

R-DCA-136-2010

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. DIVISIÓN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. San José, a las doce horas del diecisiete de noviembre de dos mil diez. -----

Recurso de objeción interpuesto por Ricardo Alfredo Zúñiga Cambronero, en calidad de **Gerente General del CONSEJO NACIONAL DE PRODUCCIÓN**, contra el cartel de la **Licitación Pública N°2010LN-000002-2701**, promovida por el Área de Gestión de Bienes y Servicios del **Hospital Dr. Fernando Escalante Pradilla** para la compra de frutas y verduras. -----

I.-POR CUANTO: El **CONSEJO NACIONAL DE PRODUCCIÓN** -en adelante CNP-, presentó recurso de objeción contra el cartel de referencia. -----

II.-POR CUANTO: Sobre la admisibilidad del recurso: Plazo de interposición y legitimación para impugnar:

El artículo 170 del Reglamento de Contratación Administrativa, indica que el recurso de objeción deberá presentarse dentro del primer tercio del plazo para presentar ofertas, contado a partir del día hábil siguiente de la publicación o de aquel en que se realice la invitación. En este sentido tenemos, que la invitación al concurso fue publicada en el diario oficial La Gaceta N°206 del 25 de octubre de 2010, habiéndose fijado como fecha de apertura el día 22 de noviembre de 2010, razón por la cual el plazo para impugnar el respectivo cartel expiró el día 08 de noviembre del año en curso. Al respecto y en vista que consta en el expediente, que el objetante presentó su recurso precisamente en esta última fecha, se tiene éste por presentado en tiempo. En punto al tema de la legitimación, el citado artículo 170 indica que “...en el escrito de objeción deberá argumentarse sobre la legitimación al menos sucintamente, con indicación de la relación entre la actividad del potencial oferente y el objeto del concurso...” Más adelante la misma norma señala que “...El recurso deberá presentarse con la prueba que se estime conveniente y debidamente fundamentado a fin de demostrar que el bien o el servicio que ofrece el recurrente puede satisfacer las necesidades de la Administración...” Sobre este particular, si bien el objetante no aporta prueba complementaria para acreditar la relación existente entre el giro comercial de su representada y el objeto del concurso, y de ahí su legitimación, esta se observa proveniente de lo dispuesto en la Ley Orgánica del Consejo Nacional de Producción, No. 2035 del 17 de julio de 1956, en torno a su finalidad y actividad ordinaria. -----

III.-POR CUANTO: Una vez analizada la admisibilidad del recurso, constatándose su presentación en tiempo y forma, de conformidad con lo establecido por los artículos 81 de la Ley de Contratación Administrativa y 170 de su Reglamento, este Despacho mediante auto de las 8:30 horas del 8 de noviembre de 2010, notificado el mismo día, confirió audiencia especial a la entidad licitante a efecto que se refiriera a los motivos del recurso, la cual fue atendida en tiempo mediante

oficio No. D-3757-10 de fecha 10 de noviembre de 2010, recibido el día 11 de noviembre, anexando a su vez, copia del cartel del concurso. -----

IV.-POR CUANTO: SOBRE EL FONDO: 1) Sobre los precios MODA del Boletín del Sistema de Información de Mercados Mayoristas (SIMM) emitido por el PIMA-CENADA: El

objetante: Señala que la cláusula 27 del cartel establece que los precios que rigen son los MODA del boletín publicado por PIMA-CENADA, lo cual considera que es arbitrario porque existen dos tipos de precios más (máximo y promedio) y no se les permite ofrecer el precio que más se ajuste a sus costos operativos, dejando al CNP en total indefensión al obligarse a cotizar el precio MODA. Solicita que en concordancia con los pronunciamientos emitidos por la Contraloría General, se elimine la exigencia de cotizar precio MODA y que se permita cotizar precios MAXIMO o PROMEDIO. **La Administración:** Manifiesta que efectivamente los precios se rigen por el precio MODA publicado en el boletín (SIMM) del PIMA-CENADA, pero rechazan que ello sea arbitrario, ya que el tipo de precios escogido es una facultad de la Administración, y que dado que se trata de recursos públicos, se debe adoptar la opción más favorable al interés público. Menciona que resulta importante traer a colación el criterio externado por este órgano contralor en el oficio No. 11183 (DJ-1814-2009) del 28 de octubre de 2009, en el cual se cita en lo conducente lo dispuesto en el oficio No. 7980 (DJ-0468) del 30 de julio de 2009: *“De igual forma, el informe de comentario se pronuncia respecto de los condiciones contractuales que el CNP ofrezca, y particularmente respecto del precio, de la siguiente forma: /“(…)tanto la Sala Constitucional, la Procuraduría General y este Órgano Contralor, coinciden en cuanto a que, al amparo de esa norma, el Consejo Nacional de Producción no podría perseguir fines de lucro con la venta de productos agropecuarios, toda vez que el margen de intermediación debe ser apenas el suficiente para cubrir los costos necesarios para llevar a cabo esa función, sin que en ningún caso pueda generar precios superiores a lo razonable./En ese orden, la jurisprudencia de la Contraloría General reiteradamente ha establecido que si el producto que provee el Consejo tiene un precio muy superior al de mercado, que afecta su adquisición por parte de las instituciones públicas y atenta contra los principios del servicio público que estas deben brindar, tales entidades se encuentran entonces facultadas a comprarlos sin la intermediación del CNP, acudiendo a los procedimientos de la contratación administrativa que correspondan, en tanto estos son el medio establecido por el constituyente para seleccionar la oferta que más convenga al interés general y al cumplimiento de los fines y cometidos de la Administración.” (El subrayado no corresponde al original) /Nótese entonces, que los precios ofrecidos por el Consejo Nacional de Producción (en adelante CNP), se*

encuentran sujetos a un análisis de razonabilidad por parte de la Administración contratante, sobretodo porque no debería existir un afán de lucro, sino un margen de intermediación suficiente y necesario para que el CNP lleve a cabo las funciones que la ley le endosa.”. Adicionalmente establece que debe resaltarse que según lo transcrito, los precios ofrecidos por el CNP se encuentran sujetos a un análisis de razonabilidad por parte de la entidad licitante. Así, indica que el Área de Contabilidad de Costos en su Dirección Financiero Contable, específicamente en materia de Contratación Administrativa, es por excelencia el órgano especializado en determinar la razonabilidad de precios, la cual mediante oficio No. ACC-548-2010 de fecha 22 de marzo de 2009 –aclara que debe leerse 2010-, al dirigirse a las jefaturas del Área de Regulación y Sistematización de Diagnóstico y Tratamiento y de Coordinación Nacional de Disciplina de Nutrición de la Gerencia Médica, en lo que interesa indicó: “...*El precio PIMA MODA es el precio más frecuente en la plaza de venta de vegetales y frutas frescas, por lo tanto es el más representativo y justo para las partes contratantes. El fundamento legal para recomendar el precio PIMA MODA se encuentra en los artículos 15, 16, 17 y 216 de la Ley General de la Administración Pública, los cuales prevén los principios de la Discrecionalidad Administrativa. / La Administración, bajo los principios de razonabilidad, proporcionalidad, oportunidad, conveniencia, justicia, lógica, la ciencia y la técnica podrá regular sus actos administrativos de la forma que considere necesario...*”. Así las cosas, solicita se rechace el recurso interpuesto por el CNP. **Criterio del Despacho:** Este órgano contralor reiteradamente ha señalado que si la Administración ha determinado una forma idónea, específica y debidamente sustentada (desde el punto de vista técnico y tomando en consideración el respeto al interés general) de satisfacer sus necesidades, no pueden los particulares mediante el recurso de objeción al cartel pretender que la Administración cambie ese objeto contractual, por estimar que existen otras formas para alcanzar similares resultados. Así, según se ha indicado, permitir esa situación cercenaría la discrecionalidad administrativa necesaria para determinar la mejor manera de satisfacer sus requerimientos, convirtiéndose de esa forma los procedimientos de contratación administrativa, en un interminable “acomodo” a las posibilidades de ofrecer de cada particular (Ver en este sentido entre otras la resolución No. RC-381-2000 de las 11:00 horas del 18 de setiembre del 2000). En el presente caso, debe tenerse presente que el objetante pretende que el cartel se modifique a efectos de permitir que los oferentes coticen no sólo mediante el precio MODA sino también mediante los precios MÁXIMO y PROMEDIO, ello en virtud de que la modalidad de precios escogida por la Administración no se ajusta a sus costos operativos. Ahora, si bien pueden existir diversos mecanismos de precios que pueden utilizarse, tales como los precios MODA,

MÁXIMOS y PROMEDIO, lleva la razón la Administración respecto a que forma parte de su ámbito de discrecionalidad definir la mejor forma de satisfacer sus necesidades, claro está, siempre y cuando las decisiones adoptadas en ese sentido se encuentren adecuadamente fundamentadas desde el punto de vista técnico y jurídico. Es claro que en el ejercicio de dicha discrecionalidad, la Administración debe respetar las reglas unívocas de la ciencia y la técnica, así como los principios elementales de la justicia, la lógica y la conveniencia, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública, y el principio de eficiencia, en el sentido de que el procedimiento tienda a la selección de la oferta más conveniente al interés público. El Hospital licitante hace referencia a las conclusiones a las que arriba el órgano especializado en determinar la razonabilidad de precios, relativas a que el precio PIMA MODA es el precio más frecuente en la plaza de ventas de vegetales y frutas frescas y que por ende es el más representativo y justo para las partes contratantes, sin que el objetante haya explicado con claridad en su recurso, de qué forma este precio le produce la afectación alegada ni mucho menos, su imposibilidad para participar. Motivo por el cual considera este Despacho, que el recurso carece de la adecuada fundamentación puesto que se limitó a indicar que la modalidad de precios escogida por la Administración no se ajusta a sus costos operativos, sin realizar mayor análisis respecto a cómo las otras metodologías por este sugeridas resultan igualmente convenientes para el interés público y no sólo para el objetante. Conviene recordar lo dispuesto en el artículo 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa respecto a que el recurso de objeción deberá presentarse con la prueba que se estime conveniente y debidamente fundamentado a fin de demostrar que el bien o el servicio que ofrece el recurrente puede satisfacer las necesidades de la Administración. Adicionalmente, resulta importante tomar en consideración que la Administración se encuentra obligada a gestionar sus fondos públicos en forma eficiente, por lo que no resultaría procedente exigir que los requerimientos cartelarios se adapten a la capacidad de los procesos productivos de los potenciales oferentes, sino que por el contrario, al realizarse el correspondiente análisis de razonabilidad de precios se debe optar por la solución más competitiva que ofrezca el mercado. En razón de lo dicho se **rechaza de plano** el recurso en cuanto a este extremo por falta de fundamentación. **2)-Sobre el precio de referencia para la evaluación de las ofertas:** El objetante: Señala que por la naturaleza de los productos, estos pueden variar de precio en una misma semana, por eso el boletín es publicado lunes, miércoles y viernes, pero indica que el cartel no menciona cuál boletín tomará en cuenta como referencia para la evaluación de las ofertas, lo cual es trascendental por ser el precio el único factor de calificación. La Administración: Señala que es cierto que por la naturaleza de los

productos estos pueden variar de precio en una misma semana, por lo que el boletín es publicado los lunes, miércoles y viernes. Sin embargo, aclara que no es cierto que el cartel omita mencionar cuál boletín tomará en cuenta como referencia para la evaluación de las ofertas, pues el punto 27 del cartel en el párrafo tercero indica: *“El proveedor podrá cobrar el precio según la fecha de entrega, ya que el boletín del PIMA-CENADA se emite tres veces a la semana, (lunes, miércoles y viernes). Por lo tanto la mercadería entregada será cobrada con el precio indicado en la emisión anterior del boletín. Ejemplo: La mercadería entregada lunes se cobrará con los precios indicados en el boletín del día viernes anterior y así sucesivamente.”* **Criterio del Despacho:** En relación con este punto, estima este órgano contralor que se debe igualmente **rechazar de plano** el recurso por tratarse de un aspecto en donde el objetante no solo no demuestra la imposibilidad de participación que esa disposición le genera, y además, cómo aún en ese supuesto, existe una ilegitimidad del sistema de evaluación, evidenciando una falta de fundamentación de este. No obstante vale aclarar lo siguiente respecto a este extremo: la metodología de evaluación prevista en el cartel, equivalente a un 100% precio, prevé una fórmula que se compone de la multiplicación del precio menor ofertado x 100 dividido entre el valor de la oferta a evaluar, lo que debe arrojar un valor porcentual por producto, fórmula que permite para efectos comparativos definir la calificación por cada producto ofertado. Siendo entonces que la incorporación del boletín a utilizar para ese extremo, deviene en innecesario por cuanto expresamente se ha definido un mecanismo para ello, que se insiste es para efectos meramente comparativos, toda vez que para el pago efectivo de los productos en el momento que corresponda, se utilizará ahí sí, el valor MODA indicado en el respectivo boletín anterior al momento del pago. De ahí que requerir desde ya y para efectos de evaluación el boletín que se utilizará, es un aspecto que no observa este Despacho aplicable en esta etapa, pues será en la fase de ejecución una vez adjudicado el concurso, donde este adquirirá relevancia, dado que como se indicó, el precio de cada producto será cancelado de acuerdo con este. No obstante se le recuerda a la Administración, su deber de establecer reglas en la metodología de evaluación suficientes y pertinentes, a efectos de dotar de seguridad jurídica el procedimiento. -----

POR TANTO:

De conformidad con lo expuesto y lo señalado en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política; 28, 30, 34 y 37, inciso 3), de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República; 14 de la Ley General de Telecomunicaciones, 81 de la Ley de Contratación Administrativa y 170 y 172 de su Reglamento **se resuelve: Rechazar de plano**, el recurso de objeción interpuesto por Ricardo Alfredo Zúñiga Cambronero, en calidad de **Gerente General del CONSEJO NACIONAL DE**

PRODUCCIÓN, contra el cartel de la **Licitación Pública N°2010LN-000002-2701**, promovida por el Área de Gestión de Bienes y Servicios del Hospital Dr. Fernando Escalante Pradilla para la compra de frutas y verduras. -----
NOTIFÍQUESE. -----

Lic. Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado a.i

Licda. Adriana Pacheco Vargas
Fiscalizadora

APV/fjm

NN: 11245 (DCA-0599-2010)

NI: 21271, 21304, 21827

G: **2010002894-1**