

R-DCA-252-2016

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa. San José, a las diez horas con cuarenta y ocho minutos del dieciocho de marzo de dos mil dieciséis.-----

Recurso de apelación interpuesto por la empresa **INVERSIONES MÚLTIPLES DEL OESTE CASTRO ATENCIO, S.A. (IMOCA, S.A.)**, en contra del acto de adjudicación de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 01-2015** promovida por la **JUNTA DE EDUCACIÓN DE LA ESCUELA EZEQUIEL MORALES AGUILAR** para el suministro de productos alimenticios para el comedor escolar durante el curso lectivo 2016, acto adjudicado a la empresa **Minisuper Piedades, S.A.**, modalidad entrega según demanda.-----

RESULTANDO

I. Que la empresa Inversiones Múltiples del Oeste Castro Atencio, S.A. (IMOCA, S.A.), el catorce de enero de dos mil dieciséis presentó ante esta Contraloría General recurso de apelación en contra del acto de adjudicación del referido concurso.-----

II. Que mediante auto de nueve horas del diecinueve de enero de dos mil dieciséis, este Despacho requirió a la Administración el expediente administrativo.-----

III. Que mediante auto de las ocho horas del veintiocho de enero de dos mil dieciséis se otorgó audiencia inicial a la Administración y a la empresa adjudicataria. Asimismo, se solicitó a la Junta de Educación de la Escuela Ezequiel Morales Aguilar realizara la valoración de todas las ofertas que resultaran elegibles, conforme al sistema de evaluación del cartel, la cual fue atendida según consta en los escritos agregados al expediente de apelación. -----

IV. Que mediante auto de las catorce horas del quince de febrero de dos mil dieciséis se confirió audiencia especial a la apelante para que se refiera a la respuesta a la audiencia inicial de la Junta de Educación de la Escuela Ezequiel Morales Aguilar y se pone en conocimiento de la apelante y adjudicataria la evaluación que realizó la Junta de Educación de la Escuela Ezequiel Morales Aguilar cuando atendió la audiencia inicial, la cual fue atendida según consta en escritos agregados al expediente del recurso de apelación.-----

V. Que mediante auto de las once horas del tres de marzo de dos mil dieciséis se confirió final a las partes, la cual fue atendida según consta en escritos agregados al expediente del recurso de apelación.-----

VI. Que esta resolución se emite dentro del plazo de ley, habiéndose observado las prescripciones constitucionales, legales y reglamentarias correspondientes.-----

CONSIDERANDO

I. Hechos probados: Para la resolución del presente asunto, se tiene por demostrado lo siguiente: **1)** Que la Junta de Educación de la Escuela Ezequiel Morales Aguilar cuando atendió la audiencia inicial, remitió la evaluación de las ofertas, con el siguiente cuadro comparativo de evaluación de las ofertas:

EVALUACION PROVEEDOR ALIMENTOS									
FACTORES DE EVALUACION									
ITEM	ELEMENTOS DE EVALUACION	PORCENTAJES	Tres M S.A.	Productos procesados M y L S.A.	La Bodeguita del Sur	Super Piedades	Distribuidora Sebastián Fruit S.A.	IMOCA S.A.	Las Delicias S.A.
1	Monto de la oferta (precio)	40%	24,69%	22,12%	21,80%	27,21%	21,82%	22%	23,65%
2	Calidad del producto (marca reconocida)	20%	20%	20%	20%	20%	20%	20%	20%
3	Disponibilidad de entrega	20%	15%	10%	12%	20%	10%	15%	7%
4	Experiencia comprobada	20%	20%	20%	20%	20%	20%	20%	20%
TOTALES		100%	79,69%	72,12%	73,80%	87,21%	71,82%	77%	70,65%

(folio 24 del expediente de apelación); **2)** Que la Junta de Educación de la Escuela Ezequiel Morales Aguilar cuando atendió la audiencia inicial adjuntó el Anexo 1 que consiste en un muestreo aleatorio de costos para abarrotes, verduras, frutas, lácteos y carnes, indicándose lo siguiente: **“Resumen de costos Abarrotes, Verduras, frutas, lacteos (sic) y carnes (MUESTREO ALEATORIO) (...)** IMOCA (...) SUPER PIEDADES (...) Abarrotes (...) **Cárnicos** (...) **Lacteos** (sic) (...) **Frutas/ Vegetales** (...) IMOCA (...) 55.375,00 (...) SUPER PIEDADES (...) **Abarrotes** (...) **Cárnicos** (...) **Lacteos** (sic) (...) **Frutas/ Vegetales** (...) SUPER PIEDADES (...) 68.045,00”

II. SOBRE EL FONDO DEL RECURSO. 1) Sobre la normativa de la Ley General de Salud y Programa de Buenas Prácticas y Manufactura. **La apelante** indica que se omitió incluir en el cartel normativa conexa, a saber: leyes, reglamentos y decretos, como es la Ley General de Salud, específicamente los artículos 220 y 233 referente a que las empresas deben contar con un Programa de Buenas Prácticas y Manufactura, por cuanto se debe velar por la inocuidad de los alimentos y hace alusión a los Decretos Ejecutivos Nos. 33724, 35960 y 37560, normas que debieron cumplir las ofertas. Además, señala que la empresa adjudicataria no cuenta con un profesional que certifique la condición, calidad e inocuidad de los alimentos, a diferencia suya que sí cuenta con este profesional. **La adjudicataria** no se refiere al respecto. **La Administración** señala que el cartel no solicitó el certificado de

Buenas Prácticas de Manipulación de Alimentos. **Criterio de la División:** El artículo 177 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA) establece: *“El escrito de apelación deberá indicar con precisión la infracción sustancial del ordenamiento jurídico que se alega como fundamento de la impugnación, así como individualizar las líneas que se recurren. El apelante deberá aportar la prueba en que se apoyen sus argumentaciones, y cuando discrepe de los estudios que sirven de motivo para adoptar la decisión, deberá rebatir en forma razonada tales estudios, aportando los dictámenes y estudios emitidos por profesionales calificados en la materia que se impugna.”* En razón de tal precepto normativo, es que la fundamentación se convierte en un pilar fundamental dentro de la etapa recursiva. Visto el argumento del apelante, se observa que éste se limita a señalar, básicamente: *“Que las empresas que participaron en el cartel deben cumplir con los requisitos señalados en el cartel y con la normativa legal vigente para las empresas que producen, comercializan, distribuyendo industrializan alimentos. Aspecto que sí cumple mi representada (Artículo 233 de la Ley General de Salud)”* (folio 02 del expediente de la apelación), sin que se realice un mayor desarrollo del por qué de la aplicación de tal norma al caso concreto y de la trascendencia del vicio que imputa. Y esto último es relevante ya que el numeral 83 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa es claro al señalar que: *“Serán declaradas fuera del concurso, las [ofertas] que incumplan aspectos esenciales de las bases de la licitación o sean sustancialmente disconformes con el ordenamiento jurídico.”* Por otro lado, recurriendo a la ley a que refiere el apelante, se observa que el numeral 231 de la Ley General de Salud dispone: **“ARTICULO 231.-** Los establecimientos **educacionales**, hospitales, asilos y similares, públicos o privados, quedan sujetos al control del Ministerio en cuanto a las instalaciones y procedimientos que utilicen para la preparación y suministro de alimentos y respecto de la calidad de la dieta suministrada a sus consumidores.” (destacado agregado), sin que el apelante refiriera a esta disposición legal. Así las cosas, se observa que el argumento expuesto no se acompaña de la debida fundamentación y probanza que exige el ordenamiento jurídico, lo que lleva a declarar sin lugar este extremo del recurso. **2) Sobre la valoración de la experiencia.** **La apelante** considera que en este tipo de contrataciones se requieren empresas con experiencia en abastecimiento masivo e institucional de alimentos, más que empresas dedicadas a atender el consumo masivo de alimentos, cuyas características obedecen más al ámbito privado como sucede con la adjudicataria. **La adjudicataria** no se refiere al respecto. **La Administración** indica que otorgó el puntaje mayor a todas las ofertas en los rubros de experiencia y calidad del producto, a pesar que la recurrente tiene menos años de experiencia que la adjudicataria. **Criterio de la División:** El recurrente manifiesta su inconformidad en cuanto a que no se valoraron debidamente

aspectos como la experiencia, ya que se valoró la experiencia general en la comercialización de productos y no la experiencia acorde a las condiciones requeridas. Analizado el punto, se llega a concluir que éste es un reproche a las disposiciones del cartel propiamente dicho, que a su aplicación, por lo que tales manifestaciones debieron realizarse en una etapa anterior como lo es el recurso de objeción al cartel, regulado en los numerales 170 y siguientes del RLCA. De no accionarse en el momento procesal oportuno, las cláusulas cartelarias adquieren firmeza y obligan a las partes, resultando precluido cualquier alegato que se realice en una etapa posterior. En relación con lo anterior, resulta oportuno citar lo indicado por el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Quinta, en sentencia No. 80-2011 del 25 de abril del 2011, donde señaló: *“Y es que ciertamente la apelación no puede utilizarse como medio tardío de impugnación del cartel, como mal ha pretendido la actora durante la tramitación y desarrollo de este proceso, olvidando la línea recursiva que definió el legislador. De tal suerte que al estar consolidadas las especificaciones del cartel, sin que puedan ser objeto de cuestionamiento y además no haberlas satisfecho el aquí accionante, convirtiéndose por consiguiente en oferente ilegible (sic), esta sociedad carece de legitimación para cuestionar el acto de adjudicación, no sólo en sede administrativa sino que ante esta instancia corre igual suerte (...) Así, no debe perderse de vista que la preclusión procesal que operó en este caso en razón de la especialidad de la materia, además de convertirse en la base de su declaratoria de inelegibilidad en la licitación (...) por el consentimiento implícito de las condiciones del cartel, transmuta en falta de legitimación y de interés en este proceso. (...) Los principios de libre concurrencia y de igualdad no conllevan la afectación de la eficiencia y la eficacia, por lo que participan y cuentan con un interés legítimo, quienes pueden cumplir con las condiciones del objeto pretendido.”* De este modo, la inconformidad del recurrente se encuentra precluida y no puede utilizar la fase del recurso de apelación como un medio para objetar cláusulas cartelarias ya consolidadas. En razón de lo anterior, se impone declarar sin lugar este extremo del recurso. **3) Acceso al expediente administrativo.** La apelante alega una violación al principio de publicidad y derecho a la defensa porque indica que no pudo tener acceso al expediente administrativo ante el cierre del centro educativo por las vacaciones de fin e inicio de ciclo lectivo. Al respecto, cita los artículos 173, 223 de la Ley General de la Administración Pública y 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. La adjudicataria no refirió al respecto. La Administración indica que en el cartel se indicó el correo electrónico, números de teléfono y dirección física para que los oferentes se comunicaran con la Junta de Educación y señala que no se recibió ninguna solicitud o comunicación en ninguno de los medios citados. Agrega, que la Junta de Educación se reunió los días 15 y 22 de diciembre del 2015; 05, 12, 13, 19 y 20 enero del 2016. **Criterio**

de la División: Tal y como se ha indicado supra, el artículo 177 del RLCA establece el deber de fundamentar los alegatos que se exponen en el recurso. No obstante, en el presente extremo, el recurrente no hace mayor desarrollo al respecto, no aporta prueba donde se constate que se presentó y no le brindaron el expediente, por ejemplo, de modo que no demuestra cómo esa falta de acceso al expediente le afectó su derecho de defensa al no tener acceso al expediente. Así las cosas, se impone declarar sin lugar este extremo del recurso. **4) Sobre la metodología de evaluación, precio.** **La apelante** considera que sus precios en muchos de los productos son menores a los de la adjudicataria. **La adjudicataria** no refirió al respecto. **La Administración** indica que en la evaluación realizada para el porcentaje precio se utilizó un muestreo aleatorio de productos de iguales especificaciones y marcas, de conformidad con los artículos 78, 80 y 81 del RLCA. Además, señala que la adjudicataria está en capacidad de hacer entregas diarias de productos perecederos por la cercanía con el centro educativo. **Criterio de la División:** Para resolver el extremo alegado se ha de tener presente que el cartel señaló: ***“METODOLOGÍA DE EVALUACIÓN / Factores de evaluación: Ítem / Elementos de evaluación / Porcentaje / 1 / Monto de la oferta (precio) / 40% (...) Precio 40% / Para determinar el puntaje correspondiente en el factor precio se aplicará la siguiente fórmula: $FP = (\text{Precio menor cotizado} / \text{precio de la oferta}) \times 40$ (...)”*** (folio 13 del expediente administrativo). Por otro lado, se observa que la Administración le otorgó a la recurrente, propiamente en el factor precio, un 22% y a la adjudicataria un 27,21% (hecho probado 1). No obstante, del cuadro comparativo que aporta la Administración cuando contesta la audiencia inicial, se observa que en los componentes ‘Abarrotes’, ‘Cárnicos’, ‘Lácteos’ y ‘Frutas y vegetales’, de la sumatoria de los precios, el apelante presenta un precio menor que el ofrecido por la adjudicataria (hecho probado 2) y que en al menos 32 de los 45 productos que fueron considerados, el apelante cotizó un precio más bajo que el propuesto por la adjudicataria. Ante esto, no se tiene claridad del por qué la adjudicataria en el factor precio obtuvo un 27.21%, contra un 22% de la apelante si éste, según la información rendida por la Administración al atender la audiencia inicial, presenta precios menores. En razón de lo anterior, se impone declarar con lugar este extremo del recurso para que la Administración corra de nuevo el sistema de calificación y adjudique a aquella oferta que alcance la mayor puntuación. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 183 del RLCA se omite pronunciamiento sobre otros extremos del recurso por carecer de interés práctico. Así las cosas, se declara parcialmente con lugar el presente recurso de apelación.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 84 y 86 de la Ley de Contratación Administrativa; 51, 83, 174 y siguientes del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, **SE RESUELVE: 1) Declarar parcialmente con lugar** el recurso de apelación interpuesto por la empresa **INVERSIONES MÚLTIPLES DEL OESTE CASTRO ATENCIO, S.A. (IMOCA, S.A.)**, en contra del acto de adjudicación de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 01-2015** promovida por la **JUNTA DE EDUCACIÓN DE LA ESCUELA EZEQUIEL MORALES AGUILAR** para el suministro de productos alimenticios para el comedor escolar durante el curso lectivo 2016, acto adjudicado a la empresa **Minisuper Piedades, S.A.**, modalidad entrega según demanda.. **2)** De conformidad con el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa se da por agotada la vía administrativa.-----

NOTIFÍQUESE.-----

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Elard Ortega Pérez
Gerente Asociado

NLQ/MCHA/MCHC/ksa
NN: 03814 (DCA-0758-2016)
NI: 1129-1602-3209-5386-6965-7110
G: 2016000734-2