

R-DCA-0393-2019

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las once horas con nueve minutos del dos de mayo del dos mil diecinueve.-----

RECURSOS DE APELACIÓN interpuestos por **DISTRIBUIDORA DE FRUTAS, CARNES Y VERDURAS TRES M, S.A.** en contra del acto de adjudicación de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 003-2018** promovida por la **JUNTA DE EDUCACIÓN DE LA ESCUELA MANUEL MARÍA GUTIÉRREZ** para el servicio de suministro de productos alimenticios para el comedor estudiantil, recaído a favor de **CARLOS GONZÁLEZ SÁNCHEZ (CALCOL)**, de cuantía inestimable.-----

RESULTANDO

I. Que el dieciocho de febrero del dos mil diecinueve, la empresa Distribuidora de Frutas, Carnes y Verduras Tres M, S.A. presentó ante la Contraloría General, recurso de apelación en contra del acto de adjudicación de la Licitación Pública No. 003-2018 promovida por la Junta de Educación de la Escuela Manuel María Gutiérrez.-----

II. Que mediante auto de las trece horas treinta y cuatro minutos del dieciocho de febrero del dos mil diecinueve, esta División solicitó el expediente del concurso, lo cual fue atendido mediante oficio No. EMMG-023-2019 del veintidós de febrero del dos mil diecinueve.-----

III. Que el veintisiete y el veintiocho de febrero del dos mil diecinueve, la empresa Distribuidora de Frutas, Carnes y Verduras Tres M, S.A. presentó ante la Contraloría General, recursos de apelación en contra del acto de adjudicación de la Licitación Pública No. 003-2018 promovida por la Junta de Educación de la Escuela Manuel María Gutiérrez.-----

IV. Que mediante auto de las once horas treinta y tres minutos del primero de marzo del dos mil diecinueve, esta División otorgó audiencia inicial al apelante en donde se pone en conocimiento la documentación referida por la Administración mediante oficio EMMG-023-2019. Adicionalmente, se le previno a la Administración licitante que debía indicar si el suministro de alimentos debía ser suplido o no por el Consejo Nacional de Producción de conformidad con el artículo 9 de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de Producción. -----

V. Que el doce de marzo del dos mil diecinueve, la empresa Distribuidora de Frutas, Carnes y Verduras Tres M, S.A. presentó ante la Contraloría General, ampliación de los recursos de apelación en contra del acto de adjudicación de la Licitación Pública No. 003-2018 promovida por la Junta de Educación de la Escuela Manuel María Gutiérrez.-----

VI. Que mediante auto de las doce horas cincuenta y cinco minutos del catorce de marzo del dos mil diecinueve, esta División otorgó audiencia especial 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.-----

VII. Que mediante auto de las ocho horas cincuenta y tres minutos del ocho de abril del dos mil diecinueve, esta División confirió audiencia de nulidad a todas las partes para que se refieran a una eventual nulidad absoluta del procedimiento tomando en consideración que en la documentación remitida se observan diferentes tipos de evaluación. Dicha audiencia fue atendida por el adjudicatario, mediante escrito incorporado al expediente de la apelación.-----

VIII. 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.-----

IX. Que en la presente resolución se emite dentro del plazo de ley, habiéndose 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 en la documentación remitida por la Administración, en el apartado de “Calificación de ofertas” se observan varios folios que califican a cada una de las tres empresas oferentes según los siguientes rubros: *“10. TABLA CALIFICACION DE OFERTAS / Metodología de Evaluación./ Las ofertas que en fase de precalificación resultaron admisibles serán sujeto de estudio para adjudicar al oferente que cumpla con los requisitos establecidos por la Junta de Educación de la Escuela José María Zeledón Brenes conforme a los siguientes factores: (...) Experiencia 15%, / Programa 15% / Personal 15%, / Embalaje 10% / Relación Calidad/ Precio 15%, Cumplimiento de Requisitos 10%, Condiciones de las instalaciones, transporte 20%”* (apartado de Calificación de Ofertas). **2.** Que en el acta de la Junta de Educación No. 65-2019 de la sesión ordinaria 14-2019 celebrada a las 10:00 am del día 15 de enero del 2019, se indica lo siguiente: **“Artículo 6 Valoración y Justificación de Prorrogas (sic) o nuevos procesos de contratación, La junta de Educación realiza el analices (sic) de las ofertas para su adjudicación para la compra de alimentos para el año 2019, donde**

se evalúan los diferentes puntos: *Experiencia acreditada 15%, Programa BPM 15%, personal 15%, Embalaje 10%, Relación Calidad/ Precio 15%, Cumplimiento de Requisitos 10%, Condiciones de las instalaciones y transporte 20%*” (folio identificado como 153 de la documentación remitida).-----

II.- SOBRE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL PROCEDIMIENTO. El artículo 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, establece que: *“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, sólo cuando la nulidad sea absoluta.”* De igual manera, el artículo 176 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), señala: *“Cuando en el conocimiento de un recurso la Administración o la Contraloría General de la República consideren que se encuentran en presencia de un vicio causante de nulidad absoluta no alegado en el expediente lo pondrá en conocimiento de las partes por un plazo de entre tres a cinco días hábiles para que manifiesten su posición al respecto.”* Con fundamento en lo anterior, mediante auto de las 8:53 horas del 08 de abril del 2019, este órgano contralor concedió audiencia de nulidad a las partes, indicando lo siguiente: **“a)** *Que en la invitación para concursar por el servicio de entrega de alimentos en la escuela se indica: “3. LA METODOLOGÍA DE EVALUACIÓN/ (...) b. Evaluación: Los oferentes que aprueben la fase de precalificación serán sujeto de evaluación de precio ofertado. Se adjudicará al proveedor que obtenga el mayor porcentaje de calificación global en ambas etapas” y más adelante, indica: “10. TABLA DE CALIFICACIÓN DE OFERTAS / Metodología de Evaluación / Las ofertas que en fase de precalificación resultaron admisibles serán sujeto de estudio para adjudicar al oferente que cumpla con los requisitos establecidos por la Junta de Educación de la Escuela José María Zeledón Brenes, conforme a los siguientes factores: / **Rubro---Puntos/** Experiencia acreditada—15%, / Programa BPM---15%/ Personal---15% / Embalaje ---10% / Relación Calidad / Precio ---15% / Cumplimiento de Requisitos---10% / Condiciones de las instalaciones, transporte---20%”.* **b)** *Que en la página 28 del expediente administrativo, dentro del pliego de condiciones se indica: “**Metodología de Evaluación.** / Una vez recibidas las ofertas, se procede a realizar la evaluación de cada una, conforme a los siguientes factores: Rubro Puntos/ Plazo de entrega 20%, /Cumplimiento de Requisitos 20%, / Calidad de los productos 60%”.* **c)** *Que en la calificación de las ofertas que consta en la documentación remitida, se evaluaron las ofertas con los siguientes rubros: “Experiencia acreditada---15% / Programa BPM---15%, / Personal---15% / Embalaje---10% / Relación*

Calidad/ Precio---15%/ Cumplimiento de Requisitos---15% / Condiciones de las instalaciones, transporte---20%". Ante esto, podría existir una eventual nulidad absoluta del procedimiento, toda vez que no hay claridad de la forma en que se escogería la oferta ganadora del concurso, lo cual, a su vez, podría impedir que las ofertas se evaluaran en un plano de igualdad, considerando que se observan varias metodologías de evaluación dentro de la documentación remitida. Además, en la metodología establecida en el cartel no se toma en consideración el precio y en ambas tablas de calificación no hay claridad en cuanto a la forma de calificar la calidad de los productos, situación que podría implicar la nulidad absoluta del procedimiento" (folios 119 y 120 del expediente del recurso de apelación). Dicha audiencia no fue contestada por la empresa recurrente así como tampoco por la Administración licitante. Por su parte, el adjudicatario señaló: *"El suscrito es el legítimo adjudicado de la licitación pública N (sic) **JEMMG-003-2018**, el cual quedo (sic) demostrado que mi empresa cumplió con todos los requisitos de admisibilidad en el cartel de licitación siendo la empresa la adjudicada y obtuvo el mayor porcentaje en todos los rubros de calificación. / Quedo (sic) demostrado que el apelante no cumple con requisitos admisibilidad por tanto queda por fuera su empresa./ **PETITORIA**/ Po (sic) tanto solicito que se mantenga la adjudicación a mi favor, al quedar demostrado que mi empresa cumplió con todos los requisitos de admisibilidad y se le asigno (sic) la calificación mayor en todos los rubros de evaluación (sic)"* (folio 128 del expediente del recurso de apelación). **Criterio de la División.** Tal y como fue del expuesto, este órgano contralor dio audiencia a las partes sobre una eventual nulidad absoluta del procedimiento por estimarse que la documentación remitida como expediente del concurso, contenía diversos sistemas de evaluación y no habría claridad en cuanto a la forma en que se escogería a la oferta ganadora del concurso. Ello fue así ya que en la invitación a participar en el concurso se observa una metodología de calificación diferente a la otra metodología contenida en el cartel, aunado a que en ambas tablas de calificación no hay claridad en cuanto a la forma de calificar la calidad de los productos. Así, en la invitación al concurso por un lado se observa que indica: *"Los oferentes que aprueben la fase de precalificación serán sujeto de evaluación de precio ofertado"* y más adelante señala que la metodología de evaluación aplicable al oferente que cumpliera con los requisitos establecidos por la *"Junta de Educación de la Escuela José María Zeledón"*, se realizaría conforme a los siguientes parámetros: *"experiencia acreditada (...) programa BPM (...) personal (...) embalaje (...) relación calidad/ precio (...) cumplimiento de requisitos (...) condiciones de las instalaciones, transporte (...)"* Por otra parte, en el apartado identificado

como cartel, del expediente que nos fue remitido, se encuentra otra metodología de calificación, la cual dispone: “(...) *plazo de entrega* (...) *cumplimiento de requisitos* (...) y *calidad de los productos* (...)” Además, se observa que los miembros de la Junta de Educación para calificar las ofertas presentadas, no utilizaron la metodología establecida en el cartel, sino que aplicaron los siguientes parámetros: “*Experiencia acreditada*---15% / *Programa BPM*---15%, / *Personal*---15% / *Embalaje*---10% / *Relación Calidad/ Precio*---15%/ *Cumplimiento de Requisitos*---15% / *Condiciones de las instalaciones, transporte*---20%” (hecho probado 2), los cuales resultan coincidentes con los establecidos en la invitación al concurso, según lo antes transcrito y difieren de lo establecido en el pliego de condiciones. De frente a lo anterior, se estima importante realizar varias precisiones. Como primer aspecto, ha de tenerse presente que el artículo 55 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA) dispone: “*Artículo 55.-Sistema de evaluación. En el cartel se establecerá un sistema de evaluación, el cual deberá contemplar los factores ponderables, el grado de importancia de cada uno de ellos, así como el método para valorar y comparar las ofertas en relación con cada factor. / La Administración, podrá incluir otros factores de calificación distintos al precio, en el tanto impliquen una ventaja comparativa para la selección de la oferta más conveniente*”. En el caso particular, tal como se indicó, no existe claridad en cuanto al sistema que se emplearía para determinar la oferta ganadora del concurso, en tanto existen diversos sistemas de evaluación dentro de la documentación remitida, y el que está establecido en el cartel no fue el que se utilizó para la calificación de las ofertas. Como un punto adicional respecto a la invitación del concurso, se observa que en ella no sólo se difiere de la metodología establecida en el cartel, sino que existe un yerro por cuanto dicha invitación hace alusión a que el oferente debe cumplir con los requisitos establecidos por otra Junta de Educación, a saber, la de Escuela José María Zeledón Brenes y no por la Junta que realizó el concurso, a saber, Escuela Manuel María Gutiérrez. Ahora bien, respecto al cartel, se observa que contiene tres factores de calificación: plazo de entrega, cumplimiento de requisitos y calidad de los productos, los cuales no coinciden con los indicados en la invitación ni tampoco con los parámetros utilizados para la calificación de ofertas realizada (hechos probados 1 y 2). Ante el panorama expuesto, se estima que se presenta una nulidad absoluta del procedimiento, por cuanto además que en el expediente del concurso consta información contradictoria que no permite establecer claramente el método de evaluación al que iban a ser sometidas las ofertas; la Administración parece decantarse por el sistema de calificación contenido en la invitación. No obstante, como lo establece el artículo 51

del RLCA, el cartel es el reglamento de la contratación y como tal, vincula a las partes, incluida la Administración. Al respecto, la doctrina señala: *“El pliego, junto con las notas de aclaración o reserva que en el caso correspondan y que resulten aceptadas por las partes al perfeccionarse el contrato respectivo, son la ley de la licitación.”* (DROMI, Roberto, Licitación Pública, Buenos Aires, 1995, p.255). En segundo lugar y tal y como se ha establecido, son las reglas del cartel las que deben imperar en el concurso, pero en el caso particular se mantiene la situación de nulidad en tanto no se cumple con lo preceptuado en el artículo 55 del RLCA que como se indicó entre otras cosas, señala: *“En el cartel se establecerá un sistema de evaluación, el cual deberá contemplar los factores ponderables, el grado de importancia de cada uno de ellos, así como el método para valorar y comparar las ofertas en relación con cada factor.”* Visto el pliego de condiciones, se aprecia que no hay claridad sobre la forma de calificar la calidad del producto, ya que no se consignó el método “objetivo” de valorar tal parámetro, vulnerando con ello la disposición del RLCA, recién transcrita. Cabe añadir que la invitación también presenta esta falencia respecto a la forma de valorar objetivamente este factor. En razón de lo anterior, en la audiencia de nulidad que se confirió, se indicó lo siguiente: *“... en ambas tablas de calificación no hay claridad en cuanto a la forma de calificar la calidad de los productos, situación que podría implicar la nulidad absoluta del procedimiento”*. Sobre este aspecto, mediante resolución R-DCA-0194-2017 de las catorce horas del veintisiete de marzo de dos mil diecisiete, en un caso similar este órgano contralor indicó: *“Si bien todas las partes afirmaron que el cartel tenía los elementos suficientes para evaluar la calidad de los productos, lo cierto es que no existe en el cartel disposición alguna para poder evaluar este factor en su completas. Si bien es cierto dentro del cartel en el sistema de evaluación de las líneas 4- Frutas y 5- vegetales, hortalizas y verduras, se encuentra una estipulación que indica lo siguiente: “Todos los productos objeto de la presente licitación deberán ser de PRIMERA CALIDAD. Se considerarán de calidad superior todos aquellos que se ofrezcan indicando que son DE CALIDAD DE EXPORTACIÓN O HIDROPÓNICOS, en cuyo caso se DEBERÁ aportar por el oferente el comprobante DEL PROVEEDOR DE TAL BIEN, A FIN DE PODER CERTIFICAR TAL CONDICIÓN.”* (folio 592 del expediente administrativo), no puede entenderse que esta condición por si misma le brinde objetividad al factor de calidad para productos cárnicos, por cuanto queda desprovisto de claridad de qué forma se asignarían por ejemplo los cinco puntos así quisiera integrarse esta disposición para la línea 3 que se discute. Al respecto, estima este Despacho que no llevan razón los adjudicatarios y la Administración, al señalar que existen los

elementos suficientes para evaluar lo relacionado con la calidad, y mucho menos que la misma dependa de lo que indique el oferente a la hora de ofertar, pues debe tenerse claro que cada factor de evaluación debe ser no solo lo suficientemente claro sino además completo es decir, debe permitir establecer con claridad de qué dependerá la asignación del puntaje, pero no solo el puntaje máximo sino además, la forma de distribuir el resto según el grado de cumplimiento del requisito". En tercer lugar, el cartel presenta otro vicio en tanto no contiene la ponderación del precio, requisito obligatorio según lo establecido en el mismo artículo 55 del RLCA, al disponer: "La Administración, podrá incluir otros factores de calificación distintos al precio, en el tanto impliquen una ventaja comparativa para la selección de la oferta más conveniente. No podrán ser ponderados como factores de evaluación los requisitos mínimos legales, técnicos o financieros, que resulten indispensables para la contratación." De igual manera, el artículo 52 del mismo cuerpo reglamentario, establece: "El cartel y sus anexos deberán estar a disposición de cualquier interesado, al menos desde el día siguiente en que se curse la última invitación. El cartel de la licitación deberá contener al menos lo siguiente: (...) h) Sistema de valoración y comparación de las ofertas. Cuando únicamente se considere el precio, bastará una simple indicación al respecto." Ante ello, en la audiencia de nulidad conferida se indicó: "Además, en la metodología establecida en el cartel no se toma en consideración el precio...", inobservancia que violenta los artículos antes citados. Finalmente, como un elemento adicional a considerar conviene señalar que llama la atención de este órgano contralor que en el segundo factor de evaluación, el cartel indica: "**2. Cumplimiento de Requisitos**. / Los oferentes deben cumplir todos los requisitos que estipule la Junta como mínimos, los cuales estarán especificados en el cartel. / Entrega --- Puntos / Requisitos completos --- 20 / Requisitos incompletos --- 00" (destacado es del original). Al respecto, se tiene que el factor no es lo suficientemente claro, y podría rozar con lo dispuesto en el artículo 55 del RLCA, en cuanto a que "No podrán ser ponderados como factores de evaluación los requisitos mínimos legales, técnicos o financieros, que resulten indispensables para la contratación." De lo que ha sido expuesto queda patente que el cartel presenta vicios que impiden la selección objetiva de la oferta ganadora del concurso, lo que lleva a anular todo el procedimiento en tanto se presenta una nulidad absoluta, según lo establecido en el artículo 223 de la Ley General de la Administración Pública que indica: "1. Sólo causará nulidad de lo actuado la omisión de formalidades sustanciales del procedimiento./ 2. Se entenderá como sustancial la formalidad cuya realización correcta hubiera impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes, o cuya omisión causare

indefensión". En el caso particular, considerando las falencias cartelarias a que se ha hecho referencia, es claro que la decisión final bien podría haber cambiado, lo que al amparo de lo establecido en el numeral 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría, implica que se declare la nulidad absoluta del procedimiento, en consecuencia se declara sin lugar el recurso. De conformidad con lo establecido en el artículo 191 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, 223 de la Ley General de la Administración Pública, 84 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa, 51, 52, 55, 176, 182 y siguientes del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, **SE RESUELVE: 1) DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA de la LICITACIÓN PÚBLICA No. 003-2018** promovida por la **JUNTA DE EDUCACIÓN DE LA ESCUELA MANUEL MARÍA GUTIÉRREZ** para el servicio de suministro de productos alimenticios para el comedor estudiantil de la institución, acto recaído a favor de **CARLOS GONZÁLEZ SÁNCHEZ (CALCOL)**, de cuantía inestimable, y se declara sin lugar el recurso interpuesto.-----
NOTIFÍQUESE.-----

ORIGINAL FIRMADO

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

ORIGINAL FIRMADO

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

ORIGINAL FIRMADO

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

SZF/apus
NN: 05972 (DCA-1532-2019)
NI: 4602, 4688, 5511, 5932, 6051, 7293, 8895, 9425, 10457.
G: 2019001248-2

