

R-DJ-476-2010

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División Jurídica. San José, a las diez horas del catorce de setiembre de dos mil diez. -----

Recurso de apelación interpuesto por **Edwin Rolando Easy Bryan** en contra del acto de adjudicación de la **Licitación Pública 2010LN-000002-SCA**, promovida por la **Universidad Nacional**, para la contratación de servicios de alimentación “Catering Services”, por entrega según demanda, acto recaído a favor de **Herberth Herra Castro**. -----

RESULTANDO

I.- El señor Edwin Rolando Easy Bryan impugnó el acto de adjudicación de la referida licitación por considerar indebida la exclusión de su oferta, toda vez que afirma, haber subsanado correctamente, los aspectos comunicados por parte de la Administración a través de la prevención remitida. Por esa razón, consideran que su oferta es elegible y además obtiene un mayor puntaje que la adjudicataria en el sistema de evaluación. -----

II.- Que mediante auto de las ocho horas del veintiséis de agosto del dos mil diez, se solicita el expediente administrativo a la Universidad Nacional (ver folio 07 del expediente de apelación). La Administración aporta el expediente por medio del oficio PI-D-652-2010 del 27 de agosto del año en curso (ver folio 012 del expediente de apelación). -----

II. Que la presente resolución se dicta dentro del término de ley y en su trámite se han observado las disposiciones legales y reglamentarias vigentes. -----

CONSIDERANDO

I.- Hechos probados: **1)** Que la Universidad Nacional promovió la Licitación Pública 2010LN-000002-SCA, para la contratación de servicios de alimentación “Catering Services”, por entrega según demanda (ver folio 06 del expediente de apelación Diario Oficial La Gaceta No.159 del 17 de agosto del 2010). **2)** Que el cartel del concurso contiene las siguientes cláusulas: **2.1)** “(...) “(...) **3.3.** *Los oferentes deberán de tener vigente al momento de la apertura de las ofertas y durante toda la vigencia del contrato, el permiso sanitario de funcionamiento emitido por el Ministerio de Salud del local donde prepara los alimentos, para o cual deberán de presentar una copia de este permiso junto con su oferta. En caso de que durante la ejecución del contrato, el o los contratistas deban de realizar un cambio de las instalaciones de la empresa, el contratista estará en la obligación de informar a la Universidad Nacional de manera inmediata y se le dará un tiempo prudencial de 02 meses una vez anunciado el cambio, para la presentación de la copia del servicio sanitario, la Universidad Nacional, una vez más estará facultada para verificar mediante inspección sin previo aviso, en las nuevas instalaciones para corroborar esta información. (...)*” Ver folio 019 del

expediente de administrativo). **3)** Que en su oferta el señor Edwin Rolando Easy Bryan para cumplir con el requerimiento cartelario 3.3 aportó el Permiso Sanitario de Funcionamiento del Ministerio de Salud, No. RCN-ARSH-R-0736-2009 emitido el 11 de mayo del 2009 nombre de Fiesta Mexicana S.A., cuyo representante legal es el señor José Luis López Vargas (ver folio 091 del expediente administrativo). **4)** Que mediante el oficio PI-SCA-958-2010 del 25 de mayo del 2010 la Licda. Kathia Castro Arias en su calidad de Jefe de la Sección de Contratación Administrativa, le solicita al señor Edwin Easy Bryan, por medio del cual se le concede un plazo máximo de 5 días hábiles para que se refiera a los siguiente: “(...) *En cuando (sic) a los requisitos formales y técnicos de la oferta de Edwin Easy Bryan, una vez analizados todos los requisitos, nos encontramos con que el requisito solicitado en el punto 6.3 Permiso Sanitario de Funcionamiento, no se presenta a nombre del oferente, sino que se presenta una copia del permiso sanitario a nombre de Restaurante Fiesta Mexicana S.A. donde el Representante Legal es José Luis López Vargas, aspecto que tiene que ser aclarado por el oferente (...)*” (ver folio 427 del expediente administrativo). **5)** Que en respuesta al mencionado oficio PI-SCA-958-2010, por medio de una nota del 23 de junio del año en curso, el señor Edwin Easy Bryan procede a adjuntar Declaración Jurada emitida por el Apoderado Generalísimo de Restaurantes Fiesta Mexicana, señor José Luis López Vargas, en la cual aclara la prevención que efectuada. En dicha declaración el señor José Luis López Vargas manifiesta: “(...) *la empresa “RESTAURANTES FIESTA MEXICANA SOCIEDAD ANÓNIMA, (...) tiene una relación comercial con el señor Edwin Easy Bryan, en cuanto al permiso de funcionamiento de todos los alimentos que el ofrece de Catering Service, tanto para eventos privados como para eventos privados como para eventos con la Administración Pública y Entidades Autónomas desde hace más de cuatro años. (...)*” (ver folios 465 y 466 del expediente de apelación). **6)** Que en el Análisis Integral de la Licitación Pública 2010LN-000002-SCA, al valorar la oferta presentada por Edwin Easy Bryan se indicó: “(...) *En cuanto al Permiso Sanitario de Funcionamiento indicó que: “En cuanto al punto 6.3 “Permiso Sanitario de Funcionamiento”. Aclaro que las comidas son procesdas en el Restaurante Fiesta Mexicana S.A., por tal razón aporté dicho permiso como lo solicitaba el cartel. La Administración con la finalidad de contar con mator claridad solicitó mediante el oficio PI-SCA-1215-2010 que aclarara cual es la relación comercial y legal que existe entre Edwin Rolando Easy Bryan y Fiesta Mexicana Sociedad Anónima, a lo que el oferente respondió adjuntando una declaración jurada del Representante Legal de la empresa Restaurantes Fiesta Mexicana Sociedad Anónima (...). Ahora bien, el Ministerio de Salus indica que en cuanto al permiso de Funcionamiento: “De acuerdo a la Ley General de Salud, todos los establecimientos*

agrícolas, comerciales, industriales y servicios deben contar con el Permiso de Funcionamiento para operar en el territorio nacional. Por lo que toda persona que planea formalizar una empresa en Costa Rica, debe contar con el permiso de funcionamiento de acuerdo a su actividad, según: Reglamento General para el Otorgamiento de Permisos de Funcionamiento del Ministerio de Salud (...)”. Cita los artículos 213, 124, 125 y 126 de la Ley General de Salud. A su vez, el análisis continúa indicando: “(...) *Ahora bien es claro que el objeto del contrato que se desprenda de esta licitación, abarca más allá de la sola elaboración de los alimentos; implica el transporte de los alimentos hasta las instalaciones de la Universidad, la conservación de los mismos durante los eventos de catering, la manipulación de los alimentos por parte de los saloneros, y la manipulación de la cristalería con que se servirán dichos alimentos, por lo que la oferta del Sr. Edwin Easy Bryan no cumple con el requisito del permiso de funcionamiento. Adicionalmente no queda claro, por parte del Sr. Bryan, cual es la empresa que va a preparar los alimentos que entregaría a la UNA en una eventual adjudicación, ya que el indica que no tiene permiso sanitario de funcionamiento, toda vez que el no es quien prepara los alimentos. Así las cosas no podría esta Administración contar con un proveedor para un servicio de preparación y venta de alimentos que claramente indica que no prepara los alimentos, al ser evidente que los alimentos suministrados a la Universidad no son preparados por el oferente, la Administración se encuentra en riesgo de que ante una eventual separación de la relación comercial informal entre el Sr. Bryan y Fiesta Mexicana el servicio eventualmente contratado se vea afectado, implicando una afectación directa para la Administración (...)*” (ver folios 526 y 527 del expediente administrativo). 7) Que por medio de la resolución de adjudicación N° 0865-2010 de las diez horas con cincuenta y cinco minutos del 10 de agosto del 2010, la Dirección de Proveeduría Institucional de la Universidad Nacional decide adjudicar en la línea No.2 para el rol de catering al proveedor Herberth Herra Castro para algunos ítems, dentro de los cuales destacan el ítem 4, Almuerzo y cena tipo informal ¢2.900,00 por persona, y el ítem 5, Almuerzo y cena tipo formal ¢4.400,00 por persona. -----

II.- Sobre la admisibilidad del recurso interpuesto. Sobre la legitimación. Con base en lo dispuesto por el artículo 176 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), el cual dispone que: “(...) *podrá interponer el recurso de apelación cualquier persona que ostente un interés legítimo, actual, propio y directo (...)*”, resulta indispensable realizar el análisis referente a la legitimación, como actuación previa para determinar la procedencia o no de los argumentos en que el apelante apoya su recurso. Sobre el particular, siendo que dentro del procedimiento concursal de marras, el apelante resultó ser excluido del concurso por parte de la Administración (ver hecho

probado No.6), para efectos de comprobar la legitimación que ostenta y el mejor derecho que le asiste, el recurrente debería poder acreditar, los siguientes dos aspectos: a) Que su oferta es elegible y b) Que su oferta ostenta un mejor derecho que la oferta adjudicataria y por ende le corresponde resultar readjudicatario. En esos términos, es menester señalar que la acreditación de esos dos aspectos resulta vital para el conocimiento del recurso, considerando que con el solo hecho de determinar la ausencia de alguno de los dos aspectos mencionados, resulta ser suficiente para el rechazo del recurso incoado. Bajo ese escenario, se procederá a conocer los argumentos expuestos por parte del recurrente para demostrar que su oferta debería ser la legítima readjudicataria del concurso en estudio. **1. Sobre el Permiso Sanitario del Ministerio de Salud.** El apelante alega que su oferta fue indebidamente excluida por parte de la Administración considerando que en su oferta presentó el permiso sanitario de funcionamiento emitido por el Ministerio de Salud, al día, del lugar en donde prepara los alimentos desde hace 4 años. Sin embargo, considera que la Administración, mediante cuestionamientos que exceden lo establecido en el cartel procedió a descalificar su oferta, infundadamente. Alega que la Administración no menciona de qué forma se ve afectada la prestación del servicio, debido al incumplimiento que se le señala. **Criterio del Despacho.** Primeramente, es necesario indicar que este órgano contralor, en múltiples ocasiones, ha sostenido su criterio, en el sentido de otorgar al pliego de condiciones el carácter de reglamento específico de la contratación promovida; el cual encuentra respaldo normativo en el artículo 51 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. De esa forma, el cartel se constituye en el instrumento idóneo para definir, en términos técnicos, claros, suficientes, concretos y objetivos, la voluntad de contratar de la Administración y desde luego, las reglas que van a prevalecer en la tramitación del negocio. Es por ese instrumento entonces, que se dan a conocer todas las condiciones y especificaciones que se consideran de importancia para promover una igualitaria participación en el concurso, propósito que sólo es viable de alcanzar, cuando se fijan entre otros elementos, las reglas claras para seleccionar el ganador de la competencia, lo cual implica la incorporación de una parte general en la que se establecen las condiciones generales de admisibilidad y posteriormente un sistema de calificación, al cual se someten únicamente las plicas que hayan superado la primera etapa, con el fin de valorar las diferencias comparativas entre ellas. Ahora bien, dentro de esa tesitura y de cara a la resolución del caso que nos atañe, es claro que nos encontramos frente a un procedimiento de contratación, cuyo cartel fue sumamente claro al momento de exigir que Los oferentes debían tener vigente, al momento de la apertura de las ofertas y durante toda la vigencia del contrato, el permiso sanitario de funcionamiento emitido por el Ministerio de Salud del local

donde prepara los alimentos, razón por la cual los oferentes debían presentar copia de ese permiso junto con la oferta. Ahora bien, en el presente caso, el apelante cumplió con dicha indicación, al aportar el Permiso Sanitario de Funcionamiento del Ministerio de Salud, No. RCN-ARSH-R-0736-2009 emitido el 11 de mayo del 2009 nombre de Fiesta Mexicana S.A., cuyo representante legal es el señor José Luis López Vargas (ver hecho probado No.3). A su vez respondió la solicitud de aclaración efectuada por parte de la Administración en cuanto a que el Permiso Sanitario de Funcionamiento, aportado no está a nombre del oferente, sino que se presenta una copia del permiso sanitario a nombre del Restaurante Fiesta Mexicana S.A. donde el Representante Legal es José Luis López Vargas (ver hecho probado No.4). En la respuesta dada, el apelante aduce que si bien el Permiso Sanitario de Funcionamiento no está a su nombre, la empresa que cuenta con el permiso es la que le prepara los alimentos desde hace 4 años, para probar este hecho aporta declaración jurada del Representante Legal del Restaurante Fiesta Mexicana S.A. (ver hecho probado No.5). No obstante, a pesar de lo anterior, se debe señalar que existen requisitos legales que están más allá de la letra del cartel y que deben ser cumplidos necesariamente por parte de los oferentes para efectos de resultar readjudicatarios. A manera de ejemplo, tratándose de servicios profesionales, obligatoriamente los profesionales deberán estar incorporados al colegio profesional respectivo, un organismo de inspección de estar acreditado ante el Ente Costarricense de Acreditación, o bien, en ese mismo sentido un oferente que se encargue del servicio de suministro de alimentos debe cumplir plenamente con la normativa que exista en materia de salud. Al respecto, es menester analizar lo que dispone la Ley General de Salud, con respecto a los Permisos Sanitarios de Funcionamiento para el caso de los establecimientos alimenticios. En cuanto a lo que se debe entender por “establecimiento de alimentos”, el artículo 215 de dicho instrumento normativo dispone: “(...) *Se entiende por establecimiento de alimentos de cualquier clase para los efectos de esta ley y de su reglamentos, todo lugar o local permanente, o de temporada, destinados a la elaboración, manipulación, tenencia, comercio y suministro de alimentos. (...)*”. Al mencionar que se trata de cualquier lugar o local permanente o de temporada, dedicado a la elaboración, manipulación, tenencia, comercio u suministro de alimentos, no cabe la menor que esto quiere decir que también se incluyen aquellos lugares que prestan servicio de catering. Lo cual resulta razonable, tomando en consideración que el espíritu de la norma lo que busca es proteger la salud de los ciudadanos obligando a las personas, físicas o jurídicas, que tengan que efectuar alguna actividad (elaboración, manipulación, tenencia, comercio o suministro) dentro de la cadena de producción de alimentos, cumplir con las condiciones adecuadas de ubicación, instalación y operación sanitaria de

los alimentos. En ese mismo sentido, el artículo 216, se refiere a la obligación que pesa sobre los establecimientos de alimentos, dentro de los cuales como se indicó anteriormente se incluyen lo que son los servicios de catering, al indicar lo siguiente: “(...) *Toda persona natural o jurídica que desee instalar un establecimiento de alimentos deberá obtener el correspondiente permiso del Ministerio, debiendo acreditar que cuenta con condiciones de ubicación, de instalación y de operación sanitariamente adecuadas. (...)*”. Por consiguiente, queda claro que por imperativo legal, una persona física o jurídica que preste servicios como los requeridos en el procedimiento de contratación de marras, deberá contar con un Permiso Sanitario de Funcionamiento vigente, emitido por el Ministerio de Salud. No basta, simplemente con que la empresa encargada de producir los alimentos cuente con el permiso, sino que dentro de la cadena productiva, los encargados de efectuar las actividades de elaboración, manipulación, tenencia, comercio o suministro deberán contar, indispensablemente, con el referido permiso. En ese mismo sentido, el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI, por medio de la sentencia No. 01101-2010 del 22 de marzo del año en curso, se refirió al tema de los Permisos Sanitarios de Funcionamiento, de la siguiente forma: “(...) *En síntesis, de previo a la instalación de cualquier establecimiento –fijo o transitorio- para la venta de alimentos, la persona física o jurídica deberá contar con el permiso sanitario de funcionamiento, extendido por el Ministerio de Salud, que se otorgará cuando se acredite que el solicitante cuenta con las condiciones de ubicación, de instalación y de operación sanitariamente adecuadas para tal efecto. En ese sentido, cabe resaltar que está prohibido el establecimiento de puestos fijos o transitorios de elaboración o venta de alimentos en calles, parques o aceras, u otros lugares públicos. En razón de lo anterior, cualquier tramo, puesto o establecimiento que carezca de estos requisitos, podrá ser clausurado por el Ministerio de Salud, previo procedimiento en el cual, se le otorgue al interesado la oportunidad de proveer a su defensa. Que dicha limitación al ejercicio de la libertad de comercio y al derecho al trabajo, está sustentada en un interés público tendente a la protección al derecho a la salud de la población, conforme a lo dispuesto en los artículos 46, 50 y 56 de la Constitución Política, 1 y 2 de la Ley General de Salud, por lo que en principio, este Tribunal estima que no resulta irrazonable o desproporcionada a la finalidad que se pretende regular, examen que en todo caso, no forma parte del objeto del este proceso (...).*” Consecuentemente, en virtud de las consideraciones expuestas, la oferta del apelante resulta ser inelegible y por ende no cuenta con la suficiente legitimación para la interposición del recurso de apelación en comentario, ante la imposibilidad de resultar readjudicataria del procedimiento. Así las cosas, lo procedente es **rechazar por improcedencia manifiesta** el recurso de apelación incoado. -

Consideración de oficio. Observa este Despacho que dentro del cartel se incorpora una degustación de alimentos como parte del sistema de evaluación, otorgándosele un 20% de la puntuación. De ese 20% de la puntuación, 5% corresponde al tamaño del producto y el 15% restante a la calidad de éste. Al respecto, ha sido el criterio sostenido por este Despacho que el objetivo del sistema de evaluación es el de objetivizar el procedimiento de selección entre los oferentes elegibles que han cumplido las condiciones de admisibilidad del cartel. La elaboración del sistema de evaluación, debe dirigirse a la erradicación de posibles elementos que posibiliten la toma de decisiones arbitrarias por parte de la Administración, es decir que su fundamento se encuentra en los principios de transparencia e igualdad. Por lo que, a través de su incorporación al pliego de condiciones se pretende dar a conocer a los potenciales oferentes, los elementos que van a ser tomados en cuenta para la elección de la oferta ganadora. En ese sentido, indudablemente la degustación, establecida en el pliego de condiciones, se configura como un instrumento de evaluación subjetivo, ya que lo que allí se determinó calificar además del tamaño de los alimentos, es la calidad de éstos, factores sobre los cuales, a todas luces, existe una alta dosis de subjetividad al momento de otorgar una puntuación en función del paladar y gustos de los diferentes degustadores o comensales. Lo mismo sucede, cuando la Administración, en procedimientos de contratación administrativa, intenta ponderar una entrevista tratándose de una contratación de servicios profesionales o bien una prueba de manejo cuando se pretendan contratar vehículos o maquinaria; pues demanda una definición clara y adecuada de los parámetros objetivos dentro de los cuales se va a enmarcar el sistema de evaluación, éste queda librado a la discrecionalidad de la persona que toma la prueba, lo que va en claro perjuicio del interés público y es una práctica que en futuros procedimientos de contratación la Administración debe erradicar. Para efectos de contar con un pliego de condiciones que respete cabalmente los principios que informan la materia y consiga la selección del oferente idóneo para la efectiva satisfacción del interés público. En ese sentido, resulta necesario señalar a la Universidad para futuras contrataciones que considere las anteriores observaciones, en aras de atender debidamente la sana inversión de los fondos públicos y las contrataciones de este tipo de servicios.--

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 28, 30 y 34 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República No.7428 del 7 de setiembre de 1994, 86 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa, 165 y 179, inciso b) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, **SE RESUELVE: 1) Rechazar de plano** por improcedencia manifiesta el recurso de apelación interpuesto por **Edwin Rolando Easy Bryan**

en contra del acto de adjudicación de la **Licitación Pública 2010LN-000002-SCA**, promovida por la **Universidad Nacional**, para la contratación de servicios de alimentación “Catering Services”, por entrega según demanda, acto recaído a favor de **Herberth Herra Castro**. **2)** Se confirma el acto de adjudicación dictado en el presente concurso. **3)** Se da por agotada la vía administrativa. -----
NOTIFÍQUESE. -----

Licda. Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente de Asociada

Lic. Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Lic. Marco Vinicio Alvarado Quesada
Gerente Asociado

AAA/ymu
NN: 8822(DJ-3649-2010)
NI: 16086
G: 2010002069-1