

EN LO PRINCIPAL: Deduce demanda por atentados a la Libre Competencia; **PRIMER OTROSÍ:** Solicita medida cautelar de suspensión; **SEGUNDO OTROSÍ:** Acompaña documentos; **TERCER OTROSÍ:** Patrocinio y Poder; **CUARTO OTROSÍ:** Solicita designación de ministros de fe que indica; **QUINTO OTROSÍ:** Indica medios electrónicos de notificación.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Gastón Gómez Bernales, abogado, cédula nacional de identidad N° 7.777.441-6 y José Francisco García García, abogado, cédula nacional de identidad N° 13.659.768-K, en representación convencional, según se acreditará, de **Distribuidora de Alimentos S.A.** (en adelante, "DISTAL"), Rut N° 86.400.400-8, sociedad del giro de su denominación, todos domiciliados para estos efectos en calle Miraflores 178, Piso 17, ciudad y comuna de Santiago, al H. Tribunal respetuosamente decimos:

Que, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 2°, 3° y 18° y siguientes del Decreto Ley N° 211 (en adelante, "DL 211"), venimos en deducir demanda en contra de la **Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas** (en adelante, "JUNAEB"), corporación autónoma de derecho público, representada legalmente por su Secretario General, don Jaime Tohá Lavanderos, ingeniero agrónomo, cédula nacional de identidad N° 8.351.791-3, ambos domiciliados en Monjitas N° 565, ciudad y comuna de Santiago, Región Metropolitana.

Mediante esta demanda desarrollaremos y acreditaremos que la JUNAEB ha restringido la libre competencia en el diseño o estructura de sus **Bases de Licitación**, para la contratación del servicio de alimentación para los beneficiarios de los Programas de Alimentación Escolar y Programa de Alimentación Párvulos, dentro del marco de la **Licitación Pública ID 85-18-LR20**.

Las Bases de Licitación que aquí se impugnan representan una grave infracción a la normativa de la Libre Competencia, según profundizaremos en este escrito:

1. La JUNAEB, como órgano del Estado, sobre la base de la jurisprudencia de este H. Tribunal y la Excm. Corte Suprema, no se encuentra exenta de cumplir con las normas relativas a la Libre Competencia, contenidas en el DL N° 211.

2. Las Bases de Licitación que diseñó la JUNAEB para la contratación del servicio de suministro de raciones alimenticias para los respectivos beneficiarios, son materia de escrutinio de este H. Tribunal.
3. La jurisprudencia de este H. Tribunal y los antecedentes proporcionados por la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, "FNE"), nos permiten aseverar que las bases de licitación del proceso de Licitación Pública ID 85-18-LR20 están diseñadas de tal forma, que generan un mercado de oferentes anticompetitivo.
4. El proceso de licitación está caracterizado, como detallaremos, por incorporación de cláusulas anticompetitivas, impuestas por la JUNAEB en su carácter de licitante, vinculadas con un inadecuado diseño de los criterios de evaluación, con un tratamiento desigual de los oferentes y con una grave indeterminación de las cláusulas concursales.

Actuamos en representación de DISTAL, empresa que se dedica al mundo de la alimentación desde el año 1979, trabajando con la JUNAEB como único cliente. Ha participado de diferentes procesos de licitación adjudicándose contratos de suministro que, en ciertos casos, han superado las 250.000 raciones diarias, abarcando prácticamente todo el territorio nacional.¹

DISTAL, con el afán de continuar con el suministro de alimentos que ya lleva por más de cuarenta años, compró las bases de licitación,² encontrándose con una licitación cuyo diseño es anticompetitivo y, por consiguiente, restrictivo de su libertad económica, según los antecedentes de hecho y derecho que expondremos en los capítulos sucesivos.

CAPÍTULO I: ANTECEDENTES GENERALES

¹ Así lo acredita el "Certificado de Experiencia y Raciones Diarias Asignadas" (acompañado en esta presentación), de la propia JUNAEB, que consigna las licitaciones que ha participado DISTAL, el período del servicio y las raciones diarias adjudicadas. Por ejemplo, para la licitación 85-35-LP11 se adjudicó más de 300.000 raciones diarias.

² La compañía, en estricto rigor, paga en "Chileproveedores" una inscripción anual para efectos de participar en las licitaciones que se ingresen en el portal del "Mercado Público". Este año realizó el pago el día 2 de octubre con vigencia por doce meses seguidos; como acredita el comprobante de pago que se acompaña en esta presentación.

Este capítulo tiene por objeto profundizar respecto de 1) cuestiones generales en torno a la JUNAEB; 2) a la licitación pública en general; y 3) el proceso de Licitación Pública ID 85-18-LR20, y las Bases de Licitación que se impugnan por este medio.

1. Acerca de la JUNAEB.

- 1.1. La Ley N° 15.720 crea una Corporación Autónoma, con personalidad jurídica de Derecho Público y domicilio en Santiago, denominada **Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas (JUNAEB)**, cuya supervigilancia se realizará por intermedio del Ministerio de Educación Pública, sin perjuicio de las atribuciones que corresponden a la Contraloría General de la República.
- 1.2. La misión de la JUNAEB es aplicar todas aquellas medidas, de índole social y económica, que vayan dirigidas a “hacer efectiva la igualdad de oportunidades” en la educación de los escolares del país. En particular, estas favorecerán a todos los escolares de hasta 15 años de edad que las necesiten y a los de más de 15 años que, junto con necesitarlas, hayan revelado capacidad para continuar sus estudios, en los niveles de Educación Parvularia (Pre-Kinder y Kinder) y Educación Básica y Media. Estas medidas irán dirigidas a satisfacer los siguientes beneficios: a) **alimentación**; b) vestuario; c) útiles escolares; d) transporte; e) becas; f) préstamos universitarios; g) internados y hogares estudiantiles; h) preservación y recuperación de la salud en colonias climáticas y de vacaciones; e i) cualquiera otra medida asistencial.
- 1.3. Así, la JUNAEB desarrolla un “**Programa de Alimentación Escolar**” y “**Programa de Alimentación Párvulos**” (en adelante, “PAE” y “PAP”) que tienen por finalidad hacer llegar a los alumnos y alumnas, que estén en condiciones de vulnerabilidad, diariamente los servicios de alimentación, es decir, desayunos, almuerzos, onces, colaciones y cenas, según se establezcan.
- 1.4. El artículo 5° de la Ley N° 15.720 dispone que, dentro de las atribuciones de esta Corporación, y como forma de dar cumplimiento al mandato legal anteriormente descrito, ésta podrá “celebrar convenios de cooperación financiera, asistencia técnica y otros, con organismos nacionales, internacionales y extranjeros o personas naturales o jurídicas”.

2. La licitación pública.

- 2.1. Las licitaciones que realiza la JUNAEB para materializar el cumplimiento del PAE y PAP, se efectúan de acuerdo a la Ley N° 19.886, "Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios", y su Reglamento.³
- 2.2. El artículo 7° de la referida ley define la licitación pública como "el procedimiento administrativo de carácter concursal mediante el cual la Administración realiza un llamado público, convocando a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas, formule propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente". Por su parte, la Excma. Corte Suprema la ha definido como "un procedimiento de tipo administrativo anterior a una contratación, a través del cual, la Administración Pública selecciona, de entre varias ofertas, la que mejor atiende el interés público con el fin de estipular a continuación un contrato con la propuesta que resulte más ventajosa, sujetándose a las bases elaboradas por el órgano público".⁴
- 2.3. De acuerdo a esta Ley, y especialmente su Reglamento, las bases de licitación son la materialización de la voluntad de la Administración respecto de ciertos contratos. Para ello, el artículo 10° de la Ley N° 19.886, dispone que los procesos licitatorios se realizarán con estricta sujeción, de los participantes y de la entidad licitante, a las bases administrativas y técnicas que la regulen.⁵ Asimismo, será el propio reglamento de la ley el que "determinará las características que deberán reunir las bases de las licitaciones".

³ Por lo demás, se aplica el artículo 9° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Este último establece lo siguiente: "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 administrativos y de igualdad ante las bases que rigen el contrato. La licitación privada procederá, en su caso, previa resolución fundada que así lo disponga, salvo que por la naturaleza de la negociación corresponda acudir al trato directo".

⁴ Excma. Corte Suprema, Sentencia Rol N° 23.219-2018.

⁵ Así mismo lo establece la Excma. Corte Suprema en causa Rol N° 3447-2018, donde estimó que, "el art. 10 de la Ley N° 19.886 consagra el principio de estricta sujeción a las bases, que busca materializar el principio de igualdad de trato tanto entre los oferentes como entre éstos y la Administración, piedra angular de este cuerpo normativo". También, en causa Rol N° 28.353-2018, en donde señaló: "las diversas normas que integran las bases de una licitación deben ser estrictamente observadas por la Administración, pues ellas se caracterizan por conferir garantías a las personas que van a contrata con esta última, emanado de ellas consecuencias jurídicas que se traducen en derechos y deberes de las partes interesadas".

3. Licitación Pública ID 85-18-LR20.

- 3.1. Con fecha 14 de octubre de 2020 se publicó en el portal de Compras Públicas la Resolución Afecta N° 70 de la JUNAEB, que "Aprueba Bases Administrativas, Técnicas Operativas y Anexos, llámese a Licitación Pública ID 85-18-LR20 y Apruébase Contrato del servicio de suministro de raciones alimenticias para los beneficiarios de los programas de alimentación escolar y programa de alimentación párvulos para los años 2021, 2022, 2023 y hasta diciembre de 2024".⁶
- 3.2. Como se detallará más adelante, el objeto de esta Licitación Pública es contratar con proveedores privados que entregarán diariamente productos alimenticios a distintos beneficiarios - JUNAEB, Junta Nacional de Jardines Infantiles (en adelante, "JUNJI"), INTEGRA, Servicio Nacional de Menores (en adelante, "SENAME"), y otros -, en conformidad a las exigencias que establezcan las Bases de Licitación y sus Anexos.
- 3.3. La JUNAEB, en la introducción de las bases de licitación, da entender que este proceso conlleva un nuevo modelo, que radica en que es "necesario avanzar hacia la obtención de un servicio de calidad, que permita velar por la aceptabilidad de las preparaciones y su consumo, reconociendo como núcleo central de la contratación a nuestros beneficiarios y el producto final que se entrega para su consumo".⁷
- 3.4. De esta forma, las presentes bases, según la Administración, "incorporan y aumentan las exigencias y obligaciones enfocadas en los componentes sensoriales y gastronómicos, con lo que se busca fomentar la presencia de los estudiantes en los comedores y, aumentando los grados de aceptabilidad de las preparaciones que se entregan, cautelando no sólo las materias primas, sino también la correcta ejecución de técnicas culinarias y la aplicación de tecnologías".
- 3.5. También señala que, se introduce un "modelo de gestión de calidad", que se enfoca en el resultado final, es decir, "el producto entregado a cada beneficiario, y que éste cumpla con el estándar de calidad deseado, tales

⁶ La toma de razón, realizada por la Contraloría General de la República se despachó el día 2 de octubre del presente año.

⁷ Bases de Licitación Pública ID 85-18-LR20, Resolución Afecta N° 70, p. 4.

como: que tenga una presentación atractiva, que las variables como olor, color y sabor sean combinadas de forma tal que aumente la aceptabilidad de los beneficiarios, y que se utilicen materias primas de calidad. En este modelo de gestión de calidad, resulta clave el desarrollo de un nuevo estándar para el cumplimiento de las obligaciones, el que será desarrollado por JUNAEB y deberá ser cumplido íntegramente por los prestadores de servicios”.⁸

- 3.6. Pueden participar de este proceso personas naturales nacionales y extranjeras, personas jurídicas nacionales y extranjeras y agrupaciones de personas jurídicas o naturales en unión temporal de proveedores (“UTP”).
- 3.7. El proceso de licitación consta de las siguientes etapas y plazos:⁹

⁸ Bases de Licitación Pública ID 85-18-LR20, Resolución Afecta N° 70, p. 4.

⁹ Bases de Licitación Pública ID 85-18-LR20, Resolución Afecta N° 70, p. 13.

ETAPA	PROCESO
PUBLICACIÓN DEL PROCESO DE LICITACIÓN	Una vez que se encuentre totalmente tramitada por la Contraloría General de la República, la Resolución que aprueba las Bases de Licitación.
INSTANCIA INFORMATIVA	Dentro de los cuatro (4) días hábiles siguientes a la publicación de la licitación en el portal.
FECHA INICIO DE CONSULTAS	Desde el día siguiente de publicada la licitación en el portal.
FECHA FINAL DE CONSULTAS	Seis (6) días hábiles posteriores a la fecha de publicación de la licitación en el portal, hasta las 23:59 horas.
FECHA DE PUBLICACIÓN DE RESPUESTAS	Seis (6) días hábiles posteriores a la fecha final de consultas.
FECHA DE ENTREGA GARANTÍA DE SERIEDAD DE OFERTAS	Hasta las 13:00 horas del día indicado para el cierre de recepción de ofertas.
FECHA DE CIERRE DE RECEPCIÓN DE OFERTAS	A las 15:00 horas del vigésimo (20°) día hábil contado desde el día siguiente a la fecha de publicación de respuestas.
FECHA DE APERTURA TÉCNICA	A las 15:01 horas del día de cierre de recepción de ofertas.
FECHA DE APERTURA ECONÓMICA	Se realizará a las 15:00 del día siguiente, una vez finalizada la evaluación técnica, financiera y administrativa. En todo caso, deberá realizarse a más tardar al décimo (10°) día hábil contados desde el día siguiente de la fecha de apertura técnica.
FECHA DE ADJUDICACIÓN	Hasta el décimo quinto (15°) día hábil contado desde la fecha de apertura económica. La resolución respectiva se publicará una vez tomada de razón.
FECHA DE ENTREGA GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO	Hasta el décimo (10°) día hábil contado desde el día siguiente de la fecha de notificación de adjudicación a través del Portal.
FECHA ESTIMADA DE FIRMA DE CONTRATO	Hasta el décimo quinto (15°) día hábil contado desde la fecha de notificación de adjudicación.

- 3.8. Por consiguiente, los oferentes deben proporcionar dentro de sus ofertas para postular al contrato de suministro de productos alimenticios, **documentos administrativos, documentos técnicos y financieros, y documentos económicos.**

3.8.1. Primero se llevará a cabo una revisión formal de admisibilidad, en la que consten la garantía de seriedad, la presentación de la

oferta técnica, la presentación de oferta económica y los estados financieros.

3.8.2. Una vez que la JUNAEB corroboré que están estos documentos, procederá, en primera instancia, a analizar y evaluar, conforme a los criterios de evaluación que más adelante se detallan, los antecedentes administrativos, técnicos y financieros.

3.8.3. De haber cumplido con las condiciones mínimas exigidas en la revisión de los antecedentes recién mencionados, se revisará y evaluará la oferta económica respectiva. Por consiguiente, solo se evaluarán las ofertas económicas de quienes cuyas ofertas técnicas y financieras no hayan sido declaradas inadmisibles previamente.

3.9. Los oferentes que se adjudiquen los contratos, pasarán a ser prestadores del suministro de productos alimenticios, y tendrán derecho a percibir un pago mensual por los servicios. El monto de pago comprenderá una parte fija y otra parte variable. La primera, que corresponde a la parte fija y que representa un 40% del pago, será el producto de los precios adjudicados reajustados conforme las variables del contrato, por el número de productos alimenticios definidos en la programación referencial de productos alimenticios; mientras que la parte variable será el resultado de multiplicar los precios licitados, reajustados conforme las variables del contrato, por el número de productos alimenticios asignados en la programación mensual de productos alimenticios, que comprende la asignación normal y la de rezago, correspondiendo al 60% restante.¹⁰

3.10. Ahora bien, la Licitación Pública ID 85-18-LR20, a la fecha de esta presentación, ha contemplado el siguiente itinerario:

3.10.1. Con fecha 14 de octubre se publicaron las Bases de Licitación y contrato respectivo, mediante la Resolución Afecta N° 70, ésta última de fecha 26 de agosto de 2020.

¹⁰ Bases de Licitación Pública ID 85-18-LR20, Resolución Afecta N° 70, p. 47; y Anexo N° 15 y N° 16, Contrato de prestación de servicios, Línea 1, 2 y 3; Pág. 27 de ambos anexos.

- 3.10.2. Se inició el proceso de "Consultas/Preguntas", que finalizó el día 27 de octubre con la publicación de las respuestas que dio la JUNAEB a todas las inquietudes de los potenciales oferentes.
- 3.10.3. Dentro de este proceso se realizaron un total de 3.291 preguntas y la respuesta que dio la JUNAEB a más de un 80% de éstas fue "Remítase a las Bases".
- 3.10.4. En este contexto, dada la cantidad de preguntas que se hicieron, la JUNAEB anunció que realizaría una serie de modificaciones a las Bases, que, conforme al artículo 19 del Reglamento de la Ley de Compras, la obliga a dictar una resolución que fije un nuevo período de "Consultas/Respuestas"; cambiando el itinerario original de "Etapas y Plazos".
- 3.10.5. Paralelamente, la JUNAEB decidió emitir "manuales" para efectos de especificar ciertas materias, a propósito de la cantidad de dudas que generaron las bases, anexos y apéndices originales.
- 3.10.6. Para el día 29 de diciembre del presente año quedó fijada la fecha de cierre de recepción de ofertas, dando inicio a la apertura técnica, según el itinerario que ya se mencionó.
- 3.10.7. La fecha estimada de adjudicación quedó fijada para el día 22 de enero del 2021.¹¹

CAPÍTULO II: CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

En este capítulo detallaremos en profundidad las reglas contenidas en las Bases que restringen, limitan e infringen la competencia en el proceso licitatorio, razón por la cual, merecen ser conocidas y juzgadas por este H. Tribunal.

¹¹ Para mayor detalle y confirmación de esta información, véase <https://www.mercadopublico.cl/Procurement/Modules/RFB/DetailsAcquisition.aspx?qs=Jxkqvp5fhhy2EJiYxCsiyg==>.

La amplitud del inciso primero del artículo 3° del DL N° 211, que incluye a todo tipo de sujeto (“el que”), todo tipo de acto (“cualquier hecho, acto o convención”) y que no necesariamente exige un resultado (“o que tienda a producir dicho efectos”), permite exponer que las presentes Bases contienen tres infracciones a la normativa de la libre competencia.

Desde la posición de licitante, la autoridad está formando un mercado anticompetitivo porque las Bases contienen un 1) diseño inadecuado de los criterios de evaluación técnica; 2) criterio que pone a los oferentes en desiguales posiciones; y 3) unas cláusulas concursales indeterminadas.

1. Primera infracción al artículo 3° del DL N° 211: diseño inadecuado de criterios de evaluación.

- 1.1. Las Bases contienen criterios de evaluación que están compuestos de factores que no tienen relación con los objetivos que la propia JUNAEB incorporó en el actual proceso, ni con el producto alimenticio y establecen como ponderación primordial y excluyente las condiciones laborales del personal manipulador de alimentos. Aquello constituye una limitación a la competencia en los términos que la propia FNE ha estimado a raíz de las licitaciones públicas, como expondremos más adelante.
- 1.2. En las bases de licitación, con el propósito de incluir un nuevo modelo de gestión de servicio, la autoridad manifiesta tres supra-objetivos o prioridades, a saber:
 - 1.2.1. “Que la calidad del servicio entregado a los beneficiarios permita mejorar la aceptabilidad de las preparaciones y propender a incrementar su consumo”;
 - 1.2.2. “Reconocer como núcleo central de la contratación a nuestros beneficiarios y el producto final que se entrega para su consumo, por lo que desarrolla un sistema de gestión de calidad que permita enfocarse en el resultado final, esto es, el producto alimenticio entregado a cada beneficiario, y que éste cumpla con el estándar de calidad exigido en el contrato”; y
 - 1.2.3. “Velar por el uso eficiente y eficaz de los recursos fiscales disponibles para este tipo de contrataciones, por lo que se establecerá que el pago de los futuros adjudicatarios

corresponderá a una parte fija y a una parte variable, con el objeto de que cuando se aumente la cantidad de productos alimenticios a entregar, el incremento del valor a pagar se reflejará sólo en el costo variable de las condiciones económicas del contrato, manteniendo los costos fijos de producción, lo que disminuirá el valor de cada producto alimenticio adicional, entre otras medidas que permitan conocer adecuadamente la estructura de costos de las empresas.”¹²

- 1.3. Sin embargo, a pesar de que la evaluación de la “Oferta Técnica” está expuesta, en primer término, como la composición de aquellos elementos que impactan directamente en la aceptabilidad de los productos y preparaciones del Programa¹³, los **factores a evaluar no tienen ningún vínculo con este propósito**, como evidenciaremos a continuación.
- 1.4. Los factores y los respectivos puntajes la evaluación técnica se distribuyen según el siguiente cuadro:

FACTORES A EVALUAR	PUNTAJE	PUNTAJE PONDERADO (%)		MÁX. PUNTAJE PONDERADO	
		Línea 1 – Línea 2	Línea 3	Línea 1 - Línea 2	Línea 3
Bonificación y gratificación del Personal Manipulador PAE y PAP	0 a 5	65%	65%	3,25	3,25
Evaluación de experiencia en el servicio de alimentación	0 a 5	15%	N/A	0,75	N/A
Impulso Desarrollo Local	0 a 5	N/A	20%	N/A	1,0
Comportamiento contractual anterior	0 a 5	20%	15%	1,0	0,75
TOTALES		100%	100%	5	5

- 1.5. Es decir, son cuatro los factores a evaluar, con distintos puntajes ponderados, que conforman la evaluación de la “Oferta Técnica”, que se supone que evalúa el producto alimenticio en sí. No siendo técnicamente aceptables las ofertas que obtengan un puntaje técnico igual o inferior a

¹² Bases de Licitación Pública ID 85-18-LR20, Resolución Afecta N° 70, p. 10.

¹³ Bases de Licitación Pública ID 85-18-LR20, Resolución Afecta N° 70, p. 25.

3,25 debiendo ser desestimadas todas aquellas que se encuentren en tal condición; y solo aquellas ofertas técnicamente aceptables podrán continuar a la evaluación financiera.¹⁴ Veamos en detalle cada uno de los factores.

- 1.6. En cuanto al primer factor a evaluar, que corresponde a un 65% de la oferta, y que ha sido denominado "**Bonificación y gratificación del personal manipulador PAE y PAP**", se desglosa de la siguiente manera:

PUNTAJE	DETALLE OFERTA
---------	----------------

¹⁴ Bases de Licitación Pública ID 85-18-LR20, Resolución Afecta N° 70, p. 30.

0	<p>A) Si oferente no entrega información o no oferta bonos Bono bruto inicio Año Escolar, Bono bruto Fiestas Patrias, Bono bruto Navidad para JUNAEB, JUNJI, INTEGRRA y SENAME y Bono bruto Incentivo Manipuladora para JUNJI e INTEGRRA, o estos son ofertados por un monto menor al 38% del ingreso mínimo bruto vigente, establecido por ley.; o</p> <p>B) Si oferente no entrega información o no oferta bono mensual o bono ofertado es inferior al 50% del ingreso mínimo mensual bruto; o</p> <p>C) Si oferente no entrega información o no se compromete a contratar a aquellas trabajadoras manipuladoras que se encuentren con fuero maternal; o</p> <p>D) Si el oferente se obliga a incluir en los contratos de trabajo de las manipuladoras de alimentos que prestan servicios para el PAE/PAP, la modalidad de pago de gratificaciones establecida en el artículo 47 del Código del Trabajo.</p>
3	<p>A) Oferta Bono bruto inicio Año Escolar, Bono bruto Fiestas Patrias, Bono bruto Navidad para JUNAEB, JUNJI, INTEGRRA y SENAME, y Bono bruto Incentivo Manipuladora para JUNJI e INTEGRRA por un monto igual al 38%* del Ingreso mínimo bruto vigente, establecido por Ley; y</p> <p>B) Oferta un bono mensual igual al 50% del Ingreso mínimo mensual bruto; y</p> <p>C) Si el oferente se compromete a contratar a aquellas trabajadoras manipuladoras que se encuentren con fuero maternal; y</p> <p>D) Si el oferente se obliga a incluir en los contratos de trabajo de las manipuladoras de alimentos que prestan servicios para el PAE/PAP, una modalidad de pago de gratificaciones garantizada a todo evento, independiente de la existencia de utilidades líquidas, equivalente a la gratificación a que se hace referencia en el artículo 50 del Código del Trabajo, pagadera en 12 cuotas mensuales</p>
5	<p>A) Oferta Bono bruto inicio Año Escolar, Bono bruto Fiestas Patrias, Bono bruto Navidad para JUNAEB, JUNJI, INTEGRRA y SENAME, y Bono bruto Incentivo Manipuladora para JUNJI e INTEGRRA por un monto igual o superior al 39% del Ingreso mínimo bruto vigente, establecido por Ley; y</p> <p>B) Oferta un bono mensual igual al 50% del Ingreso mínimo mensual bruto; y</p> <p>C) Si oferente se compromete a contratar a aquellas trabajadoras manipuladoras que se encuentren con fuero maternal; y</p> <p>D) Si el oferente se obliga a incluir en los contratos de trabajo de las manipuladoras de alimentos que prestan servicios para el PAE/PAP, una modalidad de pago de gratificaciones garantizada a todo evento, independiente de la existencia de utilidades líquidas, equivalente a la gratificación a que se hace referencia en el artículo 50 del Código del Trabajo, pagadera en 12 cuotas mensuales.</p>

1.6.1. Este criterio surge de un "Acuerdo", de fecha 15 de junio del presente, suscrito por el Secretario General de la JUNAEB, Sr. Jaime Tohá Lavanderos, con las representantes de las federaciones de trabajadoras de alimentos (sindicatos de manipuladoras de alimentos), en el que establece "condiciones remuneracionales", "condiciones laborales" y "otras condiciones", respecto al proceso licitatorio 2021-2024, en exactamente los mismos términos que el desglose del factor de evaluación (antecedente que se acompaña en esta presentación).

1.6.2. Cabe destacar, que los elementos considerados para el puntaje 3 y 5, son casi idénticos, solo teniendo una diferencia menor en el elemento descrito en la letra a). Lo anterior se gráfica de mejor manera en la siguiente tabla:

Puntaje igual a 3	Puntaje igual a 5
Bonos equivalentes a un 38% del ingreso mínimo bruto	Bonos equivalentes a un 39% o más, del ingreso mínimo bruto.
Bono mensual equivalente a un 50% del ingreso mínimo mensual	Bono mensual equivalente a un 50% del ingreso mínimo mensual
Contratación de trabajadoras con fuero maternal	Contratación de trabajadoras con fuero maternal
Gratificación equivalente a la establecida en el artículo 50 del Código del Trabajo	Gratificación equivalente a la establecida en el artículo 50 del Código del Trabajo

Elaboración propia.

1.6.3. Como puede observarse, la única diferencia entre ambos puntajes se da solo en uno de los cuatro elementos a considerar (letra a), en donde la diferencia radica netamente en un 1%. Es decir, las condiciones del puntaje 3 y 5, son, virtualmente, idénticas.

1.6.4. Por su parte, esta identidad casi perfecta entre el puntaje 3 y 5, se contrapone diametralmente a los elementos considerados para asignar un puntaje equivalente a 0, a saber: (1) No entregar o informar bono equivalente a un 38% del ingreso mínimo bruto, o entregar uno inferior a un 38%; (2) No entregar o no informar un bono mensual equivalente a un 50% del ingreso mínimo mensual; (3) No contratar o no informar sobre contratación de trabajadoras con fuero maternal; y (4) Entregar una gratificación equivalente a la establecida en el artículo 50 del Código del Trabajo.

1.6.5. En otras palabras, si un participante quiere obtener 3 o 5 puntos en el factor más relevante de la oferta técnica (recordemos que su ponderación porcentual asciende a un 65%), necesariamente deberá ofertar: 1) bonos equivalentes a un 38% o más del ingreso mínimo bruto; 2) bono mensual equivalente a un 50% del ingreso mínimo bruto; 3) contratación de trabajadoras con

fuero maternal; y 4) gratificación equivalente a la establecida en el artículo 50 del Código del Trabajo.

1.6.6. En atención a la naturaleza de los servicios licitados por la JUNAEB, y la ponderación entregada a este factor, y a los elementos que lo componen, podría aseverarse, prima facie, que esta consideración excesiva del factor “Bonificación y gratificación del Personal Manipulador PAE y PAP” constituye una barrera a la entrada de potenciales oferentes.

1.6.7. Lo anterior, es sin perjuicio de los juicios de valor que se podrían hacer sobre el “impacto directo en la aceptabilidad de los productos y preparaciones del programa” que tendría la contratación de trabajadoras con fuero maternal, o el hecho de que el elemento concurrente –obligatorio- en los tres puntajes, esto es, entregar una gratificación equivalente a la establecida en el artículo 50 del Código del Trabajo (letra d), deja en letra muerta la elección o derecho que posee el empleador para elegir el sistema de gratificaciones que otorgará a sus trabajadores (artículo 47 o 50 del Código del Trabajo), entre otros.

1.7. El criterio que dice relación con la **experiencia en el servicio de alimentación**, no aplicable a la Línea N° 3, evalúa los años de experiencia y la cantidad de raciones entregadas en el servicio de alimentación masivo ya sea nacional o internacional. Su evaluación se realiza de acuerdo a la siguiente fórmula:¹⁵

¹⁵ La JUNAEB introdujo dos modificaciones a la formula, que constan en los documentos que en esta presentación se acompañan. No resultan del todo relevantes por es que no son mencionados en el cuerpo del escrito, y solo se utilizan las condiciones y términos originales de las Bases.

$$PAE = 5 \times \left(\frac{AE_i}{MAE_{of}} \times 0,5 + \frac{RD_i}{MRD_{of}} \times 0,5 \right)$$

PAE:	Puntaje por Años de Experiencia, truncado de dos decimales
AE _i :	Años de Experiencia del interesado i. En el caso de la UTP se considerará la experiencia del integrante con mayor cantidad de años.
MAE _{of} :	Mayor Años de Experiencia ofertados, para la misma Línea de Producto. Los años máximos a considerar será de 8 años para la Línea 1 y de 5 años para la Línea 2. Los años de experiencia a acreditar se contabilizarán a partir de 01 de enero del 2012.
RD _i :	Raciones Diarias del interesado i, por sobre 20.000 para la Línea 1 y por sobre 3.000 para la Línea 2. En el caso de UTP se considerará la sumatoria de las raciones diarias entregadas por todos los miembros de la misma.
MRD _{of} :	Mayor cantidad Raciones Diarias ofertadas, para la misma Línea de Producto. Las raciones diarias máximas por considerar serán de 100.000 para la Línea 1 y de 50.000 para la Línea 2.

1.7.1. Se evaluarán los años de experiencia en las líneas que opera este criterio contabilizando los años en alimentación masiva, es decir, atención continua y permanente. En la Línea N° 1 se considera la entrega de al menos veinte mil raciones alimenticias diarias, al menos por diez meses continuos, cada año, considerando durante ese plazo de diez meses que el servicio se entrega todos los días hábiles del mes. En la Línea N° 2 se verifica la entrega de al menos tres mil raciones alimenticias diarias, al menos por diez meses continuos, cada año, considerando durante ese plazo de diez meses que el servicio se entrega todos los días hábiles del mes.

1.8. Por su parte, el tercer criterio, **impulso desarrollo local**, que solo se aplica a la Línea N°3, busca fomentar la participación de empresas locales y se otorga puntaje de acuerdo a la siguiente tabla:

PUNTAJE	DETALLE OFERTA
0	El oferente no posee experiencia en la entrega de servicios de alimentos en la comuna de las UT a licitar o esta es menor a un año.
2,5	El oferente posee experiencia en la entrega de servicios de alimentos en la comuna de las UT a licitar, por un plazo superior a un año y menor o igual a dos años.
5	El oferente posee experiencia en la entrega de servicios de alimentos en la comuna de las UT a licitar, por un plazo superior a dos años.

- 1.9. El último criterio dice relación con **el comportamiento contractual anterior del oferente**, y se evalúa conforme a la siguiente fórmula:

$$PCC = \left(\frac{\text{Min}(ICC_{ofi})}{ICC_{ofi}} \times 5 \right)$$

PCC:	Puntaje por Comportamiento Contractual, truncado a dos decimales.
Min ICC _{ofi} :	Menor Valor dentro del conjunto de indicadores finales, siempre que sea mayor a un 1% , para todos los prestadores evaluados y que se detalla en el anexo N° 8 "Comportamiento Contractual".
ICC _{ofi} :	Indicador Final del comportamiento contractual anterior, obtenido por el Oferente i, para los procesos de Licitación en que ha participado, según lo establecido en anexo N° 8 "Comportamiento Contractual".

- 1.9.1. Sin embargo, las propias bases establecen que en caso de que alguno de los oferentes tenga pendiente el pago de multas, debidamente ejecutoriadas y notificadas, con independencia de los resultados que obtenga de la fórmula, obtendrá puntaje equivalente a cero este factor de evaluación.
- 1.10. Estos cuatro factores descritos precedentemente, correspondientes a la evaluación técnica, conforman el 95% de ponderación de la "Oferta Técnica", y el 5% restantes se componen del cumplimiento de requisitos formales. Sin embargo, la incidencia de este último factor es marginal, dada la ponderación asignada.
- 1.11. Con estos antecedentes en consideración, parece práctico realizar el siguiente ejercicio hipotético:
- 1.11.1. En caso de que un oferente obtuviese el puntaje máximo en todos los factores, salvo en el factor "bonificación y gratificación del personal manipulador PAE y PAP", en donde obtuviese un puntaje equivalente a cero. Como lo refleja el siguiente cuadro:

Evaluación técnica	Puntaje asignado	Puntaje ponderado
Bonificación y gratificación del Personal Manipulador PAE y PAP	0	0
Evaluación de experiencia en el servicio de alimentación	5	0.75
Compartamiento contractual anterior	5	1.0
Total	10	1.75

Elaboración propia.

1.11.2. Ahora, considerando que el puntaje máximo ponderado de la evaluación técnica asciende a 4.775, y el puntaje máximo ponderado del cumplimiento de requisitos formales de presentación de ofertas asciende a 0.225,¹⁶ nos encontramos con el siguiente puntaje ponderado en el caso de un oferente que obtiene un puntaje equivalente a 0 en el factor "Bonificación y gratificación del Personal Manipulador PAE y PAP":

Factores	Ponderación	Puntaje Ponderado
Evaluación Técnica	95,50%	1.75
Cumplimiento de requisitos formales de presentación de ofertas	4,50%	0.225
Total	100%	1.67

Elaboración propia.

1.11.3. Así, un oferente que obtiene el puntaje máximo en todos los factores, salvo uno, obtiene un puntaje ponderado final en la "Oferta Técnica" de 1,67. Si se considera, como ya mencionamos, que las Bases de Licitación excluyen a todos los oferentes que obtengan un puntaje técnico final inferior a 3,25, el factor relativo a **las condiciones laborales del personal manipulador se convierte en un factor de inadmisibilidad o exclusión de la licitación.**

1.12. Como podemos observar del desglose de todos los criterios que integran la "Oferta Técnica" **operan con completa independencia de los objetivos primordiales que la propia JUNAEB propuso en las Bases.**

¹⁶ Según se observa en la página 31 de la Resolución Afecta N° 70 de la JUNAEB, de 26 de agosto de 2020.

- 1.13. En particular, del análisis y del caso hipotético que expusimos podemos concluir que la prioridad de la autoridad no dice relación con los productos alimenticios en sí mismo, sino que, con las condiciones laborales del personal manipulador de alimentos, prescindiendo de los objetivos de la licitación.
- 1.14. Además, como mencionamos anteriormente, el contenido del factor de evaluación "Bonificación y gratificación del Personal Manipulador PAE y PAP" tiene como origen un "Acuerdo" suscrito entre la Administración y los trabajadores contratados por los proveedores de alimentos. La JUNAEB, sin perjuicio que el objetivo de la licitación sean productos alimenticios en sí mismo, transcribe un pacto que celebró con el personal manipulador de alimentos, en vez de consagrar aspectos técnicos que evalúen los productos esenciales del concurso.
- 1.15. La propia FNE, en noviembre del presente año, presentó un "Estudio de Mercado sobre Compras Públicas", de la División Estudios de Mercado, en el que examinó, desde la perspectiva competitiva, diferentes procesos y contrataciones administrativas. En este identificó cuáles son las limitantes competitivas preponderantes en procesos de licitación pública, mencionando entre ellos, "el diseño inadecuado de criterios de evaluación", detectando "licitaciones en que las bases ponderasen con mucho puntaje criterios que difícilmente contribuirían a aumentar el valor por dinero, dada la naturaleza del bien que se adquirió".¹⁷ Este tipo de limitante fue el más detectado del análisis que realizó el fiscalizador, demostrando que es una problemática presente y constante en los diseños de licitaciones para adquirir bienes o servicios para fines específicos.

2. Segunda infracción al artículo 3° del DL N° 211: exclusión de competidores por comportamiento contractual anterior.

- 2.1. El criterio de evaluación que dice relación con el cálculo del comportamiento contractual anterior contiene un factor común, que trata a los oferentes de forma desigual, porque no contempla la existencia de

¹⁷ FNE, Estudio de Mercado sobre Compras Públicas, División Estudios de Mercado, noviembre 2020, Pág. 185; disponible en línea en <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/11/Informe-Final-EM05.pdf>.

diferentes programas sancionatorios comprendidos en las licitaciones públicas anteriores, como exponemos a continuación.

- 2.2. Como detallamos anteriormente, uno de los criterios a evaluar al momento de revisar la "Oferta Técnica" para la contratación del servicio de suministro de raciones alimenticias, es el factor vinculado al comportamiento contractual anterior, el que equivale a un 20% del puntaje ponderado para las líneas N° 1 y N° 2, y un 15% para la línea N° 3.
- 2.3. Como lo detalla la fórmula transcrita, el Indicador Final de comportamiento contractual se detalla en el Anexo N° 8 (acompañado en esta presentación), que establece que la metodología de cálculo considera la evaluación de los prestadores del PAE y del PAP, mediante el análisis de los datos de supervisiones y ensayos de laboratorios realizados en los últimos 5 años, entre el mes de marzo de 2015 hasta febrero de 2020.
- 2.4. También, contempla que para aquellos casos en que alguno de los oferentes tenga "pendiente el pago de multas, debidamente ejecutoriadas, que haya sido notificada hasta el día anterior a la fecha de publicación de las presentes Bases y no haya sido pagada hasta la fecha de presentación de oferta, obtendrá como PCC en cualquiera de los casos un puntaje equivalente a 0".¹⁸
- 2.5. La infracción anticompetitiva se genera a raíz de que la JUNAEB estableció un **parámetro común a todos los contratantes, sin aplicar una diferenciación que haga cuenta de las distintas condiciones de los contratos, que han ido cambiando especialmente en materia de fiscalización y multas**. Esto último, se verifica al comparar los diferentes programas sancionatorios incluidos en las Licitación Pública 85-12LP2012, Licitación Pública 85-10-LP14, Licitación Pública 85-50-LR16, Licitación Pública 85-15-LR17 y la Licitación Pública ID 85-27-LR18.
- 2.6. Este H. Tribunal ha estimado que en un proceso de licitación es evidente que se excluirán quienes no presentaron las mejores ofertas, pero "se respetan las normas sobre protección a la libre competencia en la medida que todos hayan tenido igualdad de oportunidades para participar en

¹⁸ Bases de Licitación Pública ID 85-18-LR20, Resolución Afecta N° 70, p. 30.

dicho proceso [...]”.¹⁹ Por eso mismo, al establecer un parámetro único de evaluación del comportamiento contractual anterior, existiendo manifiestas diferencias en los contratos, no existe un trato igualitario entre los oferentes al ser anteriormente discriminados por externalidades que impone la propia Administración, en su posición de licitante.

- 2.7. La JUNAEB busca que se cumpla con las condiciones contractuales referidas a las infracciones, es decir, presiona para el pago de las multas adeudadas, y señala por los medios de comunicación, a través del Secretario General, Sr. Jaime Tohá, que “las empresas que no estén disponibles a cumplir con sus obligaciones van a ser castigadas en adelante y tendrán una barrera de entrada al programa de alimentación”.²⁰ Sin embargo, **la imposición de una barrera de entrada no puede significar un daño a la competencia, que ponga ex ante a los competidores en desiguales condiciones.**

3. Tercera infracción al artículo 3° del DL N° 211: indeterminación de las cláusulas concursales.

- 3.1. La JUNAEB en las presentes Bases incluyó una cláusula que permite modificar a futuro las disposiciones, sin entenderse estas como modificación propiamente tal, dejando en completa indeterminación el marco normativo del proceso licitatorio, incluyendo una limitante a la competencia, según como también identificó para este tipo de casos la FNE.
- 3.2. Las Bases contienen una cláusula que señala: “el adjudicatario y futuro prestador de servicio le serán aplicables las disposiciones que se dicten en el futuro en relación con las condiciones de operación de los servicios de alimentación y su provisión, las que serán consideradas como parte integrante del Contrato de Prestación de Servicios del Anexo N° 15, para las Líneas N° 1 y N° 2, y en el Anexo N° 16, para la Línea N° 3, de las presentes Bases de Licitación. Por tanto, la aplicación de dichas disposiciones no se considerará modificaciones contractuales”.²¹

¹⁹ Sentencia N° 11/2004 del TDLC.

²⁰ “JUNAEB lanzó millonaria licitación con amplia reforma a exigencias para las empresas postulantes”; Diario Financiero, 3 de noviembre de 2020; disponible en <https://www.df.cl/noticias/empresas/actualidad/junaeb-lanzo-millonaria-licitacion-por-tres-anos-con-amplia-reforma-a/2020-11-03/123304.html>.

²¹ Bases de Licitación de la Licitación Pública ID 85-27-LR18, Pág. 6.

- 3.3. Según esta cláusula, las reglas o disposiciones que estructuran el proceso de licitación para el suministro de raciones de alimentos son de una indeterminación tal que **no hay una real certeza sobre su existencia o perdurabilidad, ni tampoco existe una confiabilidad de que lo que está establecido no incorpora aquello que no fue incluido**. Lo cual permite calificar al proceso actual de licitación como **completamente discrecional y poco transparente**.
- 3.4. Ya este H. Tribunal ha señalado, como estándar, que “una efectiva competencia ex ante requiere que la licitación sea transparente y objetiva”, que, por consiguiente, la exposición a exigencias de tal envergadura, como la contenida en este diseño licitatorio, puede “reducir el número de participantes y con ello el grado de competencia”. Considerando que “presentarse a una licitación involucra costos irre recuperables para los postulantes, por lo que, de no existir garantías de transparencia, muchos interesados en prestar el servicio podrían optar por no participar en dicho proceso”.²²
- 3.5. La gravedad de una cláusula puesta en estos términos también fue identificada como una de las limitantes a la competencia por la División de Estudio de Mercado de la FNE en su último estudio sobre Compras Públicas y Libre Competencia del presente año. Este tipo de cláusula las clasificó como “muy exigentes”, ejemplificando que “licitaciones dentro de esta categoría indicaban en sus bases, por ejemplo, que las cláusulas concursales podían cambiar en cualquier momento durante el período de postulación”.²³

4. Conclusión.

- 4.1. Como lo ha señalado este H. Tribunal, los órganos del Estado no están eximidos de cumplir con la normativa de competencia cuando efectúan cualquier función que el ordenamiento les encomienda, en especial aquella que dice relación con la creación de un proceso de selección de proveedores de bienes o servicios que requieran para el ejercicio de sus actividades.²⁴ Esto significa que a pesar que la JUNAEB se encuentra

²² Sentencia N° 34/2005 del TDLC, Considerado Tercero.

²³ FNE (2020), p. 185.

²⁴ Sentencia N° 114/2011 del TDLC.

actuando dentro de sus atribuciones, diseñando un proceso de licitación que descansa en las bases de licitación que aquí se detallan, **ésta de todos modos puede cometer restricciones infundadas a la competencia.**²⁵

4.2. Así, la Administración en estos casos debe propender a establecer lo que la jurisprudencia de este H. Tribunal ha denominado “condiciones mínimas” de competencia en el ámbito de asignación de monopolios. Lo cual “se debe traducir en impedir que el actuar de la autoridad: (i) manifiestamente facilite la colusión de otros agentes económicos; (ii) establezca injustificadamente condiciones para que se produzcan un potencial abuso de dominancia luego de la licitación; o, (iii) límite injustificadamente la competencia mediante las condiciones contenidas en dichas bases”.²⁶ Estando, en este caso particular, evidentemente dentro del último de los factores a impedir por la Administración.

4.3. Por ende, cabe preguntarse si efectivamente la JUNAEB ha estructurado un proceso de licitación que cumpla con las condiciones mínimas de competencia que permita que la competencia *ex ante* sea plena, para efectos de subsanar el hecho que después el adjudicatario suministra en una posición monopólica y estructurando un mercado de oferentes de plena rivalidad en condiciones de eficiencia.²⁷ Ante esto, es evidente que no se han cumplido ni los más básicos estándares de competencia:

4.3.1. El diseño de los criterios de evaluación técnica opera con completa prescindencia de los objetivos particulares de este proceso de licitación, y de las funciones que le ha encomendado el legislador a la JUNAEB, y es por ello que nos encontramos con el hecho de que, las condiciones laborales de las manipuladoras de alimentos son el factor primordial y excluyente a ponderar, siendo que no tienen relación alguna con el producto alimenticio. Esto se traduce en que **la selección del oferente descansa solo y únicamente en la posibilidad que tengan de sostener económicamente las exigencias laborales impuestas por la Administración.** Además, el contenido de este factor de evaluación proviene de un “Acuerdo” suscrito por el representante de la JUNAEB con los

²⁵ Resolución N° 58/2019 del TDLC.

²⁶ Sentencia N° 138/2014 del TDLC.

²⁷ Sentencia N° 132/2013, considerando 42°; y Sentencia N° 138/2014, considerando 14°.

sindicatos del personal manipulador de alimentos que, más allá del examen de legalidad y constitucionalidad de este, significa un pacto de condiciones excluyentes en contra de los oferentes que evidentemente influye sustancialmente en la competencia del mercado.

4.3.2. Uno de los criterios de evaluación infringe gravemente la igualdad de los oferentes al establecer un factor común de evaluación del comportamiento contractual anterior, existiendo manifiestas diferencias en los contratos en materias de fiscalización, incumplimiento y multas. **La JUNAEB busca ejercer presión, excluir a aquellos operadores que no hayan cumplido con sus obligaciones contractuales anteriores, pero aquello no puede realizarlo en desmedro de la libre competencia, imponiendo restricciones carentes de objetividad que fundamenten los cálculos del "PCC".**

4.3.3. Y, finalmente, un aspecto que limita aún más la libre competencia, y que permite catalogar a este proceso de ampliamente discrecional y poco transparente, es la cláusula que permite abiertamente cambiar las reglas y/o disposiciones del proceso, no entendiéndose estas como modificaciones, sino que como elementos que siempre estuvieron incluidos. Básicamente, **reduciendo la certeza, confianza y seriedad del proceso al mínimo, extendiendo al máximo la discrecionalidad administrativa, restringiendo toda posibilidad de un mercado competitivo.**

4.4. Considerando que la FNE estimó que en los últimos 5 años las licitaciones públicas representan el 55% del volumen de gasto de las compras públicas, y que este ha representado cerca del 8% del presupuesto público para el año 2020,²⁸ **el énfasis sobre los diseños anticompetitivos debe ser aún más exhaustivo.**

4.5. Las Bases que aquí se impugnan son del todo anticompetitivas e incurren en **dos de las limitantes que identificó el propio fiscalizador estudiando múltiples procesos administrativos de Compras Públicas.** Un inadecuado diseño de los criterios de evaluación y la imposición de

²⁸ FNE (2020), Pág. 175.

una cláusula concursal que torna indeterminado el marco normativo son aspectos profundamente dañinos a la competencia, que se traducen en ineficientes procesos de licitación que terminan provocando un perjuicio al bienestar social, en este caso, vinculado a la satisfacción de las necesidades de alimentación de los beneficiarios del Programa de Alimentación Escolar y de Párvulos.

CAPÍTULO III: MERCADO RELEVANTE

A continuación, se explica en detalle el mercado en el cual inciden las infracciones a la Libre Competencia contenidas en las Bases. Para esto, desarrollaremos el 1) mercado relevante; 2) el mercado relevante geográfico; y 3) un breve pronunciamiento sobre los actos de autoridad.

1. Mercado relevante.

- 1.1. La jurisprudencia de este H. Tribunal ha indicado que al momento de examinar el mercado relevante en materia de licitaciones públicas conviene hacer una precisión preliminar.
- 1.2. Es de suma importancia identificar si el órgano del Estado, en este caso la JUNAEB, actúa como un agente económico, que se traduce en que actúa como demandante de bienes y servicios, o si lo hace como un "ente regulador que asigna derechos o recursos escasos".²⁹ Lo primero se identifica con una competencia "en el mercado" y lo segundo por una competencia "por el mercado, para que el adjudicatario sirva un mercado de manera monopólica por un período de tiempo".³⁰ Es relevante en el sentido que, desde la primera óptica "el mercado relevante será aquel en el que inciden los bienes o servicios licitados"³¹, y desde la segunda "el mercado relevante será precisamente la licitación".³²
- 1.3. En este caso particular, las Bases describen la licitación señalando que el objeto es "contratar la entrega diaria de productos alimenticios correspondientes a desayunos, colaciones, onces, almuerzos, cenas, tercer

²⁹ Sentencia N° 169/2019 del TDLC.

³⁰ Sentencia N° 168/2019 del TDLC.

³¹ Sentencia N° 114/2011 del TDLC, considerandos 27° y siguientes, citada en Sentencia N° 168/2019 del TDLC.

³² Sentencia N° 138/2014 del TDLC, considerando 10°, citada en Sentencia N° 168/2019 del TDLC.

servicio, entre otros, en las Unidades Territoriales señaladas en el punto 4.4 o los lugares que JUNAEB determine y en las condiciones conforme el Contrato disponga, para los beneficiarios descritos en la cláusula siguiente”.³³ Un conjunto de prestadores de servicios está a cargo de proveer los productos alimenticios a lactantes, párvulos, estudiantes, jóvenes y adultos del sistema escolar público y subvencionado.

- 1.4. Por consiguiente, el mercado relevante se encuentra establecido por las Bases que aquí se juzgan, que comprenden una asignación de un servicio que posteriormente el adjudicatario prestará en condiciones monopólicas. Se realiza un proceso administrativo en el que concursan distintos agentes privados, en conformidad a las reglas referidas en las bases y los anexos, para terminar seleccionado a alguno de los oferentes, quien suministrará los productos alimenticios correspondientes los años 2021, 2022, 2023, hasta diciembre del 2024.
- 1.5. Por ende, no se trata de analizar una conducta específica de la Administración, en tanto oferente o demandante de bienes y servicios; lo que se somete a juzgamiento de este H. Tribunal es la actuación en tanto órgano del Estado que elaboró y estructuró un modelo específico de asignación con efectos anticompetitivos en las condiciones concursales.
- 1.6. La JUNAEB, en esta ocasión, se encuentra licitando una cantidad estimada de 1.810.511 productos alimenticios diarios, que significan aproximadamente un tercio de las raciones alimenticias entregadas por el Programa de Alimentación en todo el país.³⁴ Según los datos que entrega la propia licitante, esta licitación impactará sobre 830 mil estudiantes, que equivalen al 45% de los beneficiarios del Programa a nivel nacional,³⁵ que serán fraccionadas según lo que se indica a continuación.

2. Mercado relevante geográfico.

- 2.1. Para llevar a cabo el Programa de Alimentación, el modelo de licitación que la JUNAEB suscribe descansa en tres líneas de productos, que se componen de varias “Unidades Territoriales” (en adelante, “UT”). Dentro

³³ Bases de Licitación Pública ID 85-18-LR20, Resolución Afecta N° 70, p. 12

³⁴ Bases de Licitación Pública ID 85-18-LR20, Resolución Afecta N° 70, p. 5.

³⁵ Nueva licitación de alimentación escolar resguarda eficiencia en uso de recursos públicos y mejora calidad del servicio para 830 mil estudiantes: <https://www.junaeb.cl/archivos/54725>

de las UT encontramos un conjunto de establecimientos educacionales u otros establecimientos designados por la autoridad para recibir alimentación (en adelante, "RBD"), que han sido agrupados en base a "criterios de volumen de productos alimenticios, proximidad y división político-administrativa del país, determinado por la JUNAEB".³⁶

2.2. La línea N° 1 está dirigida a todo tipo de oferentes que cumplan con los requisitos contenidos en las bases y está detallada en el siguiente cuadro:

Unidad Territorial	Región	Composición RBD
301	Región de Atacama	Ver Anexo N° 9
302	Región de Atacama	Ver Anexo N° 9
506	Región de Valparaíso	Ver Anexo N° 9
508	Región de Valparaíso	Ver Anexo N° 9
509	Región de Valparaíso	Ver Anexo N° 9
510	Región de Valparaíso	Ver Anexo N° 9
511	Región de Valparaíso	Ver Anexo N° 9
606	Región del Libertador General Bernardo O'Higgins	Ver Anexo N° 9
607	Región del Libertador General Bernardo O'Higgins	Ver Anexo N° 9
608	Región del Libertador General Bernardo O'Higgins	Ver Anexo N° 9
806	Región del Biobío	Ver Anexo N° 9
816	Región del Biobío	Ver Anexo N° 9
817	Región del Biobío	Ver Anexo N° 9
818	Región del Biobío	Ver Anexo N° 9
819	Región del Biobío	Ver Anexo N° 9
820	Región del Biobío	Ver Anexo N° 9
1301	Región Metropolitana	Ver Anexo N° 9
1304	Región Metropolitana	Ver Anexo N° 9
1306	Región Metropolitana	Ver Anexo N° 9
1331	Región Metropolitana	Ver Anexo N° 9
1339	Región Metropolitana	Ver Anexo N° 9
1390	Región Metropolitana	Ver Anexo N° 9
1391	Región Metropolitana	Ver Anexo N° 9
1392	Región Metropolitana	Ver Anexo N° 9
1393	Región Metropolitana	Ver Anexo N° 9
1604	Región de Ñuble	Ver Anexo N° 9
1605	Región de Ñuble	Ver Anexo N° 9
1101	Región de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo	Ver Anexo N° 9

Fuente: Bases de Licitación

³⁶ Bases de Licitación Pública ID 85-18-LR20, Resolución Afecta N° 70, p.10.

- 2.3. Por su parte, en la línea N° 2 a diferencia de la anterior, los adjudicatarios podrán entregar como máximo 34.000 productos alimenticios diarios en todos los contratos vigentes; y, además, esta línea está orientada a empresas de menor o mediano tamaño, en cuya propiedad no participen en más de un 15% empresas que adjudiquen en la línea N°1. Está detallada en el siguiente cuadro:

Unidad Territorial	Región	Composición RBD
1383	Región Metropolitana	Ver Anexo N° 9
1384	Región Metropolitana	Ver Anexo N° 9
1385	Región Metropolitana	Ver Anexo N° 9
1386	Región Metropolitana	Ver Anexo N° 9
1387	Región Metropolitana	Ver Anexo N° 9
1388	Región Metropolitana	Ver Anexo N° 9
1389	Región Metropolitana	Ver Anexo N° 9
1394	Región Metropolitana	Ver Anexo N° 9
1395	Región Metropolitana	Ver Anexo N° 9
1396	Región Metropolitana	Ver Anexo N° 9
1397	Región Metropolitana	Ver Anexo N° 9
1398	Región Metropolitana	Ver Anexo N° 9
1399	Región Metropolitana	Ver Anexo N° 9

Fuente: Bases de Licitación

- 2.4. Finalmente, la línea N° 3 está destinada a empresas con experiencia local, y está detallada en el siguiente cuadro:

Unidad Territorial	Región	Composición RBD
507	Región de Valparaíso	Ver Anexo N° 9

Fuente: Bases de Licitación

3. Actos de autoridad.

- 3.1. Es pertinente precisar por medio de este apartado, la posición de la JUNAEB, lo que significa para estos efectos que actúe como ente de la Administración y que sea uno de los agentes que opera en la gestión de este mercado relevante. La posición de licitante significa una participación especial y tiene una lógica distinta a las que surgen a propósito de fuerzas económicas privadas, por ende, no se analiza de la misma forma.
- 3.2. Este H. Tribunal ha fallado que en aquellos casos que “la conducta anticompetitiva imputada deriva de un acto de autoridad y no de una

posición de dominio de la cual supuestamente se ha abusado, este Tribunal no requiere definir de manera precisa y concreta el mercado relevante a través de las metodologías tradicionales que se utilizan para efectuar inferencias acerca del poder de mercado de un determinado agente económico por medio de la identificación, en términos de producto y área geográfica, del ámbito de actividad de las fuerzas competitivas centrales al caso. En los casos en que se adjudica un servicio en condiciones no competitivas mediante una licitación, dicho ámbito queda definido por las bases de licitación, y, por lo tanto, el licitante tiene un amplio poder para afectar el funcionamiento del mercado al diseñarlas”.³⁷

- 3.3. Por consiguiente, dado que el análisis no parte de la misma matriz que otros casos, en los que, por ejemplo, se debe probar el abuso de posición dominante de alguno de los agentes económicos; aquí las circunstancias son distintas. Dado que la autoridad goza de una posición especial de licitante, en la que genera, diseña y adjudica un mercado en sí mismo, debe ser analizada con otros estándares deseables de competitividad.

CAPÍTULO IV: COMPETENCIA DE ESTE H. TRIBUNAL

En este apartado expondremos los argumentos que permiten concluir que este H. Tribunal es competente para conocer de 1) los actos de los órganos del Estado que transgreden la Libre Competencia; 2) el diseño o estructura de las bases de licitación; y, en particular, 3) de las infracciones que se dan en el caso sub lite.

1. Los órganos del Estado están sujetos al DL N° 211.

- 1.1. El artículo 2° del DL N° 211, establece que le “corresponderá al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y a la Fiscalía Nacional Económica, en la esfera de sus respectivas atribuciones, dar aplicación a la presente ley para el resguardo de la libre competencia en los mercados”.
- 1.2. El legislador le entregó al TDLC una potestad jurisdiccional con una finalidad especialmente específica: “resolver conforme a Derecho y justicia

³⁷ Sentencia N° 138/2014 del TDLC.

las pretensiones procesales que puedan plantearse como consecuencia de los ataques o vulneraciones al bien jurídico tutelado libre competencia".³⁸

- 1.3. La tutela del bien jurídico libre competencia puede interpretarse como una concreción de la garantía constitucional contenida en el artículo 19 N° 21, que supone la protección de la libertad económica,³⁹ concluyendo que las normas relativas al régimen de libre competencia forman parte del "orden público económico".⁴⁰ Así lo señaló la Comisión Resolutiva: "una de las normas de mayor importancia que regulan esta garantía constitucional y que forman parte del orden público económico es, precisamente el decreto ley N° 211, ya que sus disposiciones tienen por objeto evitar la distorsión de la economía a que puede conducir la manipulación de la oferta y la demanda en el mercado".⁴¹ De este último se desprende que existe "legitimidad constitucional" del DL N° 211, y, por consiguiente, de las instituciones que encarnan su aplicación, para establecer "regulaciones e inclusive limitaciones que garanticen el libre ejercicio de una actividad económica lícita, por la vía de reprimir, sancionar o precaver aquellos comportamientos que podrían impedir o afectar ese libre ejercicio".⁴²
- 1.4. Esto último nos permite entender la protección de la libre competencia de forma amplia y extensa. Así, frente a la pregunta de si se incluye dentro de las atribuciones del TDLC el control de la libre competencia sobre el ejercicio de las potestades públicas de los organismos administrativos, **históricamente la jurisprudencia ha dado una respuesta afirmativa.**
- 1.5. Desde sus inicios la Comisión Resolutiva falló en este sentido, señalando que "el ejercicio por parte de la autoridad de facultades discrecionales encuentra un límite en las normas legales que regulan la libre competencia",⁴³ dando a entender la complementariedad entre las atribuciones discrecionales de la Administración con la fiscalización específica destinada a la defensa de la Libre Competencia.⁴⁴

³⁸ Valdés Prieto, Domingo (2006) *Libre Competencia y Monopolio*, Editorial Jurídica de Chile. p. 590.

³⁹ Nehme, Nicole (2011) "Aplicación de las normas de Defensa de la Competencia a los organismos de la Administración del Estado" en *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*; TDLC; p. 320

⁴⁰ Valdés (2006), p. 128

⁴¹ Resolución N° 368/1992 de la Comisión Resolutiva.

⁴² Nehme (2011) p. 322

⁴³ Resolución N° 173/1984 de la Comisión Resolutiva.

⁴⁴ Resolución N° 37/1977 de la Comisión Resolutiva.

- 1.6. El TDLC desde un principio ha confirmado el precedente que afirma la plena sujeción de los órganos del Estado al DL N° 211, indicando que “este Tribunal se considera competente para conocer de actuaciones de la autoridad que infrinjan o puedan infringir las normas que protegen la libre competencia contenidas en el DL N° 211, aun cuando hayan sido efectuadas sin exceder sus atribuciones legales, pues éstas tienen el límite de respetar las normas de orden público económico contenidas en dicho cuerpo legal”.⁴⁵
- 1.7. Dada la amplitud del artículo 3° del DL N° 211,⁴⁶ sobre la base de que las normas de protección de la libre competencia son de orden público, mientras los agentes concurren a mercado, el TDLC falló que tanto personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, estaban dentro de su esfera de control,⁴⁷ considerando que “lo relevante para efectos de la legislación de defensa de la competencia es analizar si sus actuaciones como oferente o demandante de bienes y servicios inciden o no en el resultado que debiera prevalecer en un mercado competitivo, pues lo que en definitiva se busca al cautelar el bien jurídico de la libre competencia, es impedir que se produzcan conductas que la entorpezcan o eliminen, ocasionando así pérdidas de bienestar social o, en otras palabras, que afecten negativamente la eficiencia económica en el uso de recursos escasos”.⁴⁸
- 1.8. De forma más reciente, el TDLC le ha dado prácticamente un tratamiento evidente a la doctrina de plena sujeción de los organismos administrativos a la libre competencia, considerando, por ejemplo, que, “la cuestión relativa a si las instituciones del Estado están sujetas al derecho de la competencia posee una respuesta afirmativa relativamente pacífica en nuestro derecho”.⁴⁹ Así como también, “existe abundante jurisprudencia tanto de este Tribunal como de sus antecesoras –las Comisiones Preventivas y Resolutiva- y de la Excma. Corte Suprema, que ha señalado

⁴⁵ Sentencia N° 11/2004 del TDLC.

⁴⁶ “La expresión amplia “(e)l que...” que utiliza el legislador en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 para aludir al sujeto activo de una infracción a la libre competencia, revela que éste no requiere tener ninguna calidad especial, de manera que comprende a cualquier persona, sea natural o jurídica, pública o privada, con o sin fines de lucro, que concorra individual o colectivamente a un mercado”. Sentencia N° 121/2012 del TDLC, Considerando 5°.

⁴⁷ Sentencia N° 100/2010 del TDLC.

⁴⁸ Sentencia N° 77/2008 del TDLC.

⁴⁹ Sentencia N° 138/2014 del TDLC.

reiteradamente que las normas de libre competencia del DL N°211 no contemplan ninguna excepción en cuanto a los sujetos a quienes se aplica y que, por lo tanto, también deben ser cumplidas por los órganos de la Administración del Estado, por cuanto es perfectamente posible que éstos, a través de sus actuaciones en el mercado, impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, tiendan a producir dichos efectos”.⁵⁰

2. El diseño de las bases de licitación son materia de escrutinio del TDLC.

2.1. Ahora bien, una vez sentada la idea que los órganos del Estado están sometidos al cumplimiento de la normativa de la libre competencia, la pregunta gira en torno a dilucidar cuál es la actividad administrativa circunscrita a la competencia del TDLC y cuál es competencia de otros tribunales, siendo el Tribunal de la Contratación Pública el ejemplo paradigmático, a raíz de los límites competenciales de cada uno.

2.2. En esto el TDLC ha sido bastante claro al señalar que los actos de la Administración que son susceptibles de ser juzgados por este Tribunal son aquellos que dicen relación con **el diseño o arquitectura de las bases de licitación**.⁵¹ Así ha fallado que “las actuaciones estatales materializadas

⁵⁰ Sentencia N° 132/2013 del TDLC.

⁵¹ En esta materia el TDLC se ha pronunciado previamente de manera robusta sobre diferentes conflictos que se han suscitado a raíz del diseño de diversas bases de licitación. Así “se ha discernido si las cláusulas de las bases administrativas infringen las normas de defensa de la libre competencia, restringiendo la participación, en igualdad de condiciones, de competidores a los procesos licitatorios en cuestión o impidiendo la selección del competidor más eficiente (Sentencia N° 37/2006, consideración decimocuarta). De acuerdo con lo expuesto, este Tribunal ha analizado si las exigencias impuestas por las bases de licitación reducen o pueden reducir sin fundamentos el número de oferentes que puedan participar en un proceso de contratación (entre otras, Sentencia N° 34/2005, consideraciones cuarta, vigésimo quinta y vigésimo sexta; Sentencia N° 77/2008, consideraciones vigésimo cuarta a trigésimo cuarta, trigésimo sexta, cuadragésimo primera a cuadragésimo novena y quincuagésima quinta; Sentencia N° 92/2009, consideraciones trigésimo tercera, trigésimo cuarta, trigésimo sexta y cuadragésimo sexta; Sentencia N° 150/2010, consideraciones quincuagésima segunda, quincuagésima novena y sexagésima cuarta; Resolución N° 7/2005, consideraciones cuarta a octava y duodécima; Resolución N° 13/2006, consideraciones decimosegunda, decimotercero). También ha juzgado el impacto que produce en la competencia entre oferentes el otorgamiento de facultades discrecionales al ente licitante (entre otras, Sentencia N° 34/2005, consideraciones decimoctava y vigésimo octava; Sentencia N° 89/2009, consideraciones trigésimo quinta y trigésimo sexta; Resolución N° 13/2006, consideración decimoquinta) y la falta de claridad en los criterios de asignación del objeto de la licitación o en la responsabilidad, cargas y deberes que asume el adjudicatario (entre otras, Sentencia N° 34/2005, consideración tercera; Resolución N° 4/2005,

durante la etapa de diseño de las bases de licitación sí son, de modo más general, materia de escrutinio por parte de este Tribunal, por cuanto existe en este caso una posibilidad objetiva y efectiva de que la libre competencia pueda verse impedida, restringida o entorpecida, o que con dicho actuar se tienda a ello”.⁵²

2.3. Así también lo entiende el ente persecutor en materia de Libre Competencia, la Fiscalía Nacional Económica, afirmando que “a diferencia de la impugnación de arbitrariedades e ilegalidades ocurridos al interior del procedimiento administrativo de contratación (i.e., los que tengan lugar entre la aprobación de las bases respectivas y su adjudicación, donde rigen los principios de libre concurrencia e igualdad de los oferentes y de estricta sujeción a las bases), competencia del Tribunal de Compras Públicas, la revisión de la conformidad del diseño de las bases de licitación con la normativa antimonopolio pertenece al ámbito de competencia de los órganos encargados de velar por la defensa de la libre competencia, esto es, la FNE y el TDLC”.⁵³

2.4. La Excm. Corte Suprema ha respaldado este punto remarcando cuáles son los límites, señalando que “este Tribunal carece de competencia para pronunciarse respecto de conductas exclusorias o discriminatorias acaecidas con motivo o a propósito del proceso de selección de la empresa proveedora, posterior a la aprobación de las bases de administración y técnicas, cuestión que sería de competencia del H. Tribunal de Contratación Pública, el que debe conocer de la impugnación de actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, que se hayan verificado con ocasión de los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por la Ley N° 19.886”.⁵⁴

3. Competencia del TDLC en el caso sub-lite.

consideración décima; Resolución N° 13/2006, consideración décimo séptimo)”. Sentencia N° 132/2013, Considerando Vigésimo.

⁵² Sentencia N° 138/2014 del TDLC.

⁵³ FNE, Estudio de licitaciones de compras de medicamentos en establecimientos públicos de salud, noviembre 2014, Pág. 6; disponible en línea https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/11/Estudio_Licitaciones_compras_medicamentos.pdf.

⁵⁴ Sentencia de la Excm. Corte Suprema (Rol N° 8843-2019) citada en la resolución del 18 de febrero de 2019, en causa C-369-2019 del TDLC.

- 3.1. Como se señaló anteriormente, los órganos de la Administración del Estado se encuentran sujetos a las normas de la libre competencia establecidas en el DL N° 211, y corresponde al TDLC juzgar su estricta aplicación. Sin embargo, esa competencia se encuentra constreñida al diseño o estructura de las bases de licitación, respetando la competencia de otros tribunales respecto a la actividad administrativa.
- 3.2. En este caso en particular, se somete a juzgamiento de este H. Tribunal la **estructura de las bases de licitación de un órgano del Estado, dado que las condiciones de las bases del proceso de Licitación Pública ID-85-18-LR20 impiden, restringen o entorpecen la libre competencia.** El objeto principal de la acción que aquí se presenta son el diseño de las bases que la JUNAEB ha estructurado para la contratación del servicio de suministro de raciones alimenticias para los beneficiarios de los programas de alimentación.
- 3.3. Las cláusulas concursales, como se demostró anteriormente en el Capítulo II, están configuradas de tal forma que afectan directamente el desenvolvimiento de la libre competencia en la licitación, afectando no solo a competidores específicos, sino que dañando la competencia en sí misma. Lo cual, descarta la competencia de otros tribunales, y habilita a este H. Tribunal para conocer de este caso y velar por el correcto funcionamiento del mercado, en pos de hacer valer la garantía constitucional contenida en el artículo 19 N° 21 de la Constitución.

POR TANTO,

A ESTE H. TRIBUNAL RESPETUOSAMENTE PEDIMOS: Se sirva tener por interpuesta demanda en contra de la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas (JUNAEB) y, en su mérito, acogerla en todas sus partes procediendo a:

1. Declarar que JUNAEB ha diseñado unas Bases de Licitación contrarias a la libre competencia, infringiendo el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, al haber dispuesto:
 - 1.1. Un inadecuado diseño de los criterios de evaluación de la "Oferta Técnica".

- 1.2. Un parámetro común de cálculo de uno de los criterios de evaluación de la "Oferta Técnica", como es el comportamiento contractual anterior.
- 1.3. Una cláusula que infunde una extraordinaria indeterminación al proceso de licitación.
2. Dejar sin efecto, o bien se ordene a la JUNAEB dejar sin efecto, las Bases de Licitación correspondientes a la Licitación Pública ID 85-18-LR20.
3. Que se apliquen las multas en contra de la JUNAEB, como estime este H. Tribunal.
4. Imponer las medidas que este H. Tribunal estime pertinentes, en conformidad a la Ley y en atención a todo lo desarrollado en esta presentación.

PRIMER OTROSÍ: En conformidad al artículo 25° del DL N° 211, solicitamos urgentemente a este H. Tribunal que decrete la medida cautelar de suspensión del proceso de Licitación Pública ID 85-18-LR20; con la finalidad de detener el perjuicio anticompetitivo detallado en lo principal de esta presentación y resguardar el bien común.

La medida cautelar solicitada es estrictamente necesaria dado que:

1. Existe un peligro en la demora que se materializa en lo siguiente:
 - 1.1. En las condiciones actuales en las que están planteadas las Bases de Licitación se llevará a cabo un proceso de licitación inadecuado, desigual e indeterminado, que derivará en un restringido mercado de oferentes, que a la larga significan una **adjudicación profundamente anticompetitiva**.
 - 1.2. Es necesario suspender el proceso de licitación porque de mantenerse un proceso con **una estructura concursal anticompetitiva producirá un daño permanente**. El concurso en su totalidad presentará vicios competitivos que posteriormente podrían tener efectos dañinos irrecuperables, considerando fundamentalmente la cantidad de recursos que están involucrado y la naturaleza de los servicios que aquí se licitan.

2. En conformidad al artículo 25° del DL N° 211, los antecedentes de hecho y de derecho que se enunciaron en lo central de esta presentación constituyen una presunción grave del derecho que se invoca, y además es pertinente poner énfasis en lo siguiente:

2.1. El propio Sr. Tohá Lavanderos, Secretario General de la JUNAEB, señaló, como se dijo a raíz de la segunda infracción, por los medios de comunicación que: "las empresas que no estén disponibles a cumplir con sus obligaciones van a ser castigadas en adelante y tendrán una barrera de entrada al programa de alimentación". **Frente a esta confesión del Secretario General solo queda comentar lo evidente que resulta que las bases de licitación en los términos que se encuentran actualmente están siendo manipuladas para efectos de presionar e incluso excluir participantes, afectando la competencia y el mercado en sí, porque no se está respetando uno de los principios básicos de la libre competencia como es la igualdad de los oferentes, según como se acreditó debidamente en el cuerpo principal de esta demanda.** El criterio de evaluación, al que alude el Sr. Tohá Lavanderos en su declaración, es el del comportamiento contractual anterior, que no contiene criterios fidedignos con la historia de las licitaciones que ha llegado a cabo la propia JUNAEB. No queremos que pase desapercibido el hecho de que el Secretario General exprese por los medios las connotaciones anticompetitivas del proceso de licitación en completa impunidad, teniendo en cuenta la completa sujeción de los órganos del Estado con el DL N° 211.

2.2. Asimismo, el mismo Secretario General de la JUNAEB, suscribió un "Acuerdo", que acompañamos en otrosí de esta presentación, con diversos sindicatos que agrupan a casi la totalidad de los trabajadores /manipuladoras de alimentos, que las empresas oferentes tienen bajo contrato de trabajo. Este insólito "Acuerdo", como detallamos en el cuerpo de esta demanda, fue trasladado íntegramente como criterio de evaluación de la propuesta técnica de la licitación. **Este criterio de beneficios laborales contraídos por la JUNAEB en el "Acuerdo" antes mencionado, implica que el 65% de la "Oferta Técnica" depende de que el oferente atribuya los beneficios laborales que pactaron la JUNAEB y los sindicatos. No escapa usted lo irregular de esta práctica, por calificarla finamente, de convenir con los sindicatos beneficios laborales que no están en relación con la**

productividad de la empresa ni con la naturaleza del bien que se licita y que constituyen una barrera de entrada que afecta la continuidad de las empresas y del mercado. Por otro lado, queremos destacar lo que también detallamos en el cuerpo de esta demanda, que, si un oferente no satisface casi la totalidad o la totalidad de los beneficios laborales comprendidos, primero, en el "Acuerdo" JUNAEB-Sindicatos, y segundo, en las Bases de Licitación/"Oferta Técnica", no tienen ninguna posibilidad de competir, porque las Bases están hechas para que se prioricen los intereses de los sindicatos.

- 2.3. Durante el proceso de "Consultas/Respuestas", en el que la JUNAEB recibe y responde las preguntas de los potenciales oferentes, de un total de 3.291 preguntas, más del 80% de las respuestas fueron "Remítase a las bases", es decir, **derechamente no fueron contestadas**. Sin ánimo de impugnar ese acto por este medio, evidentemente este es un antecedente de suma gravedad considerando que lo que aquí se ha planteado es una amplia discrecionalidad de la Administración que atenta contra la libre competencia en el mercado de suministro de productos alimenticios, al atribuirle a este proceso de licitación poca transparencia y seriedad. Constituye una limitación a la competencia, como lo ha señalado la FNE, este tipo de cláusulas en las licitaciones públicas y la propia JUNAEB
- 2.4. En particular, relacionado con las infracciones que esta parte ha alegado, se le preguntó a la JUNAEB por **la cláusula que incorpora las disposiciones que se dicten a futuro, sin considerarlas modificaciones, a lo que ésta simplemente remitió a las bases**. Constituye una limitación a la competencia, como lo ha señalado la FNE, este tipo de cláusulas en las licitaciones públicas y la propia JUNAEB está conforme con esto a tal punto que ni siquiera se pronuncia. Y, también, se le consultó si se generará un aumento de costos a raíz de la inclusión de disposiciones a futuro, iba ésta a compensar este incremento. La respuesta fue que "no considera compensación por mayores costos en razón de lo consultado".⁵⁵
- 2.5. A su vez, frente al criterio que estima el comportamiento contractual anterior, se le preguntó qué períodos de años o que licitaciones tomará

⁵⁵ Consulta N° 98 y N° 99.

en cuenta para definir si un oferente tiene o no pendiente el pago de multas.⁵⁶ A lo que la JUNAEB respondió “no considera un período de años o licitaciones específicas para la determinación de las multas pendientes de pago”. Lo cual, demuestra que **la autoridad en este caso no tiene un criterio objetivo que permita a los oferentes competir en igualdad de condiciones frente a la licitación.**

POR TANTO,

AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA SOLICITAMOS:

Que decrete en forma urgente la medida cautelar de suspensión del proceso de Licitación Pública ID 85-18-LR20, mientras no se subsanen las infracciones a la normativa contenida en el DL N° 211 y pueda estimarse que el bien común se encuentra resguardado.

SEGUNDO OTROSÍ: Solicitamos a este H. Tribunal que tenga por acompañado los siguientes documentos:

1. Copia autorizada de escritura pública de mandato judicial de uno de diciembre del presente año, otorgada en la Notario Público, María Angélica Galán Bäuerle, número de repertorio 4541-2020, donde constan nuestras facultades para representar a Distribuidora de Alimentos S.A.
2. Copia de la Resolución Afecta N° 70 de la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas, que contiene las Bases de Licitación Pública ID 85-18-LR20.
3. Copia de los Apéndices de la Licitación Pública ID 85-18-LR20.
4. Copia de los Anexos N° 1, N° 2, N° 3, N° 4, N° 5, N° 6, N° 7, N° 8, N° 9, N° 10, N° 11, N° 12, N° 13, N° 14, N° 15 y N° 16, correspondientes a la Licitación Pública ID 85-18-LR20.
5. Copia del Acuerdo del 15 de junio del año 2020 suscrito por el Secretario General de la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas, Sr. Jaime Tohá Lavanderos, y las representantes de las Federaciones de Trabajadoras Manipuladoras de Alimentos.

⁵⁶ Consulta N° 106.

6. Copia del Certificado de experiencia y raciones diarias asignadas, del Departamento de Alimentación Escolar, de la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas.
7. Copia del Comprobante de pago en "Chileproveedores", en el consta el pago de la inscripción anual en el Registro de Proveedores y servicios complementarios.

TERCER OTROSÍ: Solicitamos a este H. Tribunal que tenga presente que en nuestra calidad de abogados habilitado para el ejercicio de la profesión asumiremos personalmente el patrocinio y poder en autos, en virtud del mandato que se nos ha conferido y que se acompaña en el segundo otrosí de esta presentación. Sin perjuicio de lo anterior, conferimos asimismo poder a los abogados habilitados para el ejercicio de la profesión don **Francisco Cañas Sepúlveda** y doña **Paula Marowski Johannesen**, quienes podrán actuar conjunta o separadamente con los suscritos, de nuestro mismo domicilio, quienes firman en señal de aceptación.

CUARTO OTROSÍ: Solicitamos a este H. Tribunal designar como ministros de fe a los receptores Jaime Araya Adam, cédula nacional de identidad N° 8.718.495-1, Jaime Alvarez Andrade, cédula nacional de identidad N° 4.857.064-K y Zayda Rodríguez Fuentes, cédula nacional de identidad N° 7.810.864-9; a fin de que cualquiera de ellos proceda a efectuar las notificaciones que corresponda practicar en este proceso a través de un ministro de fe.

QUINTO OTROSÍ: Indicamos a este H. Tribunal que, para efectos de realizar la notificación de las resoluciones correspondientes, tenga presente los siguientes correos electrónicos: ggomez@gpgabogados.cl; jfgarcia@gpgabogados.cl; pmarowski@gpgabogados.cl; y fcanas@gpgabogados.cl.

GASTON
ALFONSO
GOMEZ
BERNALES

Firmado digitalmente por GASTON ALFONSO GOMEZ BERNALES
Fecha: 2020.12.11 12:34:22 -03'00'

FRANCISCO
JAVIER
CANAS
SEPULVEDA

Firmado digitalmente por FRANCISCO JAVIER CANAS SEPULVEDA
Fecha: 2020.12.11 12:34:56 -03'00'

JOSE
FRANCISCO
GARCIA

Firmado digitalmente por JOSE FRANCISCO GARCIA GARCIA
Fecha: 2020.12.11 12:55:43 -03'00'

PAULA
JOHANNA
MAROWSKI
JOHANNESSE
N

Firmado digitalmente por PAULA JOHANNA MAROWSKI JOHANNESSEN
Fecha: 2020.12.11 12:56:21 -03'00'