

## **R-DCA-0225-2019**

**CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.**

San José, a las once horas con veinticinco minutos del seis de marzo del dos mil diecinueve. ---  
**RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **DISTRIBUIDORA DE FRUTAS, CARNES Y VERDURAS TRES M S.A.**, en contra del acto de adjudicación de la **LICITACIÓN ABREVIADA No. 2018LA-001**, promovida por la **JUNTA DE EDUCACIÓN DE LA ESCUELA SAN LUIS GONZAGA**, para contratación de proveedor de alimentos para el comedor estudiantil, recaído a favor de la empresa **CORPORACIÓN OBAMO LC S.A.**, modalidad de entrega según demanda.-----

### **RESULTANDO**

**I.** Que el quince de enero de dos mil diecinueve la empresa Distribuidora de Frutas, Carnes y Verduras Tres M S.A. presentó ante la Contraloría General de la República recurso de apelación en contra del acto de adjudicación de la referida licitación abreviada No. 2018LA-001 promovida por la Junta de Educación de la Escuela San Luis Gonzaga.-----

**II.** Que mediante auto de las siete horas con cincuenta y seis minutos del veintiocho de enero de dos mil diecinueve, esta División otorgó audiencia inicial a la Administración licitante y al adjudicatario con el objeto de que manifestaran por escrito lo que a bien tuvieran con respecto a los alegatos formulados por el apelante, y para que ofrecieran las pruebas que consideraran oportunas. Dicha audiencia fue atendida mediante escritos incorporados al expediente de la apelación.-----

**III.** Que mediante auto de las trece horas con dos minutos del catorce de febrero de dos mil diecinueve, esta División confirió audiencia especial a la Administración licitante para que atendiera las solicitudes efectuadas mediante la audiencia inicial. Dicha audiencia fue atendida mediante escritos incorporados al expediente de la apelación -----

**IV.** Que mediante auto de las trece horas con cinco minutos del catorce de febrero de dos mil diecinueve, esta División confirió audiencia especial al recurrente para que se refiriera únicamente a las argumentaciones que en contra de su oferta realizaron la Administración licitante y la empresa adjudicataria al momento de contestar la audiencia inicial. Dicha audiencia fue atendida mediante escritos incorporados al expediente de la apelación.-----

**V.** Que de conformidad con lo establecido en el artículo ciento noventa del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se consideró que no era necesario otorgar audiencia final a las

partes, en vista de que durante el trámite del recurso se tenían todos los elementos necesarios para su resolución.-----

VI. Que la presente resolución se emite dentro del plazo de ley, y en su trámite se han observado las prescripciones legales y reglamentarias correspondientes. -----

### **CONSIDERANDO**

**I. HECHOS PROBADOS:** Para la resolución del recurso, se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** Que en la oferta de la empresa Distribuidora de Frutas, Carnes y Verduras Tres M S.A. se consigna la siguiente información: *“Los precios cotizados son unitarios, definitivos e invariables en moneda nacional [...] En virtud de la naturaleza de los alimentos que se adquieren, el precio adjudicado podría sufrir aumentos trimestrales, los cuales se calcularán con base en el porcentaje de aumento del índice de precios de la canasta básica debidamente estipulado por el Ministerio de Economía y que será aplicable para el trimestre siguiente de la revisión, nunca en forma retroactiva bajo la aplicación del Artículo 31 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa.”* (folio 188 del expediente administrativo). **2)** Que la Administración adjudicó el concurso a la empresa Corporación Obama LC S.A., acto que fue comunicado a los oferentes el 08 de enero de 2019 (folios 455 a 458 del expediente administrativo y folios 76, 103 a 109 del expediente del recurso de apelación).-----

**II. SOBRE LA LEGITIMACIÓN: Sobre el precio del recurrente.** El adjudicatario al atender la audiencia inicial, plantea que la empresa recurrente carece de legitimación y aptitud para resultar readjudicataria, puesto que su oferta está condicionada y debe ser entendida como inelegible. Indica que la oferta contraría los numerales 25 y 66 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, ya que en la oferta se plasma que el precio podría sufrir aumentos trimestrales, por lo que el precio ofertado no es cierto ni definitivo. El apelante señala que ningún cartel puede estar por encima de la Ley de Contratación Administrativa o su reglamento. Indica que lo expuesto corresponde a una apreciación personal, en desconocimiento o ignorancia de lo indicado en el artículo 31 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Expone que el objeto contractual corresponde a alimentos perecederos con un fuerte índice de inflación ya que sus precios varían diariamente según la oferta y demanda del mercado nacional. Afirma que el numeral citado fue diseñado por el legislador para este tipo de suministros, para hacerle frente a la inflación económica del país y la pérdida del valor monetario. Adiciona que su oferta indica que se trata de un derecho de la empresa, de frente a sus obligaciones, a futuro. Considera que la descalificación de su oferta basándose en un

supuesto condicionamiento del precio no tiene fundamento legal. Expone que tanto la Administración como el adjudicatario se refiere de manera exclusiva a una parte de su oferta y sin considerar lo que prevé el numeral 83 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Manifiesta que lo indicado en la oferta corresponde a un derecho, que aplica también para el adjudicatario y para la Junta de Educación. Agrega que no se logra demostrar las razones por las cuales el artículo 31 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa se encuentra mal aplicado en el caso concreto. Expone que la misma Administración reconoce que los precios pueden sufrir variaciones, para lo cual solicita una carta con la reestructuración de precios. Agrega que la manifestación de su oferta no aplica en forma retroactiva, por lo que no existe ningún condicionamiento. Menciona que además en su oferta se indica que los precios son unitarios, firmes, definitivos e invariables y añade que si la Administración tiene dudas y encuentra afirmaciones contradictorias, se acoge al numeral 83 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, por lo que debe presumirse el ajuste al pliego de condiciones. **Criterio de la División:** Como punto de partida conviene señalar que el numeral 25 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa dispone lo siguiente: *“El precio deberá ser cierto y definitivo, sujeto a las condiciones establecidas en el cartel o pliego de condiciones y sin perjuicio de eventuales reajustes o revisiones. No obstante, es posible mejorar los precios cotizados si el cartel estableció esa posibilidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 42, inciso n) de la Ley de Contratación Administrativa y 28 bis de este Reglamento. En caso de divergencia entre el precio cotizado en números y letras, prevalecerá este último, salvo el caso de errores materiales evidentes, en cuyo caso prevalecerá el valor real.”* Por su parte, el pliego de condiciones regula lo siguiente: *“8. **El precio:** El precio debe ser claro y definitivo, teniendo en cuenta que el oferente deberá presentar su oferta monetaria según le sea solicitada en cada línea. Todos los oferentes deben tener muy claro que en caso de existir alguna variación de los precios durante el proceso de compras 2019 debe de presentar a la Junta una carta con la reestructuración de los precios y la justificación de la misma, queda a disposición de la Junta aceptar o negociar con el oferente el cambio de precios. Todos los proveedores deberán dar precio claro y definitivo según la cantidad solicitada ya sea peso (kilo, unidad, litro Etc.) En caso de que las unidades presentadas por el proveedor sea diferente a lo solicitado en el cartel esa línea no se le tomará en cuenta.”* (folios 02 y 03 del expediente administrativo). Y agrega: *“**PRECIO.** / El precio cotizado para cada línea deberá ser firme y definitivo, por los productos requeridos. (...) **La Junta de Educación de la Escuela***

***San Luis Gonzaga, no se obliga a aceptar la oferta de menor precio si considera que ésta contraviene con sus intereses o la misma resulta ruinosa*** (destacado es del original) (folios 05 y 06 del expediente administrativo). En el caso concreto, el oferente indica en su oferta que su precio es unitario, definitivo e invariable (hecho probado 1) pero a su vez consigna que el precio adjudicado “...podría sufrir aumentos trimestrales, los cuales se calcularán con base en el porcentaje de aumento del índice de precios de la canasta básica debidamente estipulado por el Ministerio de Economía...” (hecho probado 1). Ante ello, el adjudicatario considera que el precio del recurrente incumple con los presupuestos estipulados normativamente, en tanto no es cierto ni definitivo. Al respecto, el apelante manifiesta que su precio es firme y definitivo, pero que la precisión de su oferta corresponde al derecho contemplado en el artículo 31 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Sobre lo anterior conviene hacer varias precisiones. En primer lugar, el numeral 31 del reglamento previamente citado dispone, entre otras cosas, lo siguiente: “*Las partes tendrán derecho al reajuste o revisión del precio siempre que se acredite la variación de los respectivos costos, conforme las reglas existentes. El derecho a reajuste o revisión de los precios rige desde la presentación de la oferta y podrá ser solicitado una vez que dé inicio la ejecución contractual.*” Siendo así, se tiene que el reajuste del precio es un derecho del contratista, con determinadas particularidades, en aras de tutelar el principio de intangibilidad patrimonial, sobre el cual, en el voto 998-98 del 16 de febrero de 1998, la Sala Constitucional indicó: “...en virtud del cual la administración está siempre obligada a mantener el equilibrio financiero del contrato, sea indemnizando al cocontratante de todos los efectos negativos que se originen en sus propias decisiones, sea como efecto del principio de mutabilidad, sea por razones de conveniencia o de interés público o por cualesquiera otras razones generales o especiales que lleguen a afectar el nivel económico inicial, reajustando siempre las variaciones ocurridas en todos y cada uno de los costos que conforman los precios del contrato para mantener incólme el nivel económico originalmente pactado ( reajustes de precios que pueden originarse en las teorías jurídicas de la imprevisión, rebus sic stantibus, hecho del príncipe y sobre todo, en la llamada equilibrio de la ecuación financiera del contrato)...” En segundo lugar, si bien el contratista tiene ese derecho, que rige desde la presentación de la oferta, lo cierto es que el precio al momento de ofertar debe ser cierto y definitivo –según lo estipula el artículo 25 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa-, procediendo el reajuste en la etapa de ejecución contractual. En tercer lugar, dicho derecho no contempla de manera expresa, a nivel legal o reglamentario, un aumento

trimestral de los precios de la oferta de manera automática, sino que el mismo debe ser solicitado a la Administración para su valoración y de ahí se determina cómo procede el referido ajuste, lo cual queda patente en la regulación contenida en el numeral 31 del reglamento recién citado, que entre otras cosas, señala: *“Las partes estarán obligadas a fundamentar su gestión y a aportar las pruebas en que sustenten su dicho, tomando en cuenta las regulaciones específicas de la materia.”* De frente a lo anterior, este órgano contralor estima que la precisión consignada en la oferta del recurrente, corresponde a un condicionamiento de su precio, ante lo cual el mismo no sería ni firme ni definitivo. Ahora bien, no se puede desconocer que el apelante menciona que, ante la inconsistencia indicada, se acoge a lo tutelado en el ordinal 83 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, que permite que, si una oferta presenta dos manifestaciones contradictorias entre sí, y una que se ajusta al pliego de condiciones y otra que no, se debe presumir el ajuste al cartel. No obstante, en el caso concreto no aplicaría dicha disposición, por cuanto no se tiene certeza de cuál es el precio definitivo del oferente, si es el que se consigna en los montos unitarios o si será el que se reajuste trimestralmente. Así las cosas, la oferta del recurrente contiene un incumplimiento no solo del pliego de condiciones, sino que de la normativa de compras públicas, el cual -tratándose de un elemento sustancial- no admite subsanación. En virtud de lo anterior, el apelante no ostenta legitimación para accionar la vía recursiva, toda vez que su oferta no puede ser considerada elegible dentro del concurso y, por ende, no cuenta con la posibilidad de resultar adjudicataria del concurso. En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 85 de la Ley de Contratación Administrativa y 188 inciso a) RLCA se impone declarar sin lugar el recurso incoado. De conformidad con lo establecido en el artículo 191 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 con fundamento en los artículos 84 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa, 182 y siguientes del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se resuelve: **1) DECLARAR SIN LUGAR** el recurso de apelación interpuesto por **DISTRIBUIDORA DE FRUTAS, CARNES Y VERDURAS TRES M S.A.**, en contra del acto de adjudicación de la **LICITACIÓN ABREVIADA No. 2018LA-001**, promovida por la **JUNTA DE EDUCACIÓN DE LA ESCUELA SAN LUIS GONZAGA**, para contratación de proveedor de alimentos para el comedor estudiantil, recaído a favor de la empresa **CORPORACIÓN OBAMO LC S.A.**, modalidad de entrega según demanda. Acto que se confirma. **2)** De conformidad con

lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa se da por agotada la vía administrativa. -----

**NOTIFÍQUESE.** -----

**ORIGINAL FIRMADO**

Allan Ugalde Roja  
**Gerente de División**

**ORIGINAL FIRMADO**

Marlene Chinchilla Carmiol  
**Gerente Asociada**

**ORIGINAL FIRMADO**

Edgar Herrera Loaiza  
**Gerente Asociado**

RGV/tsv  
NI: 704-1651-3017-3397-3900-4317-5339.  
**NN: 03329 (DCA-0900-2019)**  
G: 2019000822-2

