

R-DCA-843-2016

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa. San José, a las nueve horas treinta minutos del catorce de octubre del dos mil dieciséis.-----

Recurso de apelación interpuesto por la empresa **FERRETERÍA ROJAS Y RODRÍGUEZ, S.A.**, en contra del acto que declaró infructuosa la **CONTRATACIÓN DIRECTA CONCURSADA No. 002-2016**, promovida por la **JUNTA DE EDUCACIÓN DE LA ESCUELA EL PORVENIR**, para la compra de materiales.-----

RESULTANDO

I. Que la empresa Ferretería Rojas y Rodríguez, S.A., el treinta de agosto del dos mil dieciséis presentó vía fax ante este órgano contralor recurso de apelación en contra del acto final de la referida contratación directa, presentando el original del recurso el treinta y uno de agosto del presente año.-----

II. Que este órgano contralor mediante auto de las catorce horas veinte minutos del treinta y uno de agosto del dos mil dieciséis, solicitó el expediente administrativo, lo cual fue atendido por la Administración, según nota fechada cinco de setiembre de dos mil dieciséis.-----

III. Que mediante auto de las nueve horas veinte minutos del ocho de setiembre del año en curso este órgano contralor otorgó audiencia inicial a la Administración licitante para que se manifestara sobre los alegatos expuestos en el recurso. Dicha audiencia fue contestada mediante escrito debidamente agregado al expediente de apelación.-----

IV. Que este órgano contralor mediante auto de las ocho horas veinte minutos del veintitrés de setiembre del dos mil dieciséis otorgó audiencia especial a la empresa apelante para que se manifestara sobre los alegatos que en contra de su oferta realizó la Administración al atender la audiencia inicial, lo cual fue contestado mediante escrito debidamente agregado al expediente de apelación.-----

V. Que este órgano contralor mediante auto de las catorce horas del cuatro de octubre del dos mil dieciséis otorgó audiencia especial a la Administración para que aclarara aspectos relacionados con el plástico para contrapiso. Tal audiencia fue debidamente contestada mediante escrito debidamente agregado al expediente de apelación.-----

VI. Que mediante auto de las doce horas cuarenta y cinco minutos del seis de octubre del dos mil dieciséis, se otorgó audiencia especial a la empresa apelante para que se refiriera a la respuesta brindada por la Administración al atender la audiencia contenida en auto de las catorce horas del cuatro de octubre del dos mil dieciséis. Dicha audiencia fue atendida mediante escrito debidamente agregado al expediente de apelación.-----

VII. Que mediante auto de las trece horas veinte minutos del once de octubre de dos mil

dieciséis se otorgó audiencia final a las partes, la cual fue atendida según escritos agregados al expediente de la apelación.-----

VIII. Que esta resolución se emite dentro del plazo de ley y se han observado las prescripciones legales y reglamentarias correspondientes.-----

CONSIDERANDO

I. HECHOS PROBADOS: Para el dictado de la presente resolución, se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** Que la empresa Ferretería Rojas y Rodríguez, S.A. ofertó, en lo que interesa:

18	Plástico para contrapiso rollo de 2 m2	Rollo	260	1013,104	263407,04
----	--	-------	-----	----------	-----------

(folio 155 del expediente administrativo). **2a).** Que la empresa Ferretería Rojas y Rodríguez, S.A. consultó a la Administración, vía correo electrónico del 16 de agosto anterior, lo siguiente: *“Buenas tardes en plástico (sic) en rollo viene por kilo cada rollo trae un promedio de 50 kilos que en metros equivale a 125 mts la pregunta es si se cotiza los rollos de 50 kilos”* (folio 39 del expediente administrativo). **2b).** Que la Escuela Porvenir, en respuesta a consulta de la empresa apelante vía correo del 16 de agosto del 2016 señaló: *“En respuesta a su solicitud se le informa que en consulta hecha por El Colono con fecha del 11 de agosto y contestada vía correo el 12 de agosto a las 9:46 AM a la antes citada y a todos los demás oferentes sin excepción, se les escribió: “Plástico negro doble ancho rollo 2 metros (abre a 4 metros)”/ Por lo anterior se confirma que en efecto son 260 rollos y NO en metros”* (folio 39 del expediente administrativo). **3)** Que el señor Franklin Chavarría Ramírez, profesional responsable del estudio de ofertas, mediante documento fechado 24 de agosto del 2016 señaló: *“d) Ferretería Rojas y Rodríguez: / La oferta de esta Ferretería es la más baja en precio que las otras 3, sin embargo, en la línea de plástico para contrapiso el rollo en el mercado NO tiene ese precio unitario que ellos indican, esto entonces, hace que haya una inconsistencia en su oferta, pues si sumamos el precio unitario de un rollo por la cantidad total que se solicito (sic) en la lista adjunta del cartel el resultado será una cantidad en millones de colones, por lo que varia (sic) el costo de la oferta”* (folios 252-254 del expediente administrativo). **4)** Que la Presidente de la Junta de Educación, en nota fechada 25 de agosto del 2016, dirigida a la empresa Ferretería Rojas y Rodríguez, S. A., indicó: *“d) Ferretería Rojas y Rodríguez:/ No es posible adjudicar esta oferta pues estaría en “ventaja desleal” con las otras ofertas que se presentaron, esto en la línea que corresponde a “plástico para contrapiso” tanto en la lista que se adjunto (sic) al cartel como en las consultas que se presentaron al respecto, se concluyó claramente la cantidad y la unidad con que se cotizaría. Al observar en su oferta el precio unitario, un rollo de “plástico negro” en el*

mercado tiene un costo superior a lo que ellos indican como precio unitario y por su puesto como consecuencia el precio final será otro” (folios 268 y 269 del expediente administrativo).

II. SOBRE LA LEGITIMACIÓN. 1) Sobre la omisión de la cotización de los numerales 11 y 12.

La Administración en la contestación a la audiencia inicial otorgada por este órgano contralor señaló que la empresa apelante omitió en su oferta los numerales 11 y 12, dando como resultado que la línea 16 del cartel, correspondiente a “*plástico para contrapiso*”, se ubicara en la línea 18. La apelante no se refiere específicamente a este aspecto. Criterio de la División. Como primer punto, se observa que el pliego cartelario requirió una lista de materiales, entre los cuales, se encuentra la línea de plástico para contrapiso rollo de 2 metros cuadrados, tal cual se muestra a continuación:

ITEM	UNIDAD	CANTIDAD	PRECIO UNITARIO	TOTAL
LISTA A				
Clavo 63mm c/c	Kg	29	0	0
Regla 25x75 s/c semidura	Metros	2125		0
Alambre negro #16	Kg	253		0
Cuerda trazo nylon	Rollo	4		0
Varilla #3 corrugada grado 40	Unidades	2120		0
Varilla #4 corrugada grado 40	Unidades	500		0
Varilla #4 lisa grado 40	Unidades	290		0
Varilla #5 lisa grado 40	Unidades	180		0
Tabla 25x75 s/c semidura	Metro	1415		0
Cemento gris	Unidades	1275		0
LISTA B				
Arena de tajo	M ³	275		0
Piedra cuartilla	M ³	290		0
Lastre	M ³	1545		0
LISTA A				
Bloques de 12x20x40	Unidad	800		0
Bloques de 20x20x40	Unidad	800		0
Plástico para contrapiso rollo de 2 m2	Rollo	260		0

(folio 06 del expediente administrativo, información visible en disco compacto). De lo anterior se logra visualizar que en el pliego cartelario, la línea de plástico para contrapiso se encontraba de puesto 16. Por otra parte, vista la oferta del apelante, se observa que en ella la línea de plástico para contrapiso se ubica en la línea 18, tal cual se muestra de seguido:

JUNTA DE EDUCACION ESCUELA PORVENIR

LINEAS	ITEM	UNIDAD	CANTIDAD	PRECIO UNITARIO	TOTAL
LISTA A					
1	Clavo 63mm c/c	Kg	29	582,24	16885,05
2	Regla 25x75 s/c semidura	Metros	2125	313,2	665550
3	Alambre negro #16	Kg	253	473	119669
4	Cuerda trazo nylon	Rollo	4	633,08	2532,32
5	Varilla #3 corrugada grado 40 ARCELORMITT	Unidades	2120	1225,00	2597000,00
6	Varilla #4 corrugada grado 40 ARCELORMITT	Unidades	500	2326,4	1163182,5
7	Varilla #4 lisa grado 40 ARCELORMITT	Unidades	290	2760,4	800516
8	Varilla #5 lisa grado 40	Unidades	180	4223	760140
9	Tabla 25x75 s/c semidura	Metro	1415	313,2	443178
10	Cemento gris CEMEX UG 50 KILOS	Unidades	1275	5400	6885000
LISTA B					
13	Arena de tajo	M ³	275	11256,63	3095572,59
14	Piedra cuartilla	M ³	290	10318,58	2992388,37
15	Lastre	M ³	1545	10318,58	15942207,03
LISTA A					
16	Bloques de 12x20x40 PEDREGAL TIPO A	Unidad	800	360,49	288389,36
17	Bloques de 20x20x40 PEDREGAL TIPO A	Unidad	800	620,34	496272
18	Plástico para contrapiso rollo de 2 m2	Rollo	260	1013,104	263407,04

(folio 155 del expediente administrativo). Ahora bien, cotejando la información del cartel y la contenida en la oferta, se denota que el apelante cumplió con la cotización en el orden establecido en el pliego de condiciones aun cuando no se muestran en la lista los números "11 y 12", por cuanto del numeral "10" se pasa al numeral "13", pero ello no implica que no se incluyeran todos los materiales requeridos cartelariamente. (folio 155 del expediente administrativo). Así, extraña a este órgano contralor que la Administración señale tal inconsistencia en la audiencia inicial otorgada, inconsistencia que se estima eminentemente formal, siendo que el principio de eficiencia, que es norte de la contratación administrativa y se encuentra regulado en el numeral 4 de la Ley de Contratación Administrativa es claro al señalar, entre otras cosas que: *"En todas las etapas de los procedimientos de contratación, prevalecerá el contenido sobre la forma, de manera que se seleccione la oferta más conveniente, de conformidad con el párrafo primero de este artículo. /Los actos y las actuaciones de las partes se interpretarán en forma tal que se permita su conservación y se facilite adoptar la decisión final, en condiciones beneficiosas para el interés general. Los defectos subsanables no descalificarán la oferta que los contenga. En caso de duda, siempre se favorecerá la conservación de la oferta o, en su caso, la del acto de adjudicación."* De este modo, no observándose el vicio achacado como susceptible de excluir la oferta del apelante del concurso, se **declara sin lugar** este alegato y se concluye que el recurrente ostenta la legitimación necesaria, por lo que se procede analizar el recurso por el fondo.-----

III. SOBRE EL FONDO: 1) Sobre el plástico para contrapiso. Manifiesta la empresa apelante que su oferta fue indebidamente excluida por cuanto su propuesta fue la única que cumplió a cabalidad con lo requerido en el pliego cartelario así como en las aclaraciones realizadas por la Administración. Añade que mediante nota del 25 de agosto anterior, la Junta señaló que no podía adjudicarle el concurso pues le estaría otorgando una ventaja indebida respecto a las restantes ofertas, específicamente en cuanto a la línea de plástico para contrapiso, ya que esa Junta consideró que cotizó un precio inferior al de mercado. Agrega que su plica cotizó 260 rollos de plástico para contrapiso de 2 m², tal como lo requerían el cartel y la aclaración de la Administración del 16 de agosto anterior, por lo tanto, considera que se trata de una presunción de la entidad licitante el manifestar que el precio final del material sea distinto al ofrecido. Indica que la Junta en ningún momento rechazó su oferta por omitir algún artículo, ni por haber modificado la cotización de los materiales en forma alguna, sino por la presunción de que el precio real del plástico para contrapiso fuera distinto al plasmado en su oferta. En la respuesta a la audiencia especial otorgada por este

órgano contralor, manifiesta que previo a la apertura de ofertas, un funcionario de su empresa solicitó aclaración a la Junta sobre la forma en cómo tenía que cotizar la línea de plástico para contrapiso, ya que un rollo se puede cotizar por kilo, rollo o metros, teniendo un rollo en promedio un peso de cincuenta kilos, que equivalen a ciento veinticinco metros aproximadamente, y hace ver que en el mercado existen de distintos tamaños, pesos y medidas. Agrega que dicha solicitud no fue esclarecida por lo que optó por cotizar tal cual lo pedía el cartel y la aclaración, o sea 260 rollos de 2 metros de largo que abrieran a 4 metros de ancho, cada uno. La Administración indicó que la empresa Rojas y Rodríguez no tuvo ninguna irregularidad como sí lo tuvieron las otras empresas participantes salvo lo correspondiente a la línea en discusión. Agrega que aceptar la oferta de la apelante con la cotización del plástico para contrapiso, habría generado que las otras tres empresas participantes apelaran. Menciona que las otras firmas participantes entendieron que la línea debía cotizarse: 260 cantidad, rollos unidad y descripción del ítem "*plástico para contrapiso rollo de 2 m²*" y así lo cotizaron. Agrega que aun cuando la empresa apelante lo entendió así en su oferta, dispuso que el precio unitario era de ¢1013,104 para un total de ¢263.407,04, lo que a su parecer resulta insuficiente y no concuerda con el promedio de los otros tres oferentes. Añade que consultando al Departamento de Ventas de la empresa apelante, generó la proforma No. 807715 del 29 de agosto del 2016, en la cual se observa que el rollo de plástico negro de 50 kg tiene un precio unitario por kilogramo de ¢1057,15 para un total por rollo de ¢52.857,50. Con base en esto, la Junta entendió que la apelante había cotizado por kilogramo, dado que el precio de la proforma es similar al de la oferta. Adicionalmente, en respuesta a la audiencia especial otorgada por este órgano contralor, la Administración señaló que si bien el cartel disponía 260 rollos de 2 m² cada uno, al presentarse aclaraciones se amplió la especificación, de tal modo que se indicara "plástico negro doble ancho rollo 2 metros abre a 4 metros", y entiende que, por ejemplo, un rollo en el mercado de 50 kg al ser doble -porque abre a 2 caras- termina siendo de 200 m² y en ese sentido, basó su requerimiento. **Criterio de la División.** Como punto de partida, ha de indicarse que la Administración consideró inelegible la oferta apelante por cuanto a pesar de ser la propuesta de más bajo precio, estimó que en la línea de plástico para contrapiso dispuso un precio muy bajo y no acorde al de mercado (hechos probados 3 y 4). Ahora bien, con respecto a la línea en discusión, el pliego cartelario dispuso que debía cotizarse: "*plástico para contrapiso rollo de 2 m², Unidad: rollo, cantidad: 260*" (folio 06 del expediente administrativo, información visible en disco compacto). De igual forma, se observa que la Administración atendió una consulta donde, respecto al material en cuestión, señaló que

debía ofrecerse: *“Plástico negro doble ancho rollo 2 metros (abre a 4 metros)”/ Por lo anterior se confirma que en efecto son 260 rollos y NO en metros* (hecho probado 2b). Por otra parte, en respuesta a la audiencia especial otorgada por este órgano contralor, la entidad promotora del concurso manifestó que: *“Es verdad como usted indica la línea del cartel decía 260 rollos de 2 m2 cada uno. **Unidad en rollos** no obstante al presentar aclaraciones se concluyo (sic) ampliar la especificación de la línea de modo tal que indicara: “plástico negro doble ancho rollo 2 metros abre a 4 metros”. Esto significa que cada rollo de plástico negro tiene esa especificación. Para ser más específicos esta administración entiende que por ejemplo un rollo en el mercado de 50 kg al ser doble y luego otro doble más porque abre a 2 caras termina siendo 200 m2 que cubre un rollo, notese (sic) la imagen que a continuación se presenta en donde esta administración se basó para ser (sic) la especificación de esta línea: (...) Ya aclarado el punto que el rollo tiene 200 m2, el precio final equivaldrá a como esta administración lo solicitó en **“rollos”** y no por metros ni por kilos”* (resaltado es del original, folios 166 y 167 del expediente de apelación). De lo que viene dicho destacan tres aspectos relevantes: 1.- En el cartel del concurso se pidió plástico para contrapiso rollo de 2 m2, para una cantidad de 260. Tal requerimiento sólo indicó la unidad de bienes, a saber rollos de 2 m2, con una cantidad de 260. Obsérvese que no se dio mayor información. 2.- Ante una consulta que le fue formulada, la Administración precisa que el plástico es doble ancho, que abre a 4 metros, reiterándose que son 260 rollos y no metros. Se precisa ahora que abre a 4 metros. 3.- Al atender la audiencia especial que fue conferida por este Despacho, la Administración reafirma que son 260 rollos de 2 metros y abre a 4 metros y hace ver que entiende –y ejemplifica- que un rollo en el mercado de 50 kg al ser doble y abriendo a dos caras, termina siendo de 200 m2 *“que cubre un rollo”*. Obsérvese que con esta respuesta se introduce información más precisa al referenciarse a kilos -50-, y a la totalidad de metros, 200 m2; datos que no estaban contenidos en el cartel. Con lo que ha sido expuesto, se vuelve cuestionable cuál es el requerimiento exacto y preciso de la Administración. Si son solamente 260 rollos de plástico negro de 2 m2 –como se consigna en el cartel-, o son 260 rollos de 50 kg, que según señala, equivaldrían a 200 m2 cada rollo, para un total de 52.000 metros cuadrados, cantidad esta última que podría resultar excesiva considerando las obras que se pretenden realizar, a saber: 4 aulas académicas aisladas de 72 m2 cada una, comedor de 72 m2, cancha techada de 169 m2, batería de servicio sanitario, 463 m2 de paso a cubierto, 350 ml de cerramiento de malla ciclón y obras complementarias: 1913 m3 de demolición de obras existentes, 1013 m3 de traslado de escombros, 1045 m3 de compra de materiales de sustitución, 1045 m3 de

compactación, 20 m2 de vestíbulo, 72 m2 de división interna de aula académica, 175 metros de parqueo, 29 m de muro perimetral, 28 metros de muro perimetral, 16 metros de muro perimetral, 28 metros de muro perimetral, 1263 m2 de sistema mecánico, 1263 m2 de sistema pluvial, 1263 m2 de sistema eléctrico y obras de mantenimiento: 144 m2 de mantenimiento de kínder, y 35 m2 de mantenimiento de batería sanitaria. (ver cartel, folio 06 del expediente administrativo, información visible en disco compacto). Así las cosas, siendo que el apelante ofertó según lo dispuso el cartel (hecho probado 1), lo cual queda patente, además, con la manifestación que realiza ante esta sede al indicar: *“Con base en la aclaración recibida de parte de la Junta de Educación, detallada en el punto anterior, y al no recibir respuesta a la solicitud de aclaración mencionada en el punto anterior, a mi representada le quedó claro que se nos solicitaban rollos de 2 metros de largo, que abrieran a 4 metros de ancho por lo que se procedió a cotizar 260 rollos con esas características”* (folio 148 del expediente de apelación), corresponde a la Administración valorar la oferta del apelante según lo establecido en el cartel y lo ofertado. De encontrarse alguna disconformidad en tal propuesta, por acto debidamente motivado así lo deberá dejar constando. No se considera suficiente, como motivación del acto, que se alegue que el precio unitario ofertado no tiene el valor que se indica en la propuesta, ya que toda valoración debe realizarse a la luz de lo requerido en el cartel y a partir de ello, de manera clara, señalando el precio y las unidades de medidas que se usan para la comparación de ofertas, argumentar cualquier inconformidad. Además, si el cartel del concurso contiene una inexactitud en el requerimiento que aquí se analiza, bien puede considerar esa Junta, aplicar la disposición cartelaria que señala: *“la JUNTA se reserva el derecho de adjudicar parcialmente la compra de los materiales en caso de así requerirlo”* (folio 04 del expediente administrativo). Se advierte a la Administración, que en resguardo del adecuado uso que se le debe dar a los fondos públicos, debe tener claridad sobre lo pedido, ya que una cantidad de 52.000 m2 puede resultar excesiva, y también puede que recibir 260 rollos de 2 m2 cada uno no se ajuste a sus necesidades, situación en la cual, como fue dicho, bien podría aplicar la disposición cartelaria de adjudicación parcial. Establecido lo anterior, pierde importancia referirse a las pruebas aportadas por las partes, ya que lo primero que debe dilucidarse es el requerimiento de cartel y a partir de ahí valorar la propuesta, sin que sea posible añadir elementos extracartelarios, Así las cosas, se impone declarar parcialmente con lugar el recurso. De conformidad con lo indicado en el numeral 183 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se omite pronunciamiento sobre otros aspectos 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, 84 y 86 de la Ley de Contratación Administrativa; 174 y siguientes del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, **se RESUELVE: 1) DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR** el recurso interpuesto por la empresa **FERRETERÍA ROJAS Y RODRÍGUEZ, S.A.**, en contra del acto que declaró infructuosa la **CONTRATACIÓN DIRECTA CONCURSADA No. 002-2016**, promovida por la **JUNTA DE EDUCACIÓN DE LA ESCUELA EL PORVENIR**, para la cotización de materiales, acto que se anula. **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

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

SZF/ksa

NN: 13416 (DCA-2580-2016)

NI: 23334, 23346, 23389, 23643, 23921, 24109, 24127, 24173, 24854, 25017, 25778, 27255, 27256, 27480, 27599, 28156, 28160

G: 2016003045-2