

R-DCA-0303-2018

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las quince horas un minuto del dos de abril del dos mil dieciocho.-----

Recurso de objeción interpuesto por **Distribuidora de Frutas, Carnes y Verduras Tres M, S.A.**, en contra del cartel de la **Licitación Pública No. 01-2018**, promovida por la **Junta Administrativa de CINDEA Pavas**, para el “Suministro de productos alimenticios para el comedor escolar durante el curso lectivo 2018”. -----

RESULTANDO

I. Que la empresa Distribuidora de Frutas, Carnes y Verduras Tres M, S.A., en fecha doce de marzo de dos mil dieciocho, presentó ante esta Contraloría General recurso de objeción en contra del cartel de la licitación pública de referencia. -----

II. Que mediante auto de las doce horas treinta y cinco minutos del trece de marzo de dos mil dieciocho, fue otorgada audiencia especial a la Administración para que se pronunciara sobre el recurso de objeción interpuesto por la empresa impugnante, la cual fue contestada mediante oficio sin número y sin fecha presentado ante este órgano contralor el dieciséis de marzo de dos mil dieciocho. -----

III. Que para emitir esta resolución se han observado las disposiciones legales y reglamentarias correspondientes.-----

CONSIDERANDO

I. Sobre el fondo del recurso interpuesto por Distribuidora de Frutas, Carnes y Verduras Tres M, S.A.: 1) Sobre el sistema de evaluación de vehículos con CVO: Manifiesta la empresa objetante que en el sistema de calificación de oferentes, visible en la página 17 del cartel, la puntuación está invertida, al brindar mayor porcentaje al oferente que presente menos requisitos. Manifiesta la Administración que la valoración no se encuentra invertida dado que claramente se indica que se evaluará de forma porcentual la cantidad de vehículos en relación con las instituciones que atiende, donde no se califica únicamente por la cantidad de vehículos. Agrega la Administración que el otro factor a considerar es el número de instituciones atendidas, y de ambos factores surge la proporción, al dividir el número de instituciones entre el número de vehículos con CVO, cuya razón genera la calificación para cada oferta. **Criterio de la División:** El cartel, en su aparte “Metodología de Evaluación” establece lo siguiente: “[...] / *Automóviles con CVO 10% / En este punto se evaluarán la cantidad de vehículos que posee el oferente con el permiso de SENASA – MAG para el transporte de productos de origen animal, así como los vehículos que utiliza para el transporte de granos, abarrotos, etc., los cuales*

deben contar con las condiciones establecidas en este cartel. Se evaluará de forma porcentual la cantidad de vehículos en relación con las instituciones que atienden. Los permisos deben indicar que el vehículo pertenece a la empresa y en caso de ser alquilados, se deben presentar los contratos de alquiler. La evaluación se realizará utilizando la siguiente fórmula: -----

Automóviles con CVO	Porcentaje
Menor o igual a 3 pero mayor a 1	10%
Entre 4 y 5	8%
Entre 6 y 7	6%
Más de 8	4%

En caso de desconocer la lista de instituciones que atiende el proveedor, esto en caso de que el mismo no la proporcione, se evaluará contando la cantidad de automóviles que posee el oferente, de la siguiente manera: -----

Automóviles con CVO	Porcentaje
Más de 8	10%
Entre 6 y 7	8%
Entre 4 y 5	6%
Menor o igual a 3 pero mayor a 1	4%

$FV = (Instituciones\ que\ atiende / cantidad\ de\ vehículos /)$ (Ver páginas 17 y 18 del cartel; folio 18 del expediente de objeción). La empresa objetante recurre lo dispuesto en la primera tabla, en la cual se asigna un 10% si la cantidad de automóviles es de 1 a 3, 8% si la cantidad de vehículos es de 4 o 5, 6% si la cantidad de vehículos es de 6 o 7, y 4% si la cantidad de vehículos es de 8 o más. De la simple lectura de dicha tabla se desprende que la empresa recurrente lleva razón al afirmar que la puntuación estaría invertida respecto de la cantidad de vehículos con que contaría el oferente sometido a evaluación; sin que de la respuesta de la Administración se logre comprender cuál sería la fórmula que estaría ligada a dicha tabla. De esta forma, la Administración señala que la cantidad de instituciones que atendería el oferente se divide entre el número de vehículos, y de dicho resultado se obtiene la razón de calificación o el porcentaje final; no obstante, dicho desarrollo no se observa en el pliego cartelario, ya que si bien al final de la cláusula se indica " $FV = (Instituciones\ que\ atiende / cantidad\ de\ vehículos /)$ ", no se explica dónde y cómo tendría aplicación; de esta forma, si se atiende a dicha disposición, entre mayor cantidad de vehículos y menor número de instituciones se obtendría un resultado menor a un entero, con lo cual no se obtendría puntuación alguna. Luego, el título de la primera tabla solo indica "Automóviles con CVO", sin indicar en qué posición se incorporaría el número de instituciones. De esta forma, estamos ante una disposición cartelaria inaplicable y por tal motivo lo procedente es **declarar con lugar** este punto del recurso. Con respecto a esta misma cláusula, se advierte a la Administración que la segunda parte de la disposición cartelaria

objetada, antes transcrita, causaría una ventaja indebida a los oferentes que omitan la presentación de información obligatoria; ello en razón de que la cláusula denominada “Requisitos Legales” establece lo siguiente: *“Los oferentes que deseen participar deberá de cumplir con todos los requisitos aquí solicitados: / [...] / → Listado de las instituciones que atiende actualmente. / [...]”* (ver páginas 3 y 4 del cartel; folio 11 del expediente del recurso); sin embargo, la cláusula de evaluación en análisis establece lo siguiente: *“En caso de desconocer la lista de instituciones que atiende el proveedor, esto en caso de que el mismo no la proporcione, se evaluará contando la cantidad de automóviles que posee el oferente, de la siguiente manera:”*; es decir, el oferente que no presente la lista de instituciones, pese a que el mismo cartel ha establecido que se trata de un requisito de obligatorio cumplimiento, sería evaluado de forma más favorable que aquellos que presenten la lista de instituciones, puesto que en dicho caso se estaría disminuyendo el porcentaje obtenido a los oferentes que cumplan con el requerimiento (según resultase reformulada su redacción ante la anterior declaratoria con lugar). Conforme con ello, la Administración debe motivar adecuadamente la redacción final con que resulte la cláusula de evaluación referente a automóviles. **2) Sobre la titularidad del CVO:** Manifiesta la empresa objetante que los vehículos por acreditar pueden pertenecer a la empresa o pueden ser alquilados, aunque considera que el cartel no indica si los permisos CVO de los vehículos alquilados deben estar a nombre de la empresa oferente. Manifiesta la Administración que los CVO deben estar relacionados con los vehículos ofrecidos, sean propios o alquilados, puesto que los CVO no se otorgan a personas, únicamente se acreditan a vehículos. **Criterio de la División:** La disposición cartelaria referida por la empresa objetante establece lo siguiente: *“[...] / Automóviles con CVO 10% / En este punto se evaluarán la cantidad de vehículos que posee el oferente con el permiso de SENASA – MAG para el transporte de productos de origen animal, así como los vehículos que utiliza para el transporte de granos, abarrotos, etc., los cuales deben contar con las condiciones establecidas en este cartel. [...] / [...]”*. Conforme a lo expuesto, se tiene que la empresa objetante está solicitando aclaraciones al cartel que, de conformidad con los artículos 60 y 180 del RLCA, le compete conocerlas a la Administración promovente. Es por ello que procede su **rechazo de plano** por inadmisibles en tanto no son materia del recurso de objeción. No obstante, es responsabilidad de la Administración proceder a realizar la divulgación pertinente de las aclaraciones realizadas en el contexto de este trámite. Sin embargo, la Administración deberá motivar adecuadamente la cláusula referida, en la medida que si bien hace referencia al otorgamiento de puntaje para

los vehículos que cuenten con certificado veterinario de operación (CVO), la misma disposición cartelaria señala “*así como los vehículos que utiliza para el transporte de granos, abarrotos, etc.*”, de tal forma que no queda claro que la asignación de puntaje se refiera únicamente a vehículos que cuenten con CVO, o si también se está asignando puntaje a vehículos que estarían transportando mercaderías que no son de origen animal. **3) Sobre la posibilidad de alquiler de vehículos**: Manifiesta la empresa objetante que el cartel autoriza a los oferentes el alquiler de vehículos de terceros, lo cual estaría otorgando una ventaja al respectivo arrendatario, y considera que ello violenta los principios de igualdad y libre competencia garantizados en el artículo 5 de la Ley de Contratación Administrativa, puesto que los oferentes con mayor poder adquisitivo podrían aumentar el puntaje que se otorga para los vehículos con CVO. La empresa objetante considera que permitir el alquiler de vehículos constituye subcontratación, pese a que el transporte de alimentos constituye un elemento vital al ser manipulados, siendo deber de CINDEA Pavas asegurar la inocuidad de los alimentos. La recurrente considera que la subcontratación solo es admisible en obra pública, conforme el artículo 58 de la Ley de Contratación Administrativa (LCA), que no es el objeto de la presente contratación; solicitando eliminar dicha posibilidad del pliego de condiciones. Manifiesta la Administración que el uso de vehículos alquilados en la entrega de productos no implica la subcontratación del servicio licitado, pues este consiste en el suministro de productos alimenticios de ciertas características, a determinado precio, entregado en un lugar y horario especificado; donde la movilización en condiciones sanitarias óptimas en cumplimiento de normas vigentes, es responsabilidad del contratista. **Criterio de la División**: La cláusula en comentario, en lo que respecta a este punto, estipula lo siguiente: “[...] *Los permisos deben indicar que el vehículo pertenece a la empresa y en caso de ser alquilados, se deben presentar los contratos de alquiler.* [...]” La empresa objetante considera que la posibilidad de arrendar vehículos podría significar una ventaja indebida que se estaría otorgando a eventuales oferentes con mayor poder adquisitivo, puesto que con ello lograrían mayor puntaje en la evaluación hasta un máximo del 10% en caso de contarse con CVO. No obstante, la recurrente no demuestra de qué forma ese mismo poder adquisitivo no se podría reflejar en la adquisición de vehículos, tampoco demuestra mediante análisis financiero de qué forma dichos arrendamientos no pueden ser soportados por la naturaleza del negocio, o cuál sería el límite razonable en la cantidad de vehículos ofertados conforme con los ingresos esperados. Por su parte, el cartel estipula lo siguiente: “*Los oferentes que deseen participar deberá de cumplir con*

todos los requisitos aquí solicitados: / [...] / → El oferente no podrá subcontratar el servicio solicitado. / [...]" (ver páginas 3 y 4 del cartel; folio 11 del expediente del recurso); con lo cual la posibilidad de alquilar vehículos prevista en el cartel queda fuera de los alcances de la subcontratación (del servicio), debiendo entenderse que se trata de un elemento instrumental en la prestación del servicio a contratar (insumo). De esta forma, procede **declarar sin lugar** el recurso de objeción interpuesto en este punto, al no haberse acreditado que dicha disposición cartelaria sea contraria a la normativa y principios de contratación administrativa. Pese a ello, la Administración deberá cumplir con la exigencia del artículo 26 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, en la medida que deberá quedar claro si se trata de un arrendamiento que se reflejará únicamente en los insumos y mano de obra, o bien, si únicamente se reflejará en los insumos, para efectos de determinar si efectivamente se trata de un arrendamiento, o bien de subcontratación, si bien no total, sí apegada al artículo 69 del RLCA, caso en el cual deberán exigirse los requisitos correspondientes. De igual forma, la Administración deberá ejercer medidas de control, incorporadas en el cartel si resulta necesario u oportuno, para constatar en ejecución contractual que la cantidad de vehículos ofertados para efectos de obtener puntaje en el respectivo rubro será efectivamente utilizado en la prestación del servicio.

4) Sobre acreditación de los choferes en manipulación de alimentos: Manifiesta la empresa objetante que el cartel no señala si los choferes de los vehículos alquilados deben contar con carnet en manipulación de alimentos, que es requisito al cual están sometidas todas las empresas que proveen alimentos a los comedores escolares dentro del programa PANEA, al tratarse de una población protegida. La Administración no hizo referencia a este punto del recurso. **Criterio de la División:** Conforme a lo expuesto, se tiene que la empresa objetante está solicitando aclaración al cartel que, de conformidad con los artículos 60 y 180 del RLCA, le compete conocerla a la Administración promovente. Es por ello que procede su **rechazo de plano** por inadmisibles en tanto no es materia del recurso de objeción.

5) Sobre contratación con el CNP: Se recuerda a la Administración que el artículo 9 de la ley No. 6050 de 14 de marzo de 1977, le obliga a contratar directamente los servicios de suministro de alimentos, entre otros, con el Consejo Nacional de Producción, al disponer lo siguiente: "*Los entes públicos están obligados a proveerse del Consejo todo tipo de suministros genéricos propios del tráfico de éste, a los precios establecidos. A tal efecto, quedan facultados dichos entes para contratar directamente esos suministros con el Consejo.*" De tal forma que se entiende que cuenta con habilitación para llevar adelante esta contratación, en el sentido de

que se ha coordinado oportunamente con el CNP y se ha determinado que esa Junta no será atendida. De lo contrario, deberá valorar dejar sin efecto el concurso hasta que se verifique que el CNP no asumirá la prestación del suministro. -----

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, 178 y 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se resuelve: **1) DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR**, el recurso interpuesto por **Distribuidora de Frutas, Carnes y Verduras Tres M, S.A.**, en contra del cartel de la **Licitación Pública No. 01-2018**, promovida por la **Junta Administrativa de CINDEA Pavas**, para el “Suministro de productos alimenticios para el comedor escolar durante el curso lectivo 2018”. **2) Se da por agotada la vía administrativa.**-----

NOTIFÍQUESE.-----

ORIGINAL FIRMADO

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

ORIGINAL FIRMADO

Rolando A. Brenes Vindas
Fiscalizador Asociado

Estudio y redacción: Rolando Brenes Vindas.
rbv/chc
NI: 7099, 7676.
NN: 4544 (DCA-1204)
G: 2018001474-1
Expediente electrónico: CGR-ROC-2018002405
Ci: Archivo central

