

R-DCA-558-2011

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa. San José, a las nueve horas del tres de noviembre de dos mil once. -----

Recurso de apelación interpuesto por la empresa **Prevención y Seguridad Industrial S.A.** en contra del acto de adjudicación de las líneas 7 (trajes estructurales) y 10 (casco de protección personal de bombero estructural) de la **Contratación A011022 2011CD-011022UP** promovida por el **Benemérito Cuerpo de Bomberos de Costa Rica** para la adquisición de equipo de protección personal para el Cuerpo de Bomberos de Costa Rica, acto de adjudicación recaído a favor de la empresa **Sondel S.A.**. -----

RESULTANDO

I.- La empresa recurrente presentó recurso de apelación en contra del acto de adjudicación de la contratación en comentario, alegando que para los ítems 6 y 7 se le adjudicó a una oferta que presentaba varios incumplimientos en cuanto a las especificaciones técnicas, por lo que considera que lo procedente es readjudicarle la contratación a su empresa. Adicionalmente, agrega que para el ítem 10, su oferta fue indebidamente excluida, ya que ofertaron un casco de la misma marca y modelo que la empresa adjudicataria, pero a un menor precio (ver folios que van del 01 al 21 del expediente administrativo). -----

II.- Este órgano contralor procedió a solicitar al Benemérito Cuerpo de Bomberos de Costa Rica la presentación del expediente administrativo de la Contratación A011022 2011CD-011022UP (ver folio 22 del expediente de apelación). Por su parte, el Benemérito Cuerpo de Bomberos de Costa Rica respondió la solicitud mediante el oficio CBCR-028268-2011-PRB-00869 del 07 de setiembre de 2011 y aportó un tomo correspondiente al expediente administrativo solicitado (ver folios que van del 26 al 31 del expediente de apelación). -----

III.- Por medio de la resolución R-DCA-466-2011 del veintiuno de setiembre de dos mil once, este órgano contralor resolvió rechazar de plano por falta de fundamentación, el recurso de apelación interpuesto por la empresa Prevención y Seguridad Industrial S.A. en contra del acto de adjudicación de las líneas 6 y dar audiencia inicial por el improrrogable plazo de cinco de días hábiles, contados a partir de la notificación de dicha resolución, a la Administración y a la empresa adjudicataria, respecto de los argumentos formulados por la empresa recurrente en el escrito de interposición del recurso en contra del acto de adjudicación de las líneas 7 (trajes estructurales) y 10 (casco de protección personal bombero estructural) de la misma Contratación A011022 2011CD-011022UP (ver folios que van del 33 al 37 del expediente de apelación). -----

IV.- Mediante el auto de las diez horas del seis de octubre de dos mil once, este Despacho concedió audiencia especial a la empresa apelante, por el plazo de tres días hábiles contados a partir de la

notificación de dicho auto, para que se refiriera por escrito a los argumentos planteados por parte de la Administración y la empresa adjudicataria al contestar la audiencia inicial (ver folio 82 del expediente de apelación). -----

VI.- A través del auto de las ocho horas con dos minutos del diecinueve de octubre del presente año, se confirió audiencia final de conclusiones a las partes, por el improrrogable plazo de tres días hábiles a partir de la notificación del auto (ver folio 96 del expediente administrativo). -----

VII.- En los procedimientos se han observado las prescripciones constitucionales, legales y reglamentarias y, -----

CONSIDERANDO

I.- Hechos Probados. **1)** Que el Benemérito Cuerpo de Bomberos de Costa Rica promovió la Contratación A011022 2011CD-011022UP para la adquisición de equipo de protección personal (ver folio 89 del expediente administrativo). **2)** Que en el cartel del procedimiento de contratación mencionado se indicó lo siguiente: **2.1)** “(...) *Renglón 7 (...) Conjunto de equipo de Protección Personal para Bombero Estructural (Capa y pantalón) / (...) Características técnicas de la Capa: / (...) • Barrera de humedad: / (...) La barrera de humedad debe estar cosida a la barrera térmica en puños, cuello, solapas y falda mediante una cinta d 3.8 cm (1 ½) de neopreno resistente al fuego para una mayor impermeabilidad de la barrera térmica y para evitar la pérdida de consistencia en las juntas de las barreras al lavar la capa. (...) / Características técnicas del pantalón / (...) • Barrera de humedad: / (...) La barrera de humedad debe estar cosida a la barrera térmica en puños, cuello, solapas y falda mediante una cinta d 3.8 cm (1 ½) de neopreno resistente al fuego para una mayor impermeabilidad de la barrera térmica y para evitar la pérdida de consistencia en las juntas de las barreras al lavar el pantalón. (...)*” (ver folios 86, 87 y 82 del expediente administrativo). **2.2)** “(...) *Renglón 10 (...) Casco de protección personal para bombero estructural / (...) Características técnicas: / (...) • Las orejeras del casco construidas en advance con una longitud mínima de 14 cm de altura en cualquier punto, de color amarillo u oro. / (...) Igual o superior calidad similar (sic) al modelo PX de la Bullard. Portal de Internet www.bullard.com (...)*” (ver folios 78 y 79 del expediente administrativo). **3)** Que dentro del estudio de las ofertas la Administración determinó lo siguiente: **3.1)** Por medio del oficio CBCR-024534-2011-OPB-00373 del 05 de agosto de 2011 al valorar las ofertas para la línea 7, determinó que: **3.1)** “(...) *1. Los oferentes 1 y 6 incumplen aspectos de forma tipificados en el pliegos (sic) de condiciones como lo son, tipo de costuras empleados en la construcción de las prendas, dimensiones de capa y pantalón, color del conjunto, entre otros. / 2. En cuanto a los materiales de construcción las ofertas cumplen y/o superan lo solicitado. Estos aspectos no representan riesgos para la seguridad del bombero al utilizarlos. (...) / Considerando: / 1. Que los*

aspectos de incumplimiento no perjudican el bienestar y seguridad del usuario (bombero) / 2. Que bajo el amparo de la Ley N° 7494 Ley de Contratación Administrativa Capítulo 1 Cobertura y principios generales Artículo 4 Principios de eficacia y eficiencia (...) Pese a los incumplimientos observados, considerar ambas ofertas como válidas al amparo del Artículo 4 Capítulo 1 de la Ley 7494 y adjudicar a la oferta de menor precio de acuerdo a lo indicado en la tabla de calificación Oficio CBCR-022733-2011-OPB-00356 del 21 de julio de 2011 (...)” (ver folios que van del 841 al 842 del expediente administrativo). **3.2)** Mediante el oficio CBCR-026943-2011-PRB-00818 del 29 de agosto de 2011 determinó lo siguiente: “(...) *Oferta 1. Prevención y Seguridad Industrial S.A. / (...) Oferta 6. SONDEL S.A. / (...) a. Cumplimiento de Aspectos Técnicos: / (...) Renglón 7. Conjunto de equipo de Protección Personal para Bomberos Estructural (Capa y Pantalón) / Las ofertas 1 y 6 CUMPLEN técnicamente con las disposiciones estipuladas en el pliego de condiciones y con el plazo de entrega, lo cual obedece lo solicitado en el cartel. (...) / (...) Renglón 10. Casco de protección personal para bombero estructural / La oferta 6 CUMPLE técnicamente con las disposiciones estipuladas en el pliego de condiciones y con el plazo de entrega, lo cual obedece lo solicitado en el cartel. / La oferta 1 de Prevención y Seguridad Industrial S.A. INCUMPLE ya que las orejeras del casco ofertado son de material Nomex y en color negro, cuando lo requerido en el pliego de condiciones son orejeras de material Advance, de color amarillo (...)*” (el subrayado corresponde al original) (ver folios del 872 al 884 del expediente administrativo). **4)** Que mediante el acuerdo de adjudicación comunicado por medio del oficio CBCR-026997-2011-DAB-00381 del 29 de agosto del presente año, se resolvió adjudicar los renglones 7 y 10 a la empresa Sondel S.A. (ver folios que van del 885 al 897 del expediente administrativo). **5)** Que por medio del oficio CBCR-028009-2011 del 05 de setiembre del presente año, el Benemérito Cuerpo de Bomberos de Costa Rica resolvió revocar el acuerdo de adjudicación del renglón No.10 de la Contratación A011022 2011CD-011022UP, al determinar que la empresa adjudicada en primera instancia, Sondel S.A., ofertó un casco cuyo protector para las orejeras estaba confeccionado en material Nomex de color negro, cuando lo solicitado en el cartel era un material de calidad igual o superior al tipo Advance. Al no tener ofertas elegibles proceden a declarar infructuoso el procedimiento de contratación para el renglón No.10 (ver folios que van del 915 al 920 del expediente administrativo). -----

II. Sobre la legitimación y el fondo del recurso. El numeral 176 del Reglamento a la Ley Contratación Administrativa (RLCA) dispone que “*Podrá interponer el recurso de apelación cualquier persona que ostente un interés legítimo, actual, propio y directo*”, normativa que impone realizar el análisis referente a la legitimación, como actuación previa para determinar la procedencia o no del estudio de los argumentos en que el apelante apoya su recurso. Dado que en el presente caso, los argumentos que desarrolla en su

recurso el apelante pueden determinar su condición de potencial adjudicatario, ambos aspectos, legitimación y fondo se analizarán en forma conjunta. **A. Renglón No.7. Conjunto de equipo de Protección Personal para Bombero Estructural.** Señala la empresa recurrente que la empresa adjudicataria incumple con uno de los aspectos requeridos por el cartel para garantizar la integridad de los bomberos y la duración del traje adquirido. Indica que ese requisito la adjudicataria lo mencionó en su respuesta punto a punto, sin embargo a folio 309 del expediente en su oferta manifestó que: “(...) *Esta unión entre las barreras deben tener una protección de barrera de humedad en la pretina, para tener protección adicional contra la humedad. La barrera de humedad estará cosida a la barrera térmica en cintura, jareta y la parte baja de la (sic) cada pierna, mediante una cinta de 3.8cm de neopreno resistente al fuego para una mayor impermeabilidad de la barrera térmica y para evitar la pérdida de consistencia en las juntas de las barreras al lavar el pantalón (...)*”. Además agrega: “(...) *La barrera de humedad debe estar cosida a la barrera térmica en puños, cuellos, solapas y faldas mediante una cinta de 3.8cm de neopreno resistente al fuego para una mayor impermeabilidad de la barrera térmica y para evitar pérdida de consistencia en las juntas de las barreras al lavar la capa (...)*”. Adicionalmente, ante cuestionamientos efectuados por parte del apelante a la oferta de Sondel S.A., mediante carta del fabricante se indicó: “(...) *Cada fabricante manufactura sus trajes conforme a estándares propios. El caso de la cinta de neopreno no es algo que añadamos en nuestras barreras (...) No obstante sabemos que nos debemos a nuestros clientes y si ustedes consideran que esta cinta le da una vida adicional al forro sin ningún problema podemos considerar su adición (...)*”. Y finalmente, en relación con este incumplimiento manifiesta que: “(...) *Para este requisitos yo contestaría que en nuestro traje no es necesario esto (sic) aditamentos pero ustedes con todo respeto tienen la última palabra. Recuerden siempre que cada accesorio adicional además que impacta el costo lo más importante es que piensen que añaden peso en el equipo (...)*”. De ese modo, alega la apelante que la adjudicataria no solamente incumple sino que además intenta objetar a destiempo. Añade que la muestra fue la única prueba que requirió la Administración para verificar los cumplimientos y el régimen de contratación no permite venir a cambiar la oferta de forma posterior a la apertura. Así, al adjudicarse a una empresa que incumple el cartel, se violenta el principio de igualdad de trato., al haber rechazado otras ofertas por incumplimientos de menor relevancia. La empresa adjudicataria alega que la apelante no presenta elementos técnicos válidos y además saca de contexto una manifestación del fabricante de los trajes ofertados. Ya que el fabricante expuso que la ausencia de cinta de neopreno no afecta la protección de la integridad física del bombero ni la duración del traje, pero manifiestan que sin alterar su oferta económica estarían dispuestos a entregar lo ofertado. Agregan que ya la Administración calificó los incumplimientos tantos de su empresa

como de la empresa Prevención y Seguridad S.A. como menores y subsanables de acuerdo al análisis de las ofertas. La Administración alega que dentro del análisis de las ofertas determinó que los incumplimientos que presentaban tanto la adjudicataria como la empresa recurrente, se analizó la trascendencia de estos, llegando a la conclusión que ninguno de los incumplimientos afectaba la seguridad del bombero al utilizarlos y que en lo que a materiales se refiere ambas ofertas cumplían o superaban los términos cartelarios. En ese orden determinó que ambas ofertas resultaban elegibles y por ende al aplicar el sistema de evaluación resultó adjudicataria la empresa Sondel S.A. **Criterio para resolver.** Mediante el artículo 51 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa se le otorga al pliego de condiciones el carácter de reglamento específico de la contratación promovida. En consecuencia, el cartel se constituye en el instrumento idóneo para definir, en términos técnicos, claros, suficientes y objetivos las reglas que van a prevalecer en la tramitación del negocio. Es por medio del pliego de condiciones que se dan a conocer todas las especificaciones que se consideran de importancia para promover una igualitaria participación en el concurso, propósito que sólo es viable alcanzar, cuando se fijan entre otros, 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 dos ofertas incumplientes (ver hecho probado No. 2.1 y 3.1), ya que ninguna de ellas se circunscribe en su plenitud al pliego cartelario. Dentro de ese escenario si existiera una oferta “limpia”, es decir cumpliendo todas las condiciones cartelarias, para este Despacho sin lugar a dudas dentro de ese supuesto hipotético, esa otra plica debería resultar adjudicada. Sin embargo, al no existir ese otro oferente cuya oferta se encuentre “limpia”, realizando un análisis eminentemente formalista de la situación fáctica presentada, a priori la contratación de marras debería declararse infructuosa. No obstante, este Despacho, es del criterio que debe prevalecer la satisfacción del interés público que motivó, en un inicio la promoción del procedimiento de contratación en comentario. Aunado a ello, no debe perderse de vista el principio de conservación de las ofertas y propiamente del acto administrativo, plenamente consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 168 de la Ley General de la Administración Pública y particularmente en el artículo 4 de la Ley de la Contratación Administrativa, según el cual, en caso de duda sobre la existencia, calificación o importancia del vicio, deberá estarse a la consecuencia más favorable a la conservación del acto. Principio que cobra mucho más peso, si tomamos en cuenta el tiempo de tramitación que por su naturaleza comúnmente tardan los procedimientos de contratación y el atraso que este conllevaría a la satisfacción de

las necesidades del Benemérito Cuerpo de Bomberos de Costa Rica. Es por ello, que el análisis que se impone, visto el incumplimiento de ambas partes y la inexistencia de otro interesado que pudiera resultar readjudicatario, debe efectuarse ya no desde la óptica del principio de igualdad, sino desde el punto de vista de la eficiencia administrativa, que tiene raigambre constitucional, conforme lo ha indicado la Sala Constitucional (ver entre otros en el Voto 2004-14421). Por lo tanto, dentro de ese orden de ideas, es necesario realizar una valoración de los vicios presentados por ambos oferentes a efectos de determinar la trascendencia de estos, a sabiendas de la existencia de esos incumplimientos y procurando afectar en la menor medida posible el interés público, que en este caso se vería reflejada en la protección y seguridad que puedan tener los miembros del cuerpo de bomberos al utilizar los trajes estructurales para la atención de emergencias. En ese orden de ideas, tenemos que la Administración realizó dicho análisis (ver hechos probados No. 3.1 y 3.2) y procedió a determinar que los incumplimientos que presentaban ambas ofertas no afectaban la seguridad y protección de los bomberos, considerando que en cuanto a materiales ambas ofertas cumplen o sobrepasan los requisitos técnicos del cartel. Así, concluyó que ambas ofertas resultaban elegibles. Ahora bien, la empresa recurrente arguye que la oferta adjudicataria presenta un incumplimiento al no incluir en el traje ofertado la cinta de neopreno que requería el cartel. Sin embargo, como se indicó este es un incumplimiento que no solo fue valorado por parte de la Administración, sino que además determinó que resultaba intrascendente para la protección y seguridad de los bomberos, en un análisis similar al que realizó para los incumplimientos que presenta el traje ofertado por la recurrente. En ese sentido, se debe agregar que la empresa apelante, si bien alega que su oferta presenta incumplimientos menores, no hace ningún análisis relacionado con la trascendencia de sus incumplimientos frente a los de la adjudicataria, con el fin de comparar y poder demostrar que efectivamente sus incumplimientos resultan menores. Aunado a lo que viene dicho, no presenta elementos probatorios que contraríen el criterio de la Administración en cuanto a la trascendencia de la cinta de neopreno, de manera tal que no demuestra que su ausencia afecte la durabilidad, la protección y la seguridad que brinda el traje. Por consiguiente, el recurso carece del requisito de fundamentación que exige el artículo 177 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Bajo este cuadro fáctico, con respecto al criterio externado por la Administración no se ha presentado un criterio técnico que soporte y respalde los argumentos de la empresa recurrente. De lo expuesto hasta ahora se concluye que tanto la oferta apelante como la adjudicataria, presentan varios incumplimientos cartelarios, que sin embargo fueron relativizados por parte de la Administración al considerarlos intrascendentes, por lo que no son susceptibles de generar la exclusión de dichas ofertas. Así, dirigiéndonos a la resolución del recurso de mérito, es indispensable traer a lugar lo estipulado en el artículo 84 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa que

dispone en lo de interés que: “*Al sistema de calificación solamente podrán ser sometidas aquellas ofertas que sean elegibles*”. Derivado del numeral de cita, si tenemos en este caso que la oferta de la adjudicataria, al tenor del sistema de evaluación resulta ganadora del concurso, tal y como lo resolvió la administración (ver hecho probado No.4), lo procedente es **rechazar de plano por falta de fundamentación** el recurso presentado al tenor de lo dispuesto en el inciso b) y d) del artículo 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, debido a que la recurrente no aporta los elementos necesarios para lograr demostrar que le asiste un mejor derecho en relación con la adjudicación del concurso. **B. Renglón 10. Casco de protección personal para bombero estructural.** La empresa apelante aduce que aun cuando ofertó un casco de la marca Bullard Modelo PX R721, con orejeras de color negro de nomex, al igual que la empresa adjudicataria, pero con un menor precio, la Administración determinó que su oferta resultaba inelegible y procedió a adjudicarle a la empresa Sondel S.A. Sin embargo, mediante la audiencia especial conferida, al conocer que la Administración revocó el acto de adjudicación inicial y procedió a declarar infructuoso dicho renglón, indica que la declaratoria de infructuoso es oportuna y que por ende carece de interés actual referirse a este renglón. La empresa Sondel S.A. contesta que el casco ofertado por el recurrente es el Bullard FX que no cumple con las características de resistencia del modelo referenciado en el cartel que es un Bullard PX el cual es un casco fabricado en termoplástico y el modelo ofertado por la recurrente es fabricado en fibra de vidrio. Alega que el recurrente debe tener conocimiento de esto al ser distribuidor de la marca en referencia. La Administración hace referencia a que el acto de adjudicación inicial para este renglón fue revocado antes de adquirir firmeza en aplicación al artículo 89 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, procediendo a declararlo infructuoso por el incumplimiento que presenta la adjudicataria en relación con las orejeras de material nomex color negro, cuando en el cartel se requería que estas fueran de un material de calidad igual o similar al tipo Advance y de color amarillo u oro. **Criterio del Despacho.** En cuanto a este renglón, se tiene que la Administración procedió a revocar el acto de adjudicación inicial para el renglón No.10, mediante resolución de las once horas del 05 de setiembre del presente año (ver hecho probado No.5) y el recurso de apelación se interpuso ante este Despacho al ser las quince horas con catorce minutos del mismo 05 de setiembre del presente año. Al respecto, de conformidad con el artículo 89 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa referente a la revocación de acto no firme, una vez tomado el acto de adjudicación o el que declare desierto o infructuoso un procedimiento, la Administración tiene la posibilidad de revocar dicho acto por razones de oportunidad o legalidad antes de que el acto adquiera firmeza, mediante resolución debidamente motivada. No obstante, se debe precisar que en aquellos casos en los que se presente un recurso de apelación ante este órgano contralor, de

conformidad con lo que dispone el numeral 84 de la Ley de Contratación y el 174 de su Reglamento, es el plazo de interposición del recurso, 10 días hábiles (licitación pública) o de 5 días hábiles (en abreviadas u otros supuestos), el plazo con el que la Administración cuenta para revocar los actos. Consecuentemente, la regla es que, en el tanto exista plazo para recurrir los actos de adjudicación mediante la interposición del recurso de apelación ante este órgano cuando por monto corresponda, la Administración cuenta con la facultad de revertir su decisión final en relación con el procedimiento de contratación del que se trate, considerando que este aun no ha adquirido firmeza. La situación cambia en el momento en el que alguna de las partes interpone el recurso de apelación ante este órgano contralor, sin que la Administración haya revocado el acto antes del ingreso del recurso a esta Contraloría General, que en virtud de sus competencias asignadas legalmente es el llamado a resolver la acción recursiva encausada, la competencia de la Administración queda desplazada y le corresponderá a este órgano contralor resolver el recurso, al carecer la Administración de competencia para revocar su decisión. Ahora bien, en este caso tenemos que el recurso fue presentado ante este Despacho en forma posterior a la revocación del acto de adjudicación para el renglón No.10 dictado por la Administración, por lo que al haber sido revocado dentro del plazo de firmeza y antes de la presentación del recurso, este Despacho carece de competencia para resolver el recurso al no existir acto recurrido. En ese mismo sentido se puede observar lo dispuesto en la resolución R-DCA-250-2007 de las ocho horas del veinte de junio de dos mil siete, en la que al analizar un caso en el que la Administración procedió a revocar el acto de adjudicación dentro del plazo para la presentación del recurso de apelación ante este órgano contralor, se indicó que: “(...) *en el supuesto que la Administración revoque dentro del plazo para apelar, a pesar de existir un recurso de apelación interpuesto ante este órgano contralor, este Despacho carecería de competencia para su estudio, ya que no existiría acto recurrido, que es el sustento de la competencia de este órgano en materia recursiva de contratación administrativa (...)*”. En razón de lo expuesto, considerando que no existe acto recurrido, se procede a **rechazar de plano por falta de competencia** el recurso en cuanto a este extremo. -----

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, 85 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa, 177 y 180 incisos del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, **SE RESUELVE: 1) Rechazar de plano por falta de fundamentación**, el recurso de apelación interpuesto en contra del acto de adjudicación del renglón No.7 de la **Contratación A011022 2011CD-011022UP** promovida por el **Benemérito Cuerpo de Bomberos de Costa Rica** para la adquisición de equipo de protección personal para el Cuerpo de Bomberos de Costa Rica, adjudicación recaída a favor de

la empresa **Sondel S.A.**, **acto que se confirma** y 2) **Rechazar de plano por falta de competencia** el recurso de apelación interpuesto en contra del acto de adjudicación inicial dictado para el renglón No.10 de la misma contratación. -----

NOTIFÍQUESE. -----

Lic. German Brenes Roselló
Gerente de División

Msc. Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado a.i

Lic. Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

AAA/chc
NN: 10807 (DCA-2881)
NI: 15350
G:2011002087-2