

R-DCA-741-2016

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las nueve horas treinta dos minutos del cinco de setiembre del dos mil dieciséis.----
Recurso de apelación interpuesto por la empresa **INVERSIONES CHAZARA S.A.**, en contra del acto de adjudicación de la licitación pública **2015LN-000009-2101**, promovida por el **HOSPITAL DR. RAFAEL ANGEL CALDERON GUARDIA** para la adquisición de “carne de pollo en cortes varios” (consumo según demanda), acto recaído en sus siete líneas a favor de **AGROINDUSTRIAL PROAVE S.A.** por un monto aproximado de $\text{¢}106.812.960,00$ (ciento seis millones ochocientos doce mil novecientos sesenta colones).-----

RESULTANDO

- I. Que Inversiones Chazara S.A. presentó recurso de apelación ante esta Contraloría General el día veintidós de junio de dos mil dieciséis.-----
- II. Que mediante el auto de las quince horas del veinticuatro de junio de dos mil dieciséis se solicitó el expediente administrativo del concurso, el cual fue remitido por medio del oficio SCA-2312-06-2016 de fecha veintisiete de junio de dos mil dieciséis. -----
- III. Que mediante auto de las once horas del seis de julio del dos mil dieciséis, esta División otorgó: **a)** audiencia de nulidad una eventual nulidad absoluta del procedimiento de contratación, que fue contestada solamente por la Administración según escrito agregado al expediente de apelación; **b)** audiencia inicial a la Administración y a la adjudicataria para que se refirieran a los alegatos del apelante, audiencia que fue contestada por todas las partes según escritos agregados al expediente de apelación. -----
- IV. Que mediante oficio 10300 (DCA-1981) del cuatro de agosto del dos mil dieciséis, esta División solicitó el criterio del Consejo Nacional de Producción en relación con la provisión de carne de pollo en cortes varios al Hospital Dr. Rafael Ángel Calderón Guardia, solicitud atendida mediante oficio GG 792-2016 de fecha ocho de agosto de dos mil dieciséis agregado al expediente de apelación.-----
- V. Que mediante auto de las catorce horas diez minutos del cuatro de agosto del dos mil dieciséis, esta División comunicó a todas las partes, respecto de la solicitud de criterio realizada mediante oficio 10300 (DCA-1981) del cuatro de agosto del dos mil dieciséis. -----
- VI. Que mediante resolución R-DCA-657-2016 de las once horas quince minutos del cinco de agosto del dos mil dieciséis, esta División resolvió declarar sin lugar la excepción de

extemporaneidad presentada por la empresa adjudicataria Agroindustrial Proave S.A., en el escrito de contestación inicial.-----

VII. Que mediante auto de las once horas treinta minutos del diez de agosto de dos mil dieciséis, esta División otorgó audiencia especial a todas las partes para que se refirieran al criterio extendido por el Consejo Nacional de Producción en el oficio GG 792-2016 de fecha ocho de agosto de dos mil dieciséis, audiencia que fue atendida por las partes, a excepción de la empresa adjudicataria) según escritos incorporados al expediente de apelación. -----

VII. Que en el procedimiento se han observado las prescripciones constitucionales, legales y reglamentarias respectivas. -----

CONSIDERANDO

I. Hechos Probados: Con vista en la copia certificada del expediente administrativo del concurso, aportada mediante oficio número SCA-2312-06-2016, se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** Que el Hospital Dr. Rafael Ángel Calderón Guardia promovió la licitación pública 2015LN-000009-2101 para la adquisición de “carne de pollo en cortes varios”, en la modalidad de consumo según demanda, compuesto por siete líneas:

ITEM	UNIDAD	CANTIDAD (APROX)	DESCRIPCIÓN
1	KG	19320	Trocitos de pollo
2		3456	Filet de pollo
3		2256	Fajitas de pollo
4		2760	Muslito de muslo
5		2484	Muslo de pollo sin piel
6		3732	Muslo deshuesado sin piel
7		1380	Pechuga con hueso sin piel

(según consta en la invitación publicada en la Gaceta 227 del veintitrés de noviembre de dos mil quince y del pliego cartelario, visibles a los folios 134 y 72 a 128 del expediente administrativo de la licitación) **2)** Que participaron en el concurso los siguientes oferentes: Agroindustrial Proave S.A., Corporación Pipasa S.R.L. e Inversiones Chazara S.A. (según consta en el acta de apertura del dieciséis de diciembre de dos mil quince, visible a folio 470 del expediente administrativo de la licitación) **3)** Que mediante oficio HDRRACG-SN-0322-03-15 sin fecha, la Dra. Nelsi Moreira Castro, Jefe del Departamento de Nutrición del Hospital refirió lo siguiente: *“1. La contratación directa, no facultativa, sino obligada que ordena el Artículo 9 de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de Producción es válida en el tanto se la mejor forma de satisfacer el interés general para garantizar la eficiencia y continuidad del servicio. Siendo este un medio para satisfacer el interés*

general mantener el orden público contenido en la Constitución Política-artículos 50 y 182. (DAGJ-959-2002, OFICIO 6571 página 8, Conclusión 1) 2. Si la aplicación de la citada norma (artículo 9 Ley Orgánica del Consejo Nacional de Producción) amenaza la continuidad y eficiencia del servicio que se brinda, es factible recurrir a un proceso concursal ordinario para evitar que el servicio público se paralice (DAGJ-959-2002, oficio 6571 página 7, párrafo (...)) **RAZONABILIDAD DEL PRECIO:** (...) Al realizar un análisis de la razonabilidad del precio ofrecido por el CNP, con base en la cotización de la empresa BIOPOLLO, cotización de mejor precio, se encuentra que la oferta del CNP significa un costo mayor en ₡21.285.576.00 (18.40%) POR TANTO, Esta Jefatura solicita se analice lo aquí expuesto y se valore la pertinencia de que se realice un Concurso Ordinario a fin de lograr un uso más racional de los recursos económicos asignados para la alimentación de los pacientes atendidos en el Hospital, evitando que por pagar precios mayores no puedan atenderse a cabalidad los menús programados para las diferentes tipos de dietas terapéuticas” (según consta en la justificación de compra de carne de pollo, visible al folio 62 del expediente administrativo de la licitación) **4)** Que mediante oficio GG 792-2016 de fecha ocho de agosto de dos mil dieciséis, el Consejo Nacional de Producción manifestó lo siguiente “(...) las empresas en el litigio de adjudicación de la citada licitación hoy están registradas como agroempresas suplioras del Programa de Abastecimiento Institucional, brazo operativo para dar cumplimiento al artículo antes citado (...) Los productos cárnicos de pollo descritos, son parte de la cotidianidad de suministros que realiza la Institución a sus clientes, por parte de las agroempresas registradas en el Programa de Abastecimiento Institucional. (...) efectivamente estos productos son parte del tráfico ordinario del CNP, suministro institucionalizado, hoy proveemos con estos productos a varias instituciones gubernamentales y lo importante que lo hacemos con productores de tamaño micro, pequeños y medianos. (...) contamos con poco más de 12 agroempresas (físicas u organizaciones) para atender esa suplencia, más que disponibilidad que siempre la habrá para este suministro y demás productos, se cuenta con la suficiente capacidad operativa, logística, calidad e inocuidad, en volumen, oportunidad, horario y otros. No asiste razón a la CCSS, para hacer estas contrataciones de suministros fuera de los alcances del artículo N°9 d la ley 8700, el CNP está en capacidad suficiente de ejecutarla, para iniciar en el momento que así nos lo indiquen, el inicio es de inmediato” (folio 132 del expediente de apelación)-----

II. SOBRE LA NULIDAD ABSOLUTA EVIDENTE Y MANIFIESTA DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN. Para el caso de análisis, resulta de especial relevancia lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República que indica: “**ARTICULO 28.- DECLARACION DE NULIDAD.** Dentro del ámbito de su competencia, la Contraloría General de la República, de oficio o por reclamo del titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, podrá

declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta, que advierta en los actos o contratos administrativos de los sujetos pasivos, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 173 de la Ley general de la Administración Pública, y sin perjuicio de las potestades anulatorias de la Administración activa (...)/...La Contraloría, siguiendo los procedimientos propios del respectivo recurso, podrá declarar de oficio la nulidad de un acto o de un contrato administrativo recurrido, por motivos no invocados por el recurrente, solo cuando la nulidad sea absoluta". En el caso en concreto, se consideró que el procedimiento promovido podía encontrarse viciado de nulidad por contravenir la obligación prevista por el artículo 9 de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de Producción. Es por ello que, esta Contraloría General procedió a otorgar audiencia sobre una posible nulidad absoluta, evidente y manifiesta de todo el procedimiento cuestionado, a todas las partes involucradas en el presente recurso, la cual no fue atendida por la empresa apelante. Por su parte, la adjudicataria no se refirió a la audiencia de nulidad. No obstante lo anterior, manifestó en su contestación inicial, que su representada es proveedora activa del Programa de Abastecimiento Institucional del Consejo Nacional de la Producción. La Administración atendió la audiencia de nulidad e indicó que el Servicio de Nutrición mediante el oficio SN- 0322-03-15 sobre la Justificación de Compra de Carne de Pollo, realizó el siguiente análisis: *"En aplicación al Principio de Eficiencia (Artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa) los procedimientos de contratación administrativa deben seleccionar la oferta que más convenga a la satisfacción del interés general y al cumplimiento de los fines y cometidos de la Administración. Estos principios no pueden ser obviados en las contrataciones directas que haga el Estado al amparo de lo que señala el Artículo 2 de la Ley de Contratación Administrativa (DAGJ-959-2002, oficio 6571, página 5, párrafo 2) La contratación directa, no facultativa, sino obligada que ordena el Artículo 9 de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de Producción es válida en el tanto sea la mejor forma de satisfacer el interés general. (DAGJ-959-2002, OFICIO 6571 página 8, Conclusión 1) El Consejo Nacional de Producción no es un ente cuya actividad persiga fines de lucro, por el contrario, persigue únicamente fines públicos (voto 6969-2000., 9 agosto 2000 Sala Constitucional) El Consejo Nacional de Producción, debe tener cuidado en los productos que vende a la Administración Pública, pues una selección inadecuada abre la posibilidad de que las entidades públicas se vean ante la imposibilidad de poder aceptar los precios establecidos por el Consejo (Estudio Especial N°DFOE-AM-7/2003, página 22, párrafo 3 y 4). La Contraloría General de la República ha señalado que ". . .resulta a todas luces contrario a los principios que informan la sana administración de los bienes del Estado, el tener que adquirir productos a precios muy superiores con base en una norma que fue creada para procurar el mantenimiento del equilibrio del mercado y no para la instauración de un intermediario que encarezca excesivamente los precios a la Administración" (Estudio Especial N0DFOE-AM-7/2003, página*

20, párrafo 8) *La Procuraduría General ha insistido que el Consejo Nacional de Producción debe seleccionar los productos incluidos en el Artículo 9, en tanto no puede implicar precios superiores a aquellos que podrían obtenerse en el mercado privado y que por tanto, le corresponde determinar cuáles productos pueden ser vendidos a los entes públicos sin que ello implique erogaciones económicas mucho mayores que aquellas que se producirían si esos mismos entes contrataran con particulares el suministro de estos productos. (Procuraduría General de la República, oficio N° OJ-044-2001)*". A partir del estudio de cita y los elementos anteriores, la Administración concluye que el Consejo Nacional de Producción ostenta precios más altos que otras empresas, por lo que la Administración se inclinó a realizar un concurso abierto con el fin de lograr precios que beneficien a los fondos públicos, y agrega que el Consejo Nacional de Producción no participó en este concurso. De conformidad con el análisis de cita, argumenta la Administración que los precios ofrecidos por el CNP son un 18.40% más altos que los precios del mercado. Velando por el interés público, no se realizó la compra directamente con el Consejo Nacional de Producción, que bien podría haber participado ya que se publicó la invitación en la Gaceta 227 del día veintitrés de noviembre del dos mil quince, al no haber participado se tendría en este momento una compra infructuosa, por lo que no se debe declarar nulidad en este procedimiento de compra. **Criterio de la División:** En el caso en concreto, se tiene que la Administración promovió una licitación pública para adquirir siete cortes de carne de pollo (hecho probado 1), concurso en el cual participaron tanto la empresa apelante Inversiones Chazara S.A. como adjudicataria Agroindustrial Proave S.A. (hecho probado 2). Según se extrae de las piezas del expediente administrativo del concurso, el Servicio de Nutrición del Hospital realizó un análisis en el que consideró el aspecto del precio para determinar la vía más eficiente en la satisfacción del interés público, lo anterior al amparo del principio de eficiencia (hecho probado 3), el cual indica fundamentarse en los criterios jurídicos derivados del oficio DAGJ-959-2002, el voto 6969-2000 de la Sala Constitucional, la Procuraduría General de la República y el Estudio Especial N°DFOE-AM- 7/2003, considerando que el precio cotizado por el Consejo Nacional de Producción presenta un alza de 18.40% respecto de otros empresarios, por lo que recomienda realizar un procedimiento ordinario en donde se garantice un uso racional de los recursos (hecho probado 3). A partir de las razones por las cuales la Administración decidió promover el procedimiento licitatorio, conviene contextualizar la discusión con lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de Producción N°2035, cuyo primer párrafo dispone: "Los entes públicos están obligados a proveerse del Consejo Nacional de Producción (CNP) todo

tipo de suministros genéricos propios del tráfico de esta Institución, a los precios establecidos. Para tal efecto, dichos entes quedan facultados para que contraten esos suministros directamente con el CNP, el cual no podrá delegar ni ceder, en forma alguna, esta función". La norma transcrita regula el mandato que recae sobre los entes públicos, de abastecerse necesariamente con el Consejo tratándose de suministros propios del tráfico de esta institución, esto es: *"los devenidos de la producción e industrialización de productos agropecuarios, pesqueros y acuícolas"* (último párrafo del artículo 9). Conviene precisar en un primer orden, que la norma de análisis no habilita en ningún momento a la Administración para realizar procedimientos ordinarios, puesto que el propio ordinal regula el ente provisor por excelencia y los mecanismos de que dispone para realizar su función: *"En cumplimiento de esta labor, el CNP deberá fungir, con carácter de prioridad, como facilitador en el acceso a este mercado, por parte de los micro, pequeños y medianos productores agropecuarios, agroindustriales, pesqueros y acuícolas de Costa Rica. El CNP podrá contratar con otro tipo de proveedor o proveedores, cuando se carezca de oferta por parte del micro, pequeño y/o mediano productor nacional, o se presente desabastecimiento en el ámbito nacional, a fin de resguardar el mercado, garantizando el servicio al cliente, mientras el CNP, con sus propios recursos, promueve, impulsa, desarrolla o gestiona y habilita los programas dirigidos a los proveedores prioritarios, señalados en el párrafo anterior de este artículo, como obligación expresa del CNP de apoyar, en el ámbito nacional, a este tipo de productores para incorporarlos a los procesos que desarrolla"*. Esta norma fue reafirmada por el legislador mediante la Ley 8700, que pretendió reafirmar la obligación de las instituciones de comprarle al CNP, respecto de lo cual se indica en la exposición de motivos de esa norma legal: *"Mención especial, debe realizarse del Programa de Abastecimiento Institucional del CNP, que es el componente de la estructura comercializadora encargado de suministrar productos agropecuarios y agroindustriales a las instituciones del Estado abasteciendo además a la Comisión Nacional de Emergencias durante la atención de tales eventos. / A la vez procura el desarrollo del sector agropecuario y agroindustrial, mediante generación de oportunidades de negocio para los pequeños y medianos productores. No obstante su importancia, este programa arrastra un déficit cercano a los ₡300 millones por concepto de pago a proveedores, lo que le ha generado, no contar mayoritariamente entre sus proveedores a los pequeños y medianos productores por falta de liquidez inmediata, situación que debe resolverse dotando a este programa del*

suficiente capital semilla para su operación y de la legislación que permita superar las restricciones que en su oportunidad señaló y dispuso en el Informe N.º 06763 FOE-AM-289, de 25 de junio de 2003, la Contraloría General de la República y el vacío legal detectado. / Asimismo, debe modernizarse la legislación para que el Programa de Abastecimiento Institucional (PAI), de manera eficaz y eficiente, suministre a la Comisión Nacional de Emergencia el conjunto de los productos de abastecimiento mínimo requeridos para atender las emergencias. / Valga resaltar que el artículo 9 de la Ley vigente del CNP y el PAI como programa que lo instrumentaliza, han superado diversos procesos de interpelación mediante pronunciamientos y resoluciones de la Procuraduría General de la República y la Sala Constitucional, rechazando razones y recursos que buscaban afectar la existencia de la norma, que le atribuían prácticas monopolísticas del Estado a través del CNP con el PAI; así como la supuesta violación de la Ley de contratación administrativa. / En general, se considera de carácter urgente que el CNP pueda cumplir con las funciones que le han sido encomendadas, entre las cuales se contemplan el apoyo al micro, pequeño y mediano productor agropecuario, específicamente en cuanto al acopio, limpieza, selección, empaque, industrialización, mercadeo y comercialización de los productos agropecuarios. Se considera fundamental, que el CNP fortalezca estos programas. / En gran medida, el éxito y la permanencia en las actividades que realiza el micro, pequeño y mediano productor agropecuario depende de impulsar este tipo de medidas. (...) El CNP es la única institución del sector agropecuario a la que en el cumplimiento de su misión, se le ha requerido proveerse sus propios recursos, sin fuentes fijas provenientes de impuestos, canon u otras fuentes, tal como sucede con el resto de instituciones. (...) Por ello y teniendo en cuenta que todas las instituciones del Sector Público estatal, tanto centralizado como descentralizado, bajo la rectoría del Ministerio de Agricultura y Ganadería, deben integrar acciones y mancomunar esfuerzos para maximizar recursos, con el propósito de lograr el éxito de la misión del sector agropecuario.” Como puede verse, la intención del legislador por reafirmar el papel del CNP, disponiendo a todas las instituciones del Sector Público la adquisición a ese ente de los diferentes productos agropecuarios, pesqueros y acuícolas; sin que el legislador distinguiera parámetros de precio de mercado como pretende en este caso la Administración licitante. Esta acción afirmativa supone también un programa que garantice no solo un suministro apropiado, sino también que exista suficiente transparencia en los mecanismos de asignación de productores para atender diferentes necesidades y contratos,

partiendo de una idoneidad garantizada. Por lo demás, entiende este órgano contralor que precisamente en el cumplimiento de ese mandato, el CNP realiza esas labores de apoyo al micro, pequeño y mediano productor agropecuario, mediante la implementación de un Programa que permite garantizar condiciones de calidad, oportunidad y suficiente satisfacción, en tanto resulta fundamental para el interés público. Desde luego, en caso de que el CNP incumpla estas obligaciones en fase de ejecución, se habilitaría a la Administración para que atienda sus cometidos públicos siguiendo el respectivo procedimiento de resolución contractual y realizando un procedimiento ordinario o de excepción según corresponda para atender la necesidad de abastecimiento, pero este no es el caso del Hospital pues no se ha incumplido ningún contrato. En el caso de la contratación impugnada, los cortes de carne de pollo se entienden enmarcados en el giro comercial del Consejo, inclusive así lo confirmó en el oficio GG 792-2016 de fecha ocho de agosto de dos mil dieciséis, cuando señaló que los productos cárnicos de pollo descritos, son parte de la cotidianidad de suministros que provee, con apoyo inclusive de empresas como la apelante y la adjudicataria, quienes se encuentran registradas como agroempresas suplidoras del Programa de Abastecimiento Institucional (hecho probado 4). En concordancia con lo antes mencionado, el Reglamento N°2359 del Programa de Abastecimiento Institucional del Consejo Nacional de Producción, viene a establecer en su artículo 3 lo siguiente: *“Los productos autorizados para abastecer a las instituciones públicas, así como los productos necesarios para el abastecimiento mínimo que requiere y demanda la CNE, son los siguientes: (...) Carne de res, cerdo y pollo”*. De lo anterior no queda duda, de que las carnes objeto de la contratación en estudio corresponden a suministros que se deben adquirir necesariamente con el Consejo Nacional de Producción, a quien corresponde coordinar con sus suplidores, el abastecimiento institucional. Cabe mencionar además, que la empresa adjudicataria ha reconocido su condición de proveedor del CNP, al indicar que *“somos proveedores activos del Programa de Abastecimiento Institucional del Consejo Nacional de la Producción.”* (folio 102 el expediente del recurso de apelación) En cuanto al apelante, en el escrito en que atendió la audiencia conferida sobre el oficio GG 792-2016, no se manifestó en contrario a este argumento, únicamente mencionó en cuanto al tema económico lo siguiente: *“el Consejo Nacional de Producción si bien tiene la competencia para suplir los productos, el precio de los mismos incrementarían en un porcentaje aproximado de hasta un 15%, ya que el CNP incorpora un porcentaje por la intermediación de la comercialización de los productos, lo que*

incrementaría considerablemente el precio que tendría que pagar el Hospital por los mismos. Aspecto que puede ser corroborado solicitando al CNP el dato de margen de intermediación que ellos incluyen en el precio por la comercialización de los productos de cortes de POLLO. El precio que Inversiones Chazara ofrece al Hospital no tiene incorporado ese margen adicional, por lo que a razón de precio, nuestra representada presenta las mejores condiciones para el abastecimiento de ese producto con respecto a la empresa AGROINDUSTRIAL PROAVE y al CNP". (folio 143 del expediente administrativo de apelación) Es importante indicar, que la justificación en la que se ha basado la Administración obedece a un aspecto meramente económico, es decir un precio que representa un costo adicional del que podría ofrecerle una de las empresas proveedoras. No se destacan en el trámite, argumentos adicionales que hagan suponer que el Consejo Nacional de Producción no pueda suministrar el producto de adecuada calidad para el nosocomio, sino que por el contrario el Consejo ha indicado que: *"para atender esa suplencia, más que disponibilidad que siempre la habrá para este suministro y demás productos, se cuenta con la suficiente capacidad operativa, logística, calidad e inocuidad, en volumen, oportunidad, horario y otros. No asiste razón a la CCSS, para hacer estas contrataciones de suministros fuera de los alcances del artículo N°9 d la ley 8700, el CNP está en capacidad suficiente de ejecutarla, para iniciar en el momento que así nos lo indiquen, el inicio es de inmediato"* (hecho probado 4). De esa forma, es necesario declarar la nulidad absoluta del procedimiento promovido, no solo por no seguir el procedimiento correspondiente sino en el tanto no se acreditaron razones de peso por las cuáles podría el Hospital apartarse de la contratación directa mandatoria. Por lo expuesto, es que procede declarar la nulidad de todo el procedimiento realizado. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 183 del RLCA se omite pronunciamiento sobre otros extremos por carecer de interés práctico.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, 63, 85 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa; 153, 154 inciso b), 168, 174 y siguientes del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se resuelve: **1) DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA EVIDENTE Y MANIFIESTA DEL PROCEDIMIENTO** de la licitación pública **2015LN-000009-2101**, promovida por el **HOSPITAL DR. RAFAEL ANGEL CALDERON GUARDIA** para la adquisición de *"carne de pollo en cortes varios"* (siete ítems,

consumo 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

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Estudio y redacción: Marcia Madrigal Quesada.

MMQ/chc
NN: 11582 (DCA-2234)
CI: Archivo central
NI: 16851, 17266, 19402, 19450, 19592, 21495, 21538, 21903, 21910
G: 2016002427-2