

R-DCA-480-2016

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las quince horas treinta y siete minutos del nueve de junio del dos mil dieciséis. -----

Recurso de objeción y nulidad concomitante al cartel interpuesto por la empresa **MERCADEO DE ARTÍCULOS DE CONSUMO S.A. (MERCASA)**, en contra del cartel de la **Licitación Pública No. 2016LN-000004-0012600001**, promovida por el Patronato de Construcciones, Instalaciones y Adquisición de Bienes del Ministerio de Justicia y Paz para la *“compra de materia prima para la elaboración de pan de sistema penitenciario”*. -----

RESULTANDO

I. Que la empresa Mercadeo de Artículos de Consumo S.A. presentó ante esta Contraloría General, recurso de objeción en contra del cartel de la licitación pública No. 2016LN-000004-0012600001, en fecha veintiséis de mayo de dos mil dieciséis.-----

II. Que mediante auto de las diez horas del veintisiete de mayo de dos mil dieciséis se otorgó audiencia especial a la Administración licitante. Dicha audiencia fue atendida mediante oficio PI-0133-2016 de fecha treinta de mayo de dos mil dieciséis. -----

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

CONSIDERANDO

I. Sobre la admisibilidad de los recursos. A efectos de determinar la admisibilidad y consecuente procedencia del recurso de objeción interpuesto por la empresa Mercadeo de Artículos de Consumo S.A., se debe partir de lo establecido en el artículo 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (en adelante LCA), que en lo que interesa, indica: *“Contra el cartel de la licitación pública y de la licitación abreviada podrá interponerse recurso de objeción, dentro del primer tercio del plazo para presentar ofertas, contado a partir del día siguiente de la publicación o de aquel en que se realice la invitación. (...)”*. De esta manera, se tiene que la publicación de la invitación a participar en la Licitación Pública No. 2016LN-000004-0012600001, tramitada en el sitio web <http://www.mer-link.co.cr/>, se realizó el día diecinueve de mayo del dos mil dieciséis (http://www.merlink.co.cr:8084/search/EP_SEJ_COQ603.jsp?cartelNo=20160500543&cartelSeq=00&isPopup=Y&currSeq=00) en tanto que la fecha de apertura se estableció por parte de la Administración para el día treinta de junio de dos mil dieciséis, por lo que el plazo existente entre la fecha de la invitación y la apertura de ofertas fue de treinta días hábiles. De esa forma, el tercio del plazo lo constituyen diez días hábiles para impugnar el cartel

de la licitación, vencidos el día dos de junio del año en curso. Así las cosas, considerando que el recurso de la empresa Mercadeo de Artículos de Consumo S.A. fue presentado fuera de horario hábil el día veinticinco de mayo del dos mil dieciséis ante esta Contraloría General de la República, (ver folio 000001 del expediente de objeción), se tiene que el recurso fue presentado el día veintiséis de mayo en tiempo, para lo cual, este órgano contralor entra a conocer del fondo.-----

II. Sobre el fondo del recurso. A) Sobre el objeto de la contratación, violación a las disposiciones que contiene el artículo 52 inciso g) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa por incorporación de elementos ayunos de funcionalidad y desempeño: Manifiesta **la objetante** que el artículo 52 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa dispone: *“El cartel de la licitación deberá contener al menos lo siguiente: (...) g) Descripción de la naturaleza y cantidad de los bienes o servicios objeto del procedimiento, incluidas especificaciones técnicas que podrán acompañarse de planos, diseños e instrucciones correspondientes. Las especificaciones técnicas se establecerán prioritariamente en términos de desempeño y funcionalidad. El sistema internacional de unidades, basado en el sistema métrico decimal es de uso obligatorio.”* Menciona que conforme a la norma transcrita, es requisito esencial que todo cartel contenga un mínimo de previsiones claras, suficientes, concretas, objetivas y amplias que permitan la participación de los oferentes en los concursos que sean promovidos, fundados en criterios de desempeño o funcionalidad. En lo que respecta al objeto del cartel, agrega que los requisitos de claridad, suficiencia, concreción, objetividad y amplitud, son aplicables a las especificaciones técnicas del objeto de la licitación, para la satisfacción eficiente y eficaz del interés público. Añade que aún y cuando la Administración cuenta con un amplio margen de discrecionalidad administrativa en cuanto a la determinación del objeto de la licitación, dicha discrecionalidad es reglada, tiene límites en la lógica y la razonabilidad. Menciona que la decisión de contratar productos con características técnicas determinadas, se realiza en el ejercicio de una discrecionalidad admisible en el tanto sea respalda en razones fundadas y reales para actuar en ese sentido, y que en el expediente administrativo de la contratación bajo análisis no constaban esas razones. Señala que fue mediante oficio DIA-347-2016 del veintitrés de mayo de dos mil dieciséis (que anexa como prueba No. 1 de su recurso), que la Administración procedió con una aclaración a solicitud de su parte, mas no fundamentó las razones por las cuales escogió las diversas opciones técnicas que contiene el cartel, habiendo otras opciones técnicas para satisfacer la necesidad. Continúa

alegando que el cartel incluye como especificación técnica la incorporación de aditivos a la harina para panificación. Que sobre este aspecto se debe tener presente que el Decreto Ejecutivo número 37294-COMEX-MEIC-S denominado “*Resolución N° 283-2012 (COMIECO-LXII) del Consejo de Ministros de Integración Económica, del 14 de mayo del 2012 y su Anexo Reglamento Técnico Centroamericano RTCA 67.04.54:10 Alimentos y Bebidas Procesadas. Aditivos Alimentarios*” define el término aditivo alimentario de la siguiente manera: “*cualquier sustancia que no se consume normalmente como alimento por sí misma ni se usa normalmente como ingrediente típico del alimento, tenga o no valor nutritivo, cuya adición intencional al alimento para un fin tecnológico (inclusive organoléptico) en la fabricación, elaboración, tratamiento, envasado, empaque, transporte o almacenamiento provoque, o pueda esperarse razonablemente que provoque directa o indirectamente, el que ella misma o sus subproductos lleguen a ser un complemento del alimento o afecten sus características. Esta definición no incluye los contaminantes, ni las sustancias añadidas al alimento para mantener o mejorar las cualidades nutricionales.*” De esa forma, estima que si bien, la Administración incorpora diversos aditivos de la harina como requisito técnico, no logra apreciar en ningún apartado del expediente administrativo de la contratación, la justificación técnica que faculte a la Administración para añadir un requisito técnico que tal y como señala el Reglamento que cita, no se usa normalmente como ingrediente típico del alimento. Esto implica que la Administración opta por escoger una opción técnica e incluirla en el contenido del cartel, habiendo otras opciones técnicas para satisfacer la necesidad, sin la justificación del caso. De manera que, la redacción de las especificaciones técnicas hechas por la Administración no se desprende de éstas, ni del pliego de condiciones, un apartado en el cual se describa de forma clara, suficiente, concreta y objetivamente por qué se escoge como bien objeto de la licitación la harina con aditivos, si la harina sin estos es igualmente apta para la satisfacción del interés público e institucional, por lo cual, se solicita se declare con lugar el presente extremo, y se proceda a ordenar la nulidad del cartel por no cumplir con el requisito formal de motivación del mismo en cuanto a la necesidad en la incorporación de los aditivos a la harina, y el por qué se escogió tal especificación técnica en lugar de otra que al igual cumple con el fin público e institucional. Por su parte, **la Administración** indica que el argumento de la objetante de este primer punto no es concreto, más bien, es abstracto en toda su dimensión, al no delimitar en que parte del cartel o de las especificaciones técnicas se hace necesario la inclusión de la justificación de la funcionalidad y el desempeño de los bienes solicitados. Considera que el

objetante insiste en la necesidad de fundamentar el motivo por el cual se piden los requerimientos técnicos de la harina y en la ausencia de la misma en el expediente digital, pero sin establecer con claridad a qué o cuáles objetos de la contratación se hace referencia. Difiere de lo manifestado por la objetante, al mencionar que en este caso la Administración utiliza los mejores medios para satisfacer la necesidad institucional al determinar las especificaciones técnicas de un bien. Que el requisito técnico es regulado por la Ley y además fue aclarado a través de la respuesta dada a la solicitud de aclaración presentada por la misma empresa objetante, conforme la misma prueba aportada por ella. Menciona que la Norma Técnica Centroamericana referida por la objetante corresponde a la regulación sobre los aditivos a los alimentos, pero que este documento no determina los aditivos que pueden o no pueden tener los alimentos, en este caso especial la harina. Es en la *“Resolución número 201-2007 (COMIECOXLV) Reglamento Técnico Centroamericano RTCA 67.01.15:07 Harinas, Harina de Trigo Fortificada Especificaciones”* (que ha aportado como prueba), donde se establecen las especificaciones de los aditivos y las cantidades que estos deben incorporarse a la harina. Agrega que en el apartado cuatro de ese documento se establecen las características y especificaciones para a harina y específicamente en el punto 4.8 se hace mención de los aditivos que puede contener la harina y su nivel máximo aceptado, componentes que fueron especificados en el cartel y que se encuentran dentro de la lista de aditivos y de micronutrientes que se establecen en el documento de cita. Añade que no lleva razón la recurrente al indicar que *“no se vislumbra en apartado alguno del expediente administrativo de la contratación, la justificación técnica que faculte a la Administración para añadir un requisito técnico que tal y como señala la RTCA no se usa normalmente como ingrediente típico del alimento”*, pues el mismo objetante aportó el documento DIA-347-2016 del veintitrés de mayo del año dos mil dieciséis, mediante el cual se especificó el motivo por el cual se piden ciertos aditivos a la harina. La Administración considera que no hay fundamento al no especificar cuáles y de qué manera, se infringen los principios de la contratación administrativa en éste caso específico, además de no contar con interés actual el presente recurso de objeción, al haberse resuelto sus argumentos a nivel administrativo y encontrarse incorporada la respuesta al expediente digital. Por lo anterior, solicita al órgano contralor se declare sin lugar el recurso de objeción presentado. **Criterio de la División:** A efectos de atender el presente recurso, debe considerarse que el recurso de objeción busca ajustar las cláusulas cartelarias de manera que éstas no lesionen injustificadamente la libre participación de oferentes, o bien podría ser, que el

objeto de la contratación, que el objetante ha venido a impugnar, se considere contrario a derecho. En el caso de análisis, se tiene que el Patronato de Construcciones, Instalaciones y Adquisición de Bienes del Ministerio de Justicia y Paz pretende promover una licitación pública para la “*compra de materia prima para la elaboración de pan de sistema penitenciario*”, cuyo pliego contiene diez líneas o insumos, a saber: harina para panificación, sal industrial, manteca, azúcar, levadura instantánea para pan dulce, levadura instantánea para pan salado, mejorante para harina, acondicionador para harina, aceite vegetal comestible y bolsas plásticas transparentes. Se extrae del pliego impugnado, que cada uno de esos ítems cuenta con una descripción de los requerimientos técnicos que cada una debe de cumplir. Ahora bien, la empresa procedió a solicitar aclaración respecto de las líneas 1 (harina para panificación) y 9 (aceite vegetal comestible) únicamente (http://www.merlink.co.cr:8082/cartel/EP_CTJ_COQ017.jsp?explainSeqno=9719), en la que se solicitó indicar la justificación técnica de algunos de los aditivos referidos para esas líneas, aclaración que según concuerdan las partes fue atendida por la Administración mediante oficio DIA-347-2016 del veintitrés de mayo del año en curso (<http://www.merlink.co.cr:8082/common/review/EpExamRcvResultQ.jsp?examSeqno=107371&examStaffId=G2100045222018>). Es con motivo de dicha respuesta, que el objetante ha venido a manifestar, que la Administración no le señaló las razones por las cuáles solicitó las diferentes opciones técnicas habidas en el cartel, siendo que existen otras alternativas, que se echan de menos en su recurso. En el ejercicio de los potenciales oferentes para acudir a esta sede y objetar el clausulado del cartel, no solo es necesario precisar aquellos aspectos que encuentra lesivos al ordenamiento, sino que además les corresponde acreditar, de frente a la consideración de que existen otras soluciones para atender el interés público, cuáles son precisamente esas otras opciones, y que en este caso en particular, que los bienes a ofrecer por la empresa comprendan las cualidades que necesita la administración para satisfacer el interés público; argumentos que no se logran evidenciar en el recurso de análisis. En el caso se desconoce cuáles son las propiedades o características del producto que podría ofrecer y cómo resulta equivalente a lo requerido por la Administración (artículo 170 párrafo cuarto del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa). Por lo anterior, procede **rechazar de plano** este extremo del recurso, por falta de fundamentación. **B) Sobre la incorporación del aditivo Azodicarbonamida (ADA) como elemento técnico del producto:** Menciona el objetante, que no se ha explicado a nivel de desempeño o funcionalidad, la necesidad de este aditivo, que bien representa un daño para la salud y su inclusión como aditivo alimentario se

encuentra vedada. Lo anterior, dado que la ADA al someterse al proceso térmico del proceso de panificación deriva por descomposición a la presencia de la semicarbazida (SEM) que es un compuesto nocivo para la salud dado que produce problemas respiratorios (asma) y cutáneos (sensibilización de la piel, alergia). Agrega que este aditivo ha sido investigado históricamente, y a partir del año mil novecientos noventa y nueve, diversas organizaciones incluidas la Organización Mundial de la Salud han advertido sobre los efectos nocivos a la salud que produce la incorporación de la ADA como aditivo alimentario. Para sustentar su alegato aporta como prueba lo siguiente: **a)** Concise International Chemical Assessment Document 16, Azodicarbonamide. World Health Organization, Geneva, 1999 (archivo denominado “*Cicad16 Prueba 2-A*”, incorporado al expediente de objeción mediante disco compacto); **b)** extracto de una página de internet, de fuente desconocida, en apariencia denominada www.aditivos-alimentarios.com, titulado “*E927A-Azodicarbonamida*” (archivo denominado “*E927a-Azodicarbonamida-Aditivos Alimentarios Prueba 2-B*”, incorporado al expediente de objeción mediante disco compacto) y **c)** extracto de una página de internet, de fuente desconocida, titulado “*EFSA Publishes further evaluation on semicarbazide in food*” (archivo denominado “*EFSA Publishes further evaluation on se. Prueba 2-C*”, incorporado al expediente de objeción mediante disco compacto). Argumenta que de ninguna manera puede ser consecuente con el interés público que se incluya como especificación técnica la incorporación de un producto que es nocivo para la salud y prohibido en diversos países por tal razón, entre ellos, la Unión Europea y Australia. Menciona que como parte de los límites de la discrecionalidad, se encuentran las reglas unívocas de la ciencia. Que al respecto, el Reglamento Técnico Centroamericano establece en el párrafo segundo apartado 2.5, que: “*La dosis de uso máxima no suele corresponder a la dosis de uso óptima, recomendada o normal. De conformidad con las buenas prácticas de manufactura la dosis de uso óptima, recomendada o normal, difiere para cada aplicación de un aditivo y depende del efecto técnico previsto y del alimento específico en el cual se utilizaría dicho aditivo, teniendo en cuenta el tipo de materia prima, la elaboración de los alimentos y su almacenamiento, transporte y manipulación posteriores por los distribuidores, los vendedores al por menor y los consumidores.*” Que de lo transcrito, la conformidad del requisito técnico con la norma no se debe limitar a establecer un máximo que no contemple la dosis óptima recomendada o normal, teniendo en cuenta que la dosis puede variar, esto se puede traducir en una ingesta superior al límite establecido poniendo en peligro la salud, y eventualmente la vida de los destinatarios finales del producto final elaborado a la

partir de la harina objeto de licitación. Agrega que no se puede dejar de lado que el producto final a desarrollar, estará dirigido a un sector de la población que además de ser vulnerable atendiendo a la relación de sujeción para con la Administración, debido al hacinamiento y condiciones precarias de los privados de libertad, su posición a nivel de salud presenta un nivel de vulnerabilidad considerable, por lo que no es recomendable siquiera contemplar la inclusión de un aditivo a un producto que puede representar un riesgo para la salud de los consumidores del producto. Lo dicho anteriormente, aunado a la innecesidad en la incorporación de este aditivo para que la harina pueda cumplir con los fines de interés público e institucionales perseguidos por la licitación, evidencian la falta de conformidad del requisito técnico con el ordenamiento jurídico, lo cual se refleja en una transgresión al principio de eficiencia y eficacia al procurar adquirir un producto que afecta la salud de los destinatarios, y consecuentemente el interés público e institucional, y en otra arista, vulnera el derecho de libre competencia al excluir como oferente a su representada, al cotizar producto inocuo, adecuado para cumplir de forma eficaz y eficiente con el fin que persigue la contratación. Por lo anterior solicita se disponga de forma expresa el eliminar como especificación técnica la necesidad de incorporar el aditivo alimentario denominado Azodicarbonamida por poner en peligro la salud de los destinatarios del producto final a elaborar por la Administración licitante, y limitar la libre competencia entre los participantes. Por su parte, **la Administración** menciona que el pan realizado por las privadas del libertad del CASI La Mujer, se hace una vez a la semana y se distribuye a diecinueve centros penitenciarios, razón por la cual, la harina y el resto de componentes necesarios para la confección del pan requieren de durabilidad en el tiempo y que el producto conserve su textura y sabor. Esto solo es posible con los aditivos agregados a la harina y como adicional a la respuesta dada mediante el oficio DIA-347-2016, la Azodicarbonamida es necesaria pues el proceso de fermentación de la masa es de dieciocho horas y si no se le agrega este aditivo, la masa no logrará obtener la consistencia adecuada para el horneado y la conservación del pan. Respecto de la prueba aportada por la objetante, señala en primera instancia, que no existe certeza de su veracidad. Que inclusive los efectos secundarios se generan siempre en cualquier producto químico, de eso no se está exento incluso de los mismos medicamentos recetados por un profesional en medicina, posiblemente por esa razón, el mismo blog hace la siguiente advertencia: *“Los aditivos tomados de manera ocasional, en las cantidades añadidas al producto y siempre que no seas alérgico, no conllevan ningún riesgo cuando su uso esté aprobado en alimentos”*. Adicional a lo anterior, que según la *“Resolución número 201-2007*

(COMIECOXLV) Reglamento Técnico Centroamericano RTCA 67.01.15:07 Harinas, Harina de Trigo Fortificada Especificaciones” (que también ha venido a aportar como prueba), en el apartado de características y especificaciones, apartado 4.8, establece la proporción de Azodicarbonamida (927^a) en 45 mg/kg. Ese dato lo que refleja es que la harina no podría contener más de 45mg/kg de Azodicarbonamida, lo que fue aclarado igualmente a la empresa objetante a través del oficio DIA-347-2016 de fecha veintitrés de mayo del presente año. La consulta obligada sería, porque si el aditivo en discusión es dañino para la salud, a nivel de legislación centroamericana se permite su uso pero bajo valores máximos? Intentando justificar su idea, la objetante aporta artículos en inglés, de fuente desconocida y que se encuentra redactada en idioma diferente al español y no se aporta la traducción correspondiente, razón por la cual no podría valorarse como prueba y a su criterio no deben ser tomadas en cuenta dada la ausencia de la traducción. Continúa manifestando la Administración, que se ha apegado a la normativa específica de la harina, en donde se detallan sus componentes y los valores de los aditivos, sin violentar con esto a ningún oferente. Continúa mencionando que el objetante no logra demostrar que lo pedido por la Administración resulta no ser apropiado para satisfacer el interés de la población penitenciaria, que de igual manera no indica si la harina que el ofrecería podría cumplir con el resultado deseado por la Administración, que consiste en obtener una consistencia adecuada para el horneado y la conservación del pan por los días necesarios para poder trasladarlos y consumirlos en los Centros Penales. Por esta razón, solicita se rechace el recurso presentado por falta de fundamentación. **Criterio de la División:** Sobre el particular, se tiene que el objetante impugna uno de los requisitos establecidos para la línea 1 harina para panificación, para el cual la Administración incluyó en su composición “azodicarbonamida”. Según lo argumenta el objetante, este químico produce efectos nocivos para la salud, y por tratarse de una población beneficiaria vulnerable, debe suprimirse el requisito de cita. Ahora bien, de los elementos probatorios aportados para apoyar el argumento, se han aportado dos textos en inglés (pruebas 2-A y 2-C), cuya traducción al idioma oficial español no consta en el expediente de objeción. De igual manera, se aporta un extracto de una página web de procedencia desconocida (prueba 2-B) puesto que el recurrente no refirió la fuente, ni el carácter objetivo/ científico de la información allí destacada. De la misma manera, se desconoce la fecha de emisión de los datos allí contenidos ni así logra acreditar que esta información permanezca actualizada de forma que no haya variado por el pasar del tiempo. Con base en las razones antes expuestas, las piezas probatorias aportadas por el objetante no

cumplen los criterios de idoneidad y pertinencia, y por tanto, el alegato de fondo no podría tenerse por acreditados sus alegatos. Como se desprende del recurso, el argumento de que el aditivo objetado es perjudicial para la salud carece de sustento técnico, cuya fundamentación resulta relevante para determinar la exclusión o no del requisito. Por otra parte debe resaltarse, que el objetante ha venido a mencionar que puede ofrecer a la Administración, el producto inocuo, sin que sea necesario el aditivo cuestionado, más no demuestra que la harina de tal naturaleza cumpla con las cualidades que ha venido a exigir la Administración, para satisfacer la necesidad pública. Ahora bien, la Administración ha venido a indicar, que los diferentes compuestos solicitados en el pliego, entre estos la azidocarbonamida, han sido requeridos de conformidad con la normativa especial aplicable, cuya aplicación de deja a su entera responsabilidad. Así las cosas, se rechaza de plano este extremo por falta de fundamentación. -

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en lo que disponen los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 81 de la Ley de Contratación Administrativa y 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se resuelve: **1) RECHAZAR DE PLANO el recurso de objeción y nulidad concomitante al cartel** interpuesto por la empresa **MERCADEO DE ARTÍCULOS DE CONSUMO S.A. (MERCASA)**, en contra del cartel de la licitación pública **No.2016LN-000004-0012600001**, promovida por el Patronato de Construcciones, Instalaciones y Adquisición de Bienes del Ministerio de Justicia y Paz para la *“compra de materia prima para la elaboración de pan de sistema penitenciario”*. -----
NOTIFIQUESE. -----

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Marcia Madrigal Quesada
Fiscalizadora Asociada

MMQ/chc
NI: 14133, 14839
NN: 07497 (DCA-1491)
CI: Archivo central
G: 2016001984-1