pesar de estar impugnada en el tribunal de contratación pública, por no cumplir los requisitos de admisibilidad para dicha licitación. Resultando vencedora con un contrato de más de 90 mil millones de pesos, a mayor abundamiento con fecha 13 de Septiembre del 2013 en su

calidad de jefe jurídico de la institución procedió a informar y visar mediante la Resolución Exenta 1766 de Junaeb, la condonación de las multas cursadas a Comercial de Alimentos S.A. o Alicopsa S.A., en un total aproximado de 1.200 millones de pesos.

De los documentos acompañados por Comercial de Alimentos S.A. o Alicopsa S.A. al proceso de licitación pública ID 85-37-LP 15, se encuentran sus Estatutos de constitución y modificación de dicha Sociedad, y queda en forma fehaciente e indubitada que Conservera Penztke S.A. es dueña de 9.600.000 mil acciones de la Sociedad Comercial Alimentos S.A. o Alicopsa S.A. de un total de 10 millones de acciones a contar del día 23 de marzo de 1990.

Lo anterior tiene directa relación con la ley de Responsabilidad Penal de las Personas jurídicas N° 20.393 que en su artículo 3 establece como responsabilidad penal de la persona jurídica a los delitos cometidos por sus dueños, que es el caso en comento, al efecto dicho artículo señala: **“Atribución de responsabilidad penal. Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión.”**

Conviene tener presente, que esta ley es aplicable específicamente al delito de cohecho, hechos descritos y tipificados en la conducta antes descrita.

Otro antecedente que llama poderosamente la atención es que JUNAEB mediante la licitación pública ID 85-68-LE15 contrató el servicio de evaluación financiera de las empresas que participarían en el proceso de licitación pública id 85-37-lp15 del programa de alimentación escolar, con el fin de obtener categorización de los oferentes que participarían en el proceso licitatorio, servicios de vital trascendencia para la magnitud de este contrato y que fue adjudicado a don Miguel Faundez Malbran por la suma de \$6.800.000. Las máximas de la experiencia aconsejarían que un servicio de esta envergadura fuese adjudicado a una empresa de reconocido prestigio en el rubro lo que no aconteció, en cambio se adjudicó a una persona natural, que no exhibe en su curriculum antecedentes relevantes y que su oferta era casi un 50% menos de lo presupuestado para adjudicar (\$12.00.000).

A su vez el inciso quinto del artículo 37, del decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, dispone que “En las licitaciones en las que la evaluación de las ofertas revista gran complejidad y en todas aquellas superiores a 1.000 UTM, las ofertas deberán ser evaluadas por una comisión de al menos tres funcionarios públicos, internos o externos al organismo respectivo, de manera de garantizar la imparcialidad y competencia entre los oferentes. **Excepcionalmente, y de manera fundada, podrán integrar esta comisión personas ajenas a la administración** y siempre en un número inferior a los funcionarios públicos que la integran.

Resulta imperioso analizar el hecho de que en su informe, el señor Faundez Malbran considera para efectos de determinar la capacidad financiera de los oferentes solamente el pasivo bancario que según antecedentes aportados, en esta industria el apoyo de los bancos es de menor cuantía que el apoyo de los propios proveedores quienes entregan crédito directo a las empresas concesionarias, así las cosas en el informe no se tomó en cuenta el pasivo con proveedores (Anexo 5).

Las bases de Licitación señalan en lo atinente (Anexo 6) que el Leverage financiero (Nivel adecuado de endeudamiento) que medirá la relación de endeudamiento de la empresa en relación a sus activos o patrimonio resultará de dividir el total del pasivo por el total del patrimonio, pasivo como hemos dicho, está compuesto por el pasivo financiero más el pasivo de los proveedores

Lo anterior debe analizarse a la luz del **Principio de Estricta Sujeción a las Bases**, consagrado en el artículo 10 de la Ley 19.886/2003, de Compras Públicas, el que obliga tanto a las Entidades Licitantes como a los proponentes a ajustarse estrictamente al contenido de las Bases de Licitación

Tal es la importancia de este principio, que lo que el legislador verdaderamente hizo en el artículo 10 de la Ley 19.886 es revestir a la reglamentación contenida en las bases de la licitación de una fuerza obligatoria equiparable a la que emana de una norma legal.

La doctrina señala que las bases de la licitación constituyen “la ley del contrato” por la fuerza vinculante que tiene para las partes, en este caso el órgano licitante y los participantes en la licitación.

De igual manera, la Contraloría General de la República ha informado invariablemente que “la sujeción estricta a las bases” constituye un principio de orden público que no admite excepción alguna, pues entraña el cumplimiento de la legalidad y transparencia de los actos y contratos de la Administración, al punto que su transgresión desvirtúa todo el procedimiento Licitatorio que se hubiere seguido.

JUNAEB ha infringido también el **principio de igualdad entre los oferentes**, al haber adoptado decisiones que generan diferencias arbitrarias e injustificadas entre éstos. En efecto, de acuerdo a la información publicada en [www.mercadopublico.cl](http://www.mercadopublico.cl), en reiteradas ocasiones JUNAEB, antes de rechazar las ofertas de ciertos proponentes, les dio traslado de los defectos encontrados en éstas, a través del foro inverso del Portal, a fin que estos pudiesen subsanar errores o presentar documentación omitida.

La posibilidad de solicitar aclaraciones a las ofertas, en virtud del artículo 40° del Reglamento, se encuentra expresamente estipulado en las Bases de Licitación, y es aplicable en la etapa de evaluación administrativa, técnica y económica de las ofertas.

A modo ejemplar está el caso de la empresa SOSER S.A. cuya oferta fue originalmente declarada admisible pero que posteriormente fue desechada a raíz de una denuncia realizada por un particular referido a un error al completar el formulario 52 B de las bases de licitación.

JUNAEB, como si lo hizo con otros oferentes, debió dar traslado de dicho reclamo a SOSER a través del foro inverso, para que esta tuviese la oportunidad de aclarar tal situación lo que no ocurrió quedando excluido del proceso licitatorio. Ocurre que JUNAEB, respecto de SOSER, adoptó una actitud totalmente distinta que respecto del resto de los oferentes, y no sólo no le permitió aclarar los dichos expuestos en el reclamo, sino que ni siquiera le notificó tal presentación, que vulnera gravemente el principio de igualdad entre los oferentes.

El Principio de Igualdad de los Oferentes, se encuentra consagrado en el artículo 6° de la Ley Nº 19.886, que señala que “Las bases de licitación deberán establecer las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del bien o servicio por adquirir y todos sus costos asociados, presentes y futuros”, agregando que estas condiciones no podrán establecer diferencias arbitrarias entre los proponentes, ni sólo atender al precio de la oferta”. Por su parte el inciso del artículo 10 de la misma ley

19.886 dispone que "El adjudicatario será aquel que en su conjunto haga la propuesta más ventajosa, teniendo en cuenta las condiciones que se hayan establecido en las bases respectivas y los criterios de evaluación que señale el reglamento".

Dada la importancia de este principio, ha sido recogido también por la Ley Nº 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado que en su artículo 9º 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".

Este principio es la materialización de otro más general que se encuentra consagrado en la Constitución Política de la República, a saber, el de Igualdad y No Discriminación Arbitraria en el trato que debe dar el Estado y sus organismos, en materia económica, a los particulares, contenido en sus artículos 19 Nº 2, 19 Nº 3, 19 Nº 20 y 19 Nº 22.

El contenido de este principio es integral, de modo que la igualdad frente a las bases de la licitación alcanza y protege a los oferentes en cada una de las etapas del procedimiento Licitatorio, i) la igualdad en el acceso a las licitaciones a través de la presentación de ofertas; ii) la igualdad durante el procedimiento licitatorio en el periodo de preguntas y respuestas; iii) en la fecha cierta de cierre y apertura de ofertas; y iv) la igualdad en la aplicación de los mismos criterios de evaluación a los proponentes para resolver el procedimiento de licitación mediante la adjudicación o declaración desierta de la misma.

Lo anterior hizo que el legislador reflejara el principio de igualdad de los oferentes a través de todo el Sistema de Compras Públicas, lo que se ve refrendado en diversos preceptos de la Ley 19.886 y su Reglamento, como el artículo 19 de la ley, en virtud del cual "El sistema de información será de acceso público y gratuito", el artículo 40º del Reglamento, en virtud del cual las rectificaciones de errores formales de las ofertas durante la evaluación de las propuestas públicas y privadas "no pueden afectar el principio de igualdad de los oferentes"; el del artículo 68º del Reglamento, que manda solicitar la misma garantía para todos los participantes de un procedimiento de contratación "no pudiendo establecer diferencias entre los distintos oferentes".

En el presente caso, la Entidad Licitante ha infringido el Principio de Igualdad de los Oferentes, al permitir sólo a ciertos oferentes presentar aclaraciones a sus ofertas, a fin de que estos pudiesen seguir participando del proceso de licitación, lo que no se verificó de la misma forma en el caso de la empresa SOSER.

Otro factor a considerar es que el hecho de haber excluido a esta y otras empresas ha significado un eventual perjuicio para el Estado de más de \$8.500 millones de pesos en los tres años que dura esta licitación vulnerando el principio de eficiencia debido al eventual perjuicio fiscal.

Se adjunta análisis de adjudicación elaborado por don Luis Felipe Velasco Larach, Gerente de Planificación y Control de Gestión de Soser (Anexo 7).

Otro antecedente relevante que confirma la arbitrariedad en que han incurrido las autoridades de JUNAEB responsables del proceso de licitación ID 85-37-LP15 dice relación con la marginación de la empresa DISTAL del proceso licitatorio.

El día 30 de diciembre de 2015, JUNAEB efectuó la apertura técnica de las ofertas y publicó en el portal [www.mercadopublico.cl](http://www.mercadopublico.cl) el documento denominado "Acta de Apertura Técnica". En dicha Acta, consta el rechazo de la oferta presentada por DISTAL, en los siguientes términos:

“Oferta rechazada: presenta bonos para personal manipulador en monto brutos, lo cual no se ajusta a los requisitos y condiciones establecidos en el título 7.1 de las bases administrativas”

El rechazo de la oferta impidió que este oferente continuara en el proceso licitatorio efectuado por JUNAEB. El rechazo de esta oferta es ilegal y arbitrario, puesto que infringe, entre otros, **el principio de libre competencia**, consagrado en la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y el **principio de no formalización**, establecido en la Ley 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

El rechazo de esta empresa se funda en que ofertó en montos brutos el valor de los bonos correspondientes al personal manipulador de alimentos “siendo que éstos debían ser ofertados en montos líquidos”.

Según lo establecido en las Bases de Licitación, los montos de los bonos del personal manipulador de alimentos, debían ser ofertados a través del Anexo N° 42 de las Bases de Licitación, titulado "Presentación de Condiciones de Empleo y Remuneración JUNAEB/JUNJI/INTEGRA”

Como se podrá apreciar, de la revisión del Anexo N° 42, las instrucciones establecen claramente que el proponente (1) “Debe indicar el monto bruto de su oferta”. (Anexo 7A)

El oferente procedió a llenar el anexo N° 42 según lo señalado textualmente en las bases de licitación.

En el periodo de preguntas y respuestas, JUNAEB estableció que los montos de los bonos del personal manipulador de alimentos debían ser ofertados en montos líquidos, pero no procedió a modificar el Anexo N° 42, mediante una resolución modificatoria.

Por tanto los oferentes se vieron frente a la imprecisión existente entre las bases aprobadas y la aclaración en la etapa de preguntas

Las aclaraciones no tienen un efecto modificatorio de Bases. Frente a tal imprecisión del órgano licitante, DISTAL presentó su oferta en montos brutos, pues eso era lo que señalaba expresamente el Anexo N° 42.

El hecho que esta empresa optara por presentar su oferta en montos brutos, originó que su oferta fuera rechazada en la etapa de evaluación técnica, ya que dicha decisión, a juicio de JUNAEB, implicaba un incumplimiento de lo estipulado en el punto 7.1 de las Bases de Licitación, en el cual se señala lo siguiente:

“Las ofertas que no se suban al portal o que sean presentadas en un formato distinto al anteriormente señalado, serán declaradas inadmisibles por resolución fundada, quedando excluidas del proceso. Asimismo, JUNAEB rechazará aquellas ofertas técnicas que no cumplan con todos y cada una de los requisitos y condiciones establecidos en las presentes Bases de Licitación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 41 ° del Reglamento de la ley 19.886”.

Independiente de los conceptos bruto o líquido que debía utilizar el proponente para ofertar los montos de los bonos del personal manipulador de alimentos, lo cierto es que DISTAL, al seguir las instrucciones que el mismo Anexo N°42 establecía, y que significó el rechazo de su oferta, corresponde a un defecto de forma no esencial, que no afecta ni puede llegar a afectar la validez de una propuesta, ya que no implica un incumplimiento de los requerimientos técnicos mínimos establecidos en las Bases de Licitación.

En virtud de lo anterior, resulta improcedente que JUNAEB rechazara la oferta y, al hacerlo, ha vulnerado el principio de no formalización, consagrado en el artículo 13 de la Ley 19.880, y el principio de libre concurrencia de los participantes, estipulado en el inciso segundo del artículo 9º de la Ley 18.575.

Como señalamos anteriormente, los montos brutos indicados en la Tabla Nº 1 pueden ser transformados en montos líquidos mediante una simple operación aritmética. Para esto basta que al monto bruto se le descuente un porcentaje equivalente a un 19.14%. Dicho porcentaje corresponde a la suma de los siguientes elementos: AFP (11.54%), ISAPRE (7%) y Seguro de Cesantía (0,6%).

Como se podrá advertir, la obtención de los montos líquidos de los bonos del personal manipulador de alimentos se logra mediante una simple operación aritmética, que fácilmente podría haber aplicado JUNAEB, a efectos de tener una dimensión inobjetable de los valores realmente ofertados.

La Contraloría General de la República ha estimado que los errores relativos a la presentación de las ofertas en montos líquidos y no brutos, o al revés, son defectos de forma y no de fondo, que no afectan la validez de la propuesta, en la medida que tal error pueda ser corregido mediante una simple operación aritmética, lo que es argumento suficiente para determinar la ilegalidad y arbitrariedad del rechazo por parte de JUNAEB de la oferta presentada.

Lo grave de esta situación es que con este acto arbitrario e ilegal, se impidió el concurso de un oferente, violando el principio de igualdad que rigen las licitaciones públicas y, peor aún, el Estado a través de JUNAEB, no pudo evaluar otras empresas convocadas, en este punto específico, para entregar mayores y mejores condiciones laborales y de remuneraciones para el personal manipulador de alimentos.

En relación al punto que hemos planteado, la Contraloría General de la República en reiterados dictámenes se ha pronunciado sobre casos similares al expuesto, a saber:

En dictamen Nº 37.260 del año 2014, la Empresa Publisur EIRL, se dirigió a la Contraloría para que esta se pronunciara, entre otras materias, respecto a una presunta irregularidad que se habría producido al adjudicar una propuesta que debía ser ofertada en montos netos y fue ofertada en montos brutos en el portal [www.mercadopublico.cl](http://www.mercadopublico.cl). La Contraloría se pronunció sobre la materia disponiendo lo siguiente:

***“En este orden de ideas, consta de los antecedentes tenidos a la vista y de lo informado por la aludida Dirección de Compras, que la empresa adjudicada ofertó el servicio licitado por un valor neto de \$106.000.000, y por un valor total de \$126.140.000, sin perjuicio de que erróneamente ingresó en la ficha electrónica del Sistema de Información el valor bruto de su propuesta.***

***Al respecto, resulta aplicable el criterio contenido en el dictamen Nº 29.159 de 2012, de este origen, en el sentido que la omisión de un oferente, en orden a no indicar el monto total o neto de su propuesta, si es que se ha consignado al menos una de estos datos, reviste un carácter formal y no constituye un error esencial que afecte la validez de la misma, en la medida que se pueda llegar a ese valor mediante una simple operación aritmética, de manera que tal inobservancia no afecta la transparencia del proceso ni vulnera el principio de igualdad de los licitantes”.***

Así también lo señalan los dictámenes Nº29.159 de 2012, y la jurisprudencia administrativa, contenida en los dictámenes Nº 27.268 de 2010, 70.019 y 75.915 de 2011, entre otros, que ha manifestado que el principio de libre concurrencia de los participantes

establecido en la ley N° 18.575, persigue considerar las ofertas de todos los proponentes que han cumplido con los pliegos de condiciones, sin que por errores sin trascendencia y no esenciales queden fuera de concurso.

EL dictamen N° 62.438 de 2004, relativo al principio de no formalización del artículo 13 de la Ley N° 19.880, agrega que el procedimiento debe desarrollarse con sencillez y eficacia de modo que las formalidades que se exijan sean aquellas indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado y evitar perjuicio a particulares, agregando que el vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado.

En consecuencia, en los dictámenes citados de la Contraloría señala que en los errores de forma no esenciales, como el de la especie, no afectan la validez de la propuestas, siendo por tanto improcedente que las ofertas que se encuentren en esta situación, sean declaradas inadmisibles, pues ello vulnera el principio de no formalización y el principio de libre concurrencia de los oferentes.

El órgano contralor es concluyente en señalar que las entidades licitantes no cometen ilegalidad ni arbitrariedad, si mediante el desarrollo de simples operaciones aritméticas, puede determinar el valor de una oferta. Por tanto el valor líquido de los bonos de las manipuladoras de alimentos puede ser determinado mediante una simple operación aritmética. Dicho cálculo no constituye una modificación de la oferta, puesto que no genera un cambio en las condiciones originalmente ofertadas.

Faltas al **deber de abstención** de doña Ángela Cornejo Bustos, Jefa del Departamento Alimentación Escolar (Anexo 8) quien integró la comisión evaluadora de la licitación N° 85-37-LP15 según resolución exenta N° 2489 de 2015 y que en el expediente de Declaración, de acuerdo a la Resolución exenta N° 2299 del 2015 que reglamenta la relación de los funcionarios de JUNAEB con los proveedores del programa de alimentación escolar, declara que conoce a don Marcelo Daigre quien fue asesor de director Juan Carlos Cabeza y **“trabaje cercanamente con él dos años y hemos mantenido contacto esporádico actualmente trabaja en la empresa Alicopsa” (SIC)**. El cargo del señor Daigre en la empresa Alicopsa en la actualidad es el de Gerente de Operaciones de la señalada empresa, cargo en el que tiene la responsabilidad de ejecutar el Programa de Alimentación Escolar de JUNAEB.

El artículo 12 de la ley N° 19.880, dispone el deber de abstención de aquellas autoridades o funcionarios que tengan interés personal en los asuntos en los que les correspondería intervenir en razón de sus funciones, sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 37, del decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, dispone que “Los miembros de la comisión evaluadora, si existiera, no podrán tener conflictos de intereses con los oferentes, de conformidad con la normativa vigente al momento de la evaluación”.

De la normativa transcrita, se puede concluir que los funcionarios públicos que integren las comisiones evaluadoras no pueden tener conflictos de interés, pues la evaluación de las propuestas debe realizarse de manera objetiva y transparente, respetando la igualdad de los oferentes y la estricta sujeción a las bases.

En este contexto, es menester considerar que los integrantes de las comisiones, en el ejercicio de la función pública que desempeñan deben dar cabal cumplimiento principio de probidad administrativa, consagrado en los artículos 8° de la Constitución Política de la República, y 52 y 53 de la ley N° 18.575, debiendo abstenerse de participar en los procedimientos de contratación si existe cualquier circunstancia que les reste

imparcialidad, conforme lo disponen los artículos 12 de la ley N° 19.880 y 6 bis del decreto N° 250, de 2004 lo que a nuestro juicio no ha ocurrido en la especie.

En relación a lo anterior, nos parece de suma gravedad la reunión del actual Secretario General de JUNAEB don Cristóbal Acevedo Ferrer, junto con la funcionaria Ángela Cornejo Bustos, Jefa del Departamento Alimentación Escolar, con los representantes de NutreChile, Darío Calderón y Eduardo Barbé, el día 17 de noviembre de 2015 (un mes antes que JUNAEB adjudicara la presente licitación) asociación gremial cuyo directorio está integrado por dos representantes de las empresas involucradas en la investigación especial N°790, de 2015 de la Contraloría General de la Republica, esta información consta en el expediente de Declaración, de acuerdo a la Resolución exenta N° 2299 del 2015 que reglamenta la relación de los funcionarios de JUNAEB con los proveedores del programa de alimentación escolar.

Respecto a la temática a tratar en la reunión, esta versaría sobre temas técnicos relacionados con licitaciones adjudicadas y en ejecución (Anexo 9)

La participación del Secretario General de JUNAEB en la reunión con NutreChile AG fue autorizada por Marcelo Araya Rojas, Fiscal de JUNAEB, subordinado del Secretario General, autorización que a nuestro juicio reviste características a lo menos inverosímiles ya que no nos podemos poner en el escenario de que el Fiscal Araya Rojas deniegue la autorización a su superior jerárquico.

Por tanto con la consideración debida, y en virtud de las atribuciones conferidas por la ley N°10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, al señor Contralor pedimos, que a la luz de los antecedentes aportados en el cuerpo de este escrito, ejercer el control de legalidad de los actos de la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas, velando por el cumplimiento de las normas jurídicas, el resguardo del patrimonio público y la probidad administrativa, ordenando la revisión íntegra del proceso licitatorio N° 85-37-LP15 para la contratación del servicio de suministro de raciones alimenticias para los beneficiarios del Programa de Alimentación Escolar y de Párvulos, ordenando, si los antecedentes así lo ameritan, un nuevo proceso licitatorio.

Víctor Pérez Varela

Senador de la Republica

Sergio Gahona Salazar

Diputado de la Republica