

R-DJ-081-2010

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División Jurídica. San José, a las ocho horas del dos de marzo del dos mil diez.-----

Recurso de apelación interpuesto por **Grupo de Producción Creativa GPC Ltda.** en contra del acto de adjudicación de la **Licitación Abreviada 2009LA-00017-00300** promovida por el **Instituto Costarricense sobre Drogas ICD** para la contratación de servicios de producción de campaña publicitaria recaído a favor de **Ronald Asch Fernández** por un monto de **¢29.120.250.00**-----

RESULTANDO

I. La empresa **Grupo de Producción Creativa GPC Ltda.** interpuso su recurso de apelación a las 14:11 del 6 de enero del 2010 alegando que su oferta fue mal calificada y que de haberse calificado en forma correcta hubiera resultado ganadora del concurso. Que solo podían participar empresas y se adjudicó el concurso a una persona física y que la oferta de la adjudicataria debió haber quedado fuera en razón de no estar inscrita ante la CCSS. -----

II. Mediante auto de las once horas del diecinueve de enero del dos mil diez se confirió audiencia inicial a las partes, audiencia que fue contestada en tiempo mediante escritos que han sido debidamente incorporados al expediente-----

III. Mediante auto de las nueve horas del veintidós de febrero del dos mil diez se confirió audiencia final a las partes, audiencia que fue contestada en tiempo por las partes mediante escritos que han sido debidamente incorporados al expediente-----

IV. En los procedimientos se han observado las prescripciones legales y reglamentarias.-----

CONSIDERANDO

I. Hechos probados: **1)** Que el Instituto Costarricense sobre Drogas promovió la Licitación Abreviada No. 2009LA-00017-00300 para contratar los servicios de producción de campaña publicitaria (ver folio 16 del expediente administrativo). **2)** Que en el concurso participaron las empresas Grupo de Producción Creativa GPC Ltda. y Ronald Asch Fernández (ver ofertas en los folios 65 y 39 del expediente administrativo). **3)** Que el concurso se adjudicó a Ronald Asch Fernández por un monto de ¢29.120.250.00 (ver adjudicación al folio 109 del expediente administrativo) **4)** Que el cartel en lo que nos interesa dispone: *“3.3 Debido a la importancia de esta campaña publicitaria, únicamente se aceptarán a concurso, empresas que presenten*

igual o superior de 10 años de experiencia en la producción de campañas publicitarias en el área de Prevención.” “4.1.3 EXPERIENCIA DE LA EMPRESA EN LA PRODUCCIÓN de campañas publicitarias en el área de Prevención (30%) Se evaluarán los años que tiene el oferente de experiencia real en actividades afines a la venta del servicio solicitado y el puntaje se asignará de la siguiente manera (...) El oferente debe realizar una declaración jurada indicando la cantidad de años de experiencia en el mercado de venta del servicio solicitado para este trámite y debe presentar la información de contacto (nombre, cargo, empresa, número de teléfono, correo electrónico, etc.) de al menos tres clientes para los cuales se haya producido exitosamente una campaña publicitaria en el área de prevención. La no presentación de la misma será un documento insubsanable y el oferente obtendrá cero puntos en este parámetro.”. “ 4.1.1.1. De persistir la condición de empate, se recurrirá a efectuar un sorteo en presencia de un representante de las personas o empresas empatados, el Asesor Legal y el Proveedor Institucional. (...)” “ 09.5. Se deberá aportar original de certificación con no más de un mes de emitida a la fecha de apertura de las ofertas de estar al día en el pago de las obligaciones de la Caja Costarricense de Seguro Social, de conformidad con el artículo 31 reformado de la Ley Orgánica de la Caja Costarricense de Seguro Social.” (ver cartel en el folio 16 del expediente administrativo). 5) Que el adjudicatario al momento de la presentación de la oferta no se encontraba inscrito como trabajador independiente ante la Caja Costarricense de Seguro Social. (ver oferta al folio 35 del expediente administrativo y respuesta a la audiencia inicial al folio 48 del expediente de apelación) 6) Que la apelante presentó declaración jurada de experiencia junto con su oferta en la cual se indica que tiene “(...)DIECINUEVE AÑOS DE BRINDAR SERVICIOS PROFESIONALES EN LA PRODUCCIÓN DE DOCUMENTALES, AUDIOVISUALES Y VIDEOS PARA CINE, TELEVISIÓN Y RADIO con FINES PUBLICITARIOS Y COMERCIALES.-SE ADJUNTA COMO ANEXO A ESTA DECLARACIÓN JURADA, un listado de las Campañas Publicitarias realizadas por mi mandante en el campo de la prevención.(...) (ver oferta de la apelante al folio 45) 7) Que la apelante declaró bajo juramento lo siguiente: “Así Mismo, Declaro Bajo Juramento que la empresa que represento legalmente, Grupo de Producción Creativa GPC Ltda. tiene más de 20 años de experiencia en el mercado de venta del servicio solicitado para este trámite.” (ver folio 46 del expediente administrativo). 8) Que la apelante presentó junto con su

oferta un reporte de las empresas a quien produjo campañas publicitarias exitosamente. (ver folio 50 del expediente administrativo).-----

II. Sobre la legitimación: De previo a conocer el fondo del presente recurso es esencial determinar si la apelante tiene legitimación para solicitar la nulidad del acto de adjudicación. En ese sentido, debe tenerse claro que en aras de una adecuada aplicación de los principios de eficiencia, conservación de los actos y el enunciado jurídico de que no es procedente declarar la nulidad por la nulidad misma, toda empresa que acude ante esta sede a solicitar la anulación de un acto debe estar en la posición de cumplir con dos aspectos esenciales, por un lado ha de ser una propuesta elegible y, por otro, debe de acreditar que en caso de darse la anulación del acto, sería la beneficiaria con la adjudicación. En caso contrario tanto la normativa vigente, artículo 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, como los reiterados pronunciamientos de esta División indican que lo procedente es el rechazo de plano del recurso. En el presente caso la apelante alega que su oferta fue mal calificada y que de haberse calificado en forma correcta hubiera resultado ganadora del concurso. Asimismo alega defectos en contra de la oferta adjudicada que de ser ciertos podrían hacerla inelegible y por ello se considera que tiene legitimación para presentar el recurso.-----

III. Sobre el fondo. Alega la **apelante:** 1-Que su oferta cumple con todo lo solicitado en el cartel, que la oferta de la adjudicataria debe descalificarse porque la presenta una persona física y no una empresa como lo solicita el cartel el cual establece condiciones para calificar a las empresas en su experiencia desde su constitución, así como en la experiencia sobre el tema de prevención. Que la Administración descalifica su experiencia de más de 19 años en el mercado nacional e internacional alegando que en la declaración jurada *“no cumple con la presentación de la declaración jurada de experiencia en los términos que fue solicitada en el cartel de la contratación administrativa en el punto 4.1.3,”*. Que sí presentaron la declaración jurada como lo establece el cartel, con los anexos correspondientes que fundamentan su experiencia. Que además en su calificación se desconoce la trayectoria de la compañía en campañas de comunicación y publicidad a lo largo de su existencia e historia con instituciones de renombre. Que la empresa tiene la capacidad y experiencia solicitada en el cartel para cumplir con el objeto de la contratación. Que si la Administración tuvo dudas pudo haber hecho las consultas necesarias para fundamentar mejor su decisión. Señala que se presentaron solo dos ofertas y la suya tiene vicios graves en la calificación que si se corrigen sería el primer lugar en la calificación y por ello adjudicatarios. Que de acuerdo con la calificación, el precio tiene un valor de 50% lo cual obtuvo al tener el mejor precio, debido a que el equipo necesario es propiedad de la empresa y el personal calificado es en su mayoría de planta.

Señala que el precio de la adjudicataria es 75% mayor al suyo lo que equivale a más de once millones y que debe recordarse que de acuerdo con criterio de proporcionalidad el precio debe ser el criterio preponderante. Que el plazo de entrega representa el 20% del cual su empresa obtuvo un 11.11% y la del adjudicatario el 20%. Que no cuestionan el precio ni el plazo que dan a su oferta 61.11% y a la del adjudicatario 38.89%. Que en cuanto a la experiencia representa un 30% y el cartel señaló: “ *El oferente debe realizar una declaración jurada indicando la cantidad de años de experiencia en el mercado de venta de servicios solicitado para este trámite y debe de presentar la información de contacto (nombre, cargo, empresa, número de teléfono, correo electrónico, etc.) de al menos tres clientes para los cuales se haya producido exitosamente un campaña publicitaria en el área de la prevención. La no presentación de la misma será un documento insubsanable y el oferente obtendrá cero puntos en este parámetro.*”. Que sí presentaron la declaración jurada en la cual declararon contar con más de 19 años de brindar servicios en la producción de documentales, audiovisuales y videos para cine, televisión y radio con fines publicitarios y comerciales y adjuntaron un listado con mas de siete campañas de prevención que han producido exitosamente a Instituciones con nombre, cargo, empresa, número de teléfono, correo electrónico, etc., tal como lo solicitó el cartel para que puedan ser confirmadas por la Administración. Que la Asesoría Legal de la Administración señaló en el análisis de las ofertas: “ *En cuanto a este punto, la declaración jurada no cumple con los requisitos indicados y solicitados para tal efecto; sin embargo dicha empresa anexa documentos referentes a la experiencia, y presenta 7 empresas a quien se le han producido campañas institucionales*” y lo enlistó en aspectos no subsanables. Que igualmente en el documento de Análisis Integral de Contratación Administrativa de la Proveduría de la Institución se le asignan 0 puntos a la experiencia por no cumplir con la declaración jurada de experiencia en los términos en que fue solicitada en el cartel. Que ambos criterios no son ciertos porque sí presentaron la declaración jurada certificando los años de experiencia y anexaron un listado de siete empresas a las que se les ha brindado en forma exitosa servicios en el área de prevención. Que se contradice el Área Legal al afirmar que si presentaron los documentos referentes a la experiencia junto con siete referencias pero que la declaración jurada no cumple con los requisito del cartel. Se cuestionan las consideraciones de la Asesoría Legal para decir que la declaración jurada no cumple con los requisitos del cartel, cuando lo cierto es que la declaración jurada solicitada en el cartel debía indicar los años de experiencia junto con la información de al menos tres clientes para los cuales se hubieran producido exitosamente una campaña publicitaria en el área de prevención y la declaración jurada presentada indica los años de experiencia de la empresa y presentan un documento anexo con siete referencias. Por ello si se cumple con lo solicitado

en el cartel. Señalan además que su experiencia es un hecho histórico, probado, que no pudo ser variado y que forma parte integral de la oferta. Que de haberse calificado la experiencia se les debió otorgar un 22.5% y al adjudicatario un 30%, teniendo su oferta una calificación final de 83.61 y la de la adjudicataria 68.89%. 2- Que, por otra parte, el punto 3.3 del cartel señala que *“Debido a la importancia de esta campaña publicitaria, únicamente se aceptarán a concurso, empresas que presenten igual o superior de diez años de experiencia, en la producción de campañas publicitarias en el área de prevención.”*. Que la oferta erróneamente adjudicada no cumple con el requisito de ser una empresa como dice el cartel. 3- Finalmente señala que para ser oferente de la Administración es necesario ser cotizante de la CCSS y estar al día en el pago de planillas. Que la oferta adjudicataria indica que no se encuentra inscrita lo cual descalifica la oferta. Que por ello solicita se anule el acto de adjudicación. El **adjudicatario** señala que:

1- En cuanto al incumplimiento de la declaración jurada de la apelante, el cartel fue claro al señalar dos requisitos básicos que debía tener la declaración jurada, el primero la cantidad de años y el segundo la información de contacto de al menos tres clientes, también mediante declaración jurada. Que la declaración jurada de la apelante cumple con el primer requisito, no obstante el segundo, que es soporte del primero, que son los datos de contacto que corroboran la experiencia solicitada no se aportan bajo la fe de juramento como lo solicitó el cartel y en su lugar se adjunta un simple anexo sin ningún valor legal, tan es así que no solamente incumple el requisito ineludible de ser bajo declaración jurada sancionada con el delito de falso testimonio, sino que ni siquiera dicho anexo está firmado por la representante, en consecuencia no se cumple con el requisito establecido e impuesto clara y categóricamente por el cartel, tanto por la forma (como lo establece el cartel y la figura legal que se estableció) como por el fondo (la trascendencia legal de las manifestaciones y su valor jurídico) lo cual deviene en un incumplimiento a la norma cartelaria la cual de antemano estableció el castigo por incumplimiento, estableciendo que la falta cometida será insubsanable con un resultado de cero puntos. Sanción que es contundente, que no deja lugar a dudas y no puede ser objeto de ningún tipo de solayación jurídica, resultando inaudito que un oferente cuidadoso y con serias pretensiones de convertirse en adjudicatario incumpliera con el requisito y señala la resolución R-DAGJ-069-99 para resaltar el criterio deducido de la misma de que es ineludible la oferta que no se ajuste al cartel. Indica que el anexo aportado no puede ser considerado como válido ni con trascendencia jurídica ya que al no estar amparado bajo la fe de juramento, dicho documento puede ser objeto de falsedades pues no hay ninguna sanción o responsabilidad por el contenido de ésta para quién suscribe, que en este caso se desconoce pues no está firmado. Que no estamos ante un aspecto subsanable y apoya lo actuado por la Administración primero porque la apelante aceptó el cartel, en el

sentido de que el incumplimiento no es subsanable, y la consecuencia es una calificación de de cero puntos, y segundo porque se debería tratarse de un hecho histórico el cual para ser subsanado debe quedar referenciado y la apelante dentro de su oferta no dejó constancia de al menos tres clientes para los cuales se haya producido exitosamente una campaña publicitaria en el área de prevención, sino que lo hace en un documento anexo sin ninguna validez. **2-** En cuanto a la participación de personas físicas, señala que el argumento carece de fundamento y refiere al artículo 4.1.4.1 del cartel relacionado con los criterios de desempate así como los folios 18 y 94 del análisis integral de la contratación. **3-** Finalmente, sobre la certificación de la Caja Costarricense de Seguro Social cita las resoluciones RC-756-2002 y R-DAGJ-003-99 en tanto señalan que la falta de este requisito es un aspecto totalmente subsanable, que cobra importancia fundamental en el papel de quien resulte adjudicatario y no tanto de los eventuales oferentes. Que acorde con lo anterior suspendió labores personales para trabajar con empresas y al iniciar nuevamente labores en forma personal y terminar la relación con patronos presentará el requisito al formalizar la contratación. Que además el cartel no solicitó en ningún momento certificación de Trabajador Independiente sino de “*estar al día en el pago de las obligaciones de la Caja Costarricense de Seguro Social*” y como al momento de la apertura de ofertas no tenía la condición de patrono ni deudas pendientes con esa Institución, se cumplió el requisito en la forma en la que lo solicitó el cartel. Que por lo anterior solicita se rechace el recurso. Por su parte la **Administración licitante** señala que: **1-** La Asesoría Legal mediante oficio AL-457-2009 indicó a la Proveeduría Institucional que la oferta presentada por la empresa Grupo de Producción Creativa, no cumplía con la presentación de la declaración jurada de experiencia en los términos que habían sido solicitados en el cartel de contratación administrativa en el punto 4.1.3, aspecto que era insubsanable por lo cual la empresa obtendría una calificación de cero en ese parámetro. Que de acuerdo con ello se valoraron las ofertas y se recomendó adjudicar al Señor Ronald Asch Fernández. Alega que el cartel no fue objetado, aceptando los parámetros de calificación por lo que no se puede aducir posteriormente desproporcionalidad en el peso de los factores o irracionalidad. Sobre lo alegado señala que la declaración jurada que consta al folio 45 del expediente administrativo, incluida en la oferta de la apelante señala que la empresa tiene “...*diecinueve años de brindar servicios profesionales en la producción de documentales audiovisuales y videos para cine, televisión y radio con fines publicitarios y comerciales. -Se adjunta como anexo a esta declaración jurada un listado de las campañas publicitarias realizadas por mi mandante en el campo de la prevención...*”. Resalta que en la declaración se indica “*fines publicitarios y comerciales*”, sin hacer referencia a lo solicitado en el cartel, además, se concluye la declaración y no se adjunta ningún listado.

Que en el folio 46 hay una declaración jurada donde se indica que “...la empresa que represento legalmente, Grupo de Producción Creativa GPC Ltda., tiene mas de 20 años de experiencia en el mercado de venta del servicio solicitado para este trámite.”. Que tampoco esta última cumple con los requisitos del cartel, además de presentar una diferencia de un año. Que con base en lo señalado en la resolución R-DAGJ-557-2003 no se le asigna puntaje. Que las calificaciones se apegaron al cartel. Que en esta licitación se estableció claramente que la falta de presentación de la declaración jurada en los términos indicados en el pliego de condiciones, sería un requisito insubsanable y el oferente obtendría cero puntos en este parámetro. Que la Administración no cuestiona los años de experiencia que declara el oferente, pero la declaración jurada no reúne los requisitos de forma que se solicitaron en el cartel de contratación. **2-** Sobre la participación de personas físicas si bien en el punto 3.3. del cartel se habla de empresas en el punto 4.1.4.1. se habla de personas o empresas. Que la situación no fue percibida por la Administración ni los oferentes pues no solicitaron aclaración oportunamente. Que siguiendo lo señalado en la resolución R-DAGJ-39-2003 se optó por tomar en consideración ambas ofertas. **3-** Sobre la certificación de la Caja Costarricense de Seguro Social señala que la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa ha emitido dos directrices sobre el tema. En la primera, DGABCA-NP 827-2005 de 26 de julio del 2005 indican que “Una administración no puede excluir a un oferente de un concurso regulado por la Ley de Contratación Administrativa, si acompaña una certificación de estar al día con sus obligaciones con la CCSS, o bien que no es patrono, a pesar de que se tenga conocimiento de que la persona tenga trabajadores, ya que no se cuenta con la competencia para ello.” La segunda, DGABCA-NP 957-2009, de 3 de setiembre del 2009 hace un recordatorio de la primera. Que por lo expuesto, la Administración no puede excluir a un oferente por presentar una certificación extendida por la CCSS de que no se encuentra inscrito. Que por lo anterior, solicita desestimar el recurso. **Criterio para resolver:** **1- Sobre la calificación de la experiencia de la apelante:** Referente a la calificación de la experiencia de la apelante difiere este Despacho de la apreciación de la Administración en el sentido de que la declaración jurada presentada con su oferta no cumple con los requisitos indicados en el cartel, que consistían en indicar la cantidad de años de experiencia en el mercado de venta del servicio solicitado, esto es, campañas de prevención y presentar la información de contacto (nombre, cargo, empresa, número de teléfono, correo electrónico, etc.) de al menos tres clientes para los cuales se haya producido exitosamente una campaña publicitaria en esa área de la prevención. (ver hecho probado 3). Tampoco comparte el

criterio del adjudicatario en el sentido de que no cumple con señalar los clientes a quienes brindó servicio ya que el documento que lo hace no es una declaración jurada y no tiene firma. Del análisis del expediente, consideramos que las dos declaraciones juradas contenidas en la oferta, cumplen con lo requerido en el cartel en tanto: a- Ambas señalan experiencia referida al tema contratado, sea a prevención (ver hechos probados 6 y 7), b- La contradicción que señala adicionalmente la Administración en cuanto a la diferencia de un año en las mismas o en cuanto al número de años de experiencia no es un defecto que invalide la declaración como tal, sino un aspecto que puede ser subsanado y la Administración tomará en cuenta, en todo caso, la que menos favorezca al oferente. c- Respecto a la información de contacto de al menos tres clientes para los cuales se haya producido exitosamente una campaña publicitaria en esa área de la prevención, una de las declaraciones señala que anexa un documento el cual si bien no está foliado de seguido, si está contenido en la oferta (ver hecho probado 8) y no obstante que no se establece por escrito en este documento que se trata de una declaración jurada, ello se dice en el texto de la declaración jurada al decir que es un anexo. En cuanto a la falta de firma del anexo, el documento es parte integral de la oferta por lo que no requiere de firma en particular para su validez ya que el proponente es responsable del contenido de la oferta que se entiende integrada por la misma y por los documentos anexos, pudiendo ejecutarse la garantía de participación y dejar fuera la oferta si se brinda información falsa (ver artículos 39 y 65 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa). Adicionalmente en la valoración de las ofertas deben observarse los principios que rigen la materia eficiencia y antiformalismo a efecto de conservar las ofertas. Con apego a lo anterior, teniendo las declaraciones juradas y anexo en el expediente, si la Administración tenía duda, debió haber solicitado la aclaración o subsanación que consideraba procedente, ya que el cartel lo que impedía era la subsanación de la declaración jurada y ésta sí se presentó y contenía información sobre los servicios brindados, es decir había una clara referencia a la experiencia, la cual constituye un hecho histórico y en ese tanto resulta subsanable, por lo que en este punto el recurso se declara con lugar. **2-Sobre la condición de persona física del oferente:** En cuanto a la imposibilidad de que participe una persona física al concurso, en criterio de este Despacho, aún en el caso de que el cartel contuviera la restricción, que no la tiene pues empresa lo entendemos en sentido amplio, en razón de que la actividad a desarrollar puede ser ejecutada tanto por una empresa constituida como tal jurídicamente, como por una persona física, nada impide la participación de esta última, siendo que además las empresas pueden ser unipersonales, pero fundamentalmente porque tal restricción deviene irracional y violenta el principio de eficiencia y

antiformalismo que en este procedimiento debe tender a la conservación de las ofertas por lo que el recurso se rechaza en cuanto a este argumento. **3- Sobre la inscripción ante la Caja Costarricense de Seguro Social:** En relación con el tema tenemos que el artículo 74 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social en lo que nos interesa dispone: *“Artículo 74.- (...) Los patronos y las personas que realicen total o parcialmente actividades independientes o no asalariadas, deberán estar al día en el pago de sus obligaciones con la Caja Costarricense de Seguro Social, conforme a la ley. Para realizar los siguientes trámites administrativos, será requisito estar al día en el pago de las obligaciones de conformidad con el artículo 31 de esta ley. (...) 3.- Participar en cualquier proceso de contratación pública regulado por la Ley de Contratación Administrativa o por la Ley de Concesión de Obra Pública. En todo contrato administrativo, deberá incluirse una cláusula que establezca como incumplimiento contractual, el no pago de las obligaciones con la seguridad social.(...)”*. Asimismo el artículo 65 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa señala que : *“Artículo 65.—**Documentos a aportar.** Toda oferta presentada por un proveedor nacional contendrá las siguientes declaraciones y certificaciones, sin perjuicio de cualquier otra documentación de la misma naturaleza, que la Administración, requiera en el cartel. En el caso de las declaraciones, se harán bajo la gravedad de juramento y no será necesario rendirlas ante notario público, salvo que así razonablemente lo requiera la Administración en el cartel. Estas serán admisibles en documento separado o bien como parte del texto de la propuesta. (...) c) Certificación de que el oferente se encuentra al día en el pago de las obligaciones obrero patronales con la Caja Costarricense de Seguro Social (en adelante CCSS), o bien, que tiene un arreglo de pago aprobado por ésta, vigente al momento de la apertura de las ofertas. La Administración podrá señalar en el cartel en qué casos la certificación de la CCSS no deba aportarse, porque se cuenta con acceso directo al sistema de dicha entidad y pueda verificar por sí misma la condición del participante. En todo caso la Administración podrá constatar en cualquier momento, el cumplimiento de las obligaciones obrero patronales.(...)”* En el presente caso si bien queda claro que el adjudicatario no es patrono, no por ello está eximido de sus obligaciones con la seguridad social, lo cual se establece en el artículo 74 de la Ley Constitutiva de la CCSS, ya citado, como un requisito para “participar” en procedimientos de contratación pública y por ello debe ser cumplido por todos los oferentes, patronos o no, mediante la cotización que corresponda -Patrono o trabajador independiente- y no solamente por el adjudicatario. La anterior interpretación ha sido línea jurisprudencial de este Despacho a partir del año 2008 (ver entre otras las resoluciones R-DCA-90-2008, R-DJ-143-2009). En efecto, ha sido el criterio reiterado de este Despacho que en casos como el presente en el que los servicios que se prestan constituyen servicios profesionales brindados en forma personal, el oferente

debe encontrarse al día en el pago de las obligaciones con la seguridad social como trabajador independiente al momento de la apertura de las ofertas independientemente de que el cartel exija la presentación de certificación o no. La apelante alega que el adjudicatario no cumple con el requisito, lo cual no se rebate ni por el adjudicatario ni por la Administración por lo que no es un punto controvertido (ver hecho probado 5). El adjudicatario señala jurisprudencia de los años 1999 y 2002 donde se establece que es un requisito para el adjudicatario y resulta subsanable, criterio que como hemos visto, no se ajusta ni a las disposiciones que regulan la materia ni a la más reciente jurisprudencia de este Despacho que dispone, repetimos, que es una obligación legal para todo oferente para poder participar y lo que resulta subsanable, en todo caso, es la presentación de la certificación que pruebe que se está al día al momento de la apertura de las ofertas, pero no el hecho en sí. Además señala que el cartel no solicitó certificación de Trabajador Independiente sino de “estar al día en el pago de las obligaciones de la Caja Costarricense de Seguro Social”, no obstante, dentro de estas obligaciones está, como ya se ha pronunciado este Despacho, para el caso de las personas físicas que realizan actividades lucrativas el estar inscrito y cotizar como trabajador independiente para lo cual dicha institución emitió el Reglamento para la Afiliación de los Trabajadores Independientes de la Caja Costarricense de Seguro Social aprobado por la Junta Directiva de esa Institución en el artículo 21 de la sesión 7877 celebrada el 5 de agosto del 2004. Por su parte la Administración alega la existencia de directrices de la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa sobre el tema, que disponen que *“Una administración no puede excluir a un oferente de un concurso regulado por la Ley de Contratación Administrativa, si acompaña una certificación de estar al día con sus obligaciones con la CCSS, o bien que no es patrono, a pesar de que se tenga conocimiento de que la persona tenga trabajadores, ya que no se cuenta con la competencia para ello.”*, por lo que, según señala la Administración no puede excluir a un oferente por presentar una certificación extendida por la CCSS de que no se encuentra inscrito. En relación con esto, sin entrar a analizar la procedencia de la directriz, es importante señalar que, en todo caso, estamos ante una situación diferente, ya que lo que el adjudicatario señala en su oferta es que no es contribuyente de la CCSS (ver hecho probado 5) situación en la cual lo que procede es el rechazo de la oferta por el incumplimiento de un requisito legal obligatorio ya que sea que se trate de un patrono o de una persona física con actividad lucrativa, para participar en un concurso público debe cotizar a la seguridad social, conforme hemos visto. Ahora bien, en la repuesta a la audiencia final el adjudicatario señala que se afiliaría una vez que inicie labores como trabajador independiente y que de acuerdo con el Reglamento para la Afiliación de Trabajadores Independientes de la CCSS tiene 8 días hábiles posteriores al inicio de la actividad para

hacerlo. Al respecto señalamos que este es un alegato nuevo que debió haber sido realizado en el momento procesal oportuno, en este caso, al responder la audiencia inicial (ver artículo 182 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa) y por ello no debe ser tomado en consideración para la resolución del recurso. No obstante, con el ánimo de esclarecer el punto, de oficio, señalamos que la regulación en cuanto al momento en que debe inscribirse un trabajador independiente que inicia su actividad productiva, no resulta oponible a la disposición legal que establece la obligatoriedad de encontrarse al día y por ello inscrito ante la CCSS para participar en un concurso, siendo entonces que para este caso concreto necesariamente debe inscribirse con anterioridad a la apertura de las ofertas. Lo anterior cobra sentido en casos como el presente en el que se solicita experiencia y siendo que el adjudicatario ofrece en su condición personal, la experiencia que puede acreditar es únicamente la obtenida en esta forma para lo cual debió haber estado inscrito al menos como trabajador independiente o bien asegurado voluntario si era antes del 2004. Conforme con lo anterior en oficio de la Dirección de Inspección de la Caja Costarricense de Seguro Social DI-1548-12-2007 de 7 de diciembre del 2007 ante consulta de este Despacho señaló: *“Es claro que ambas disposiciones normativas (artículo 74 de la Ley Constitutiva de la Caja, y 65 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa) en su esencia buscan minimizar la evasión en el pago de las cuotas obrero patronales, por parte de los participantes – ya sean personas físicas o jurídicas- en cualquier contratación que realicen con el Sector Público(...)Por último se solicita indicar en cuáles caso opera algún tipo de excepción que avale a los oferentes no inscribirse ante la Caja, sobre el particular se reitera que las personas físicas o jurídicas que participen en cualquier contratación administrativa, se encuentran obligadas a cotizar para la seguridad social, ya sea bajo su condición de patronos o trabajadores independientes, sin que exista ningún tipo de excepción.”*. Así, las cosas en razón de incumplimiento apuntado la oferta no resulta admisible por ello el recurso debe declararse con lugar en este punto.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184, de la Constitución Política; artículos 1, 34, y 37, inciso 3), de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República; 84 de la Ley de la Contratación Administrativa y 174 y 183 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, **SE RESUELVE: Declarar con lugar** el recurso de apelación interpuesto por **Grupo de Producción Creativa GPC Ltda.** en contra del acto de adjudicación de la **Licitación Abreviada**

2009LA-000017-00300 promovida por el **Instituto Costarricense sobre Drogas ICD** para la contratación de servicios de producción de campaña publicitaria recaído a favor de **Ronald Asch Fernández** por un monto de **¢29.120.250.00**, **acto el cual se anula**. Asimismo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa se da por agotada la vía administrativa.-----

NOTIFÍQUESE. -----

Lic. Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Lic. Marco Vinicio Alvarado Quesada
Gerente Asociado

Lic. Elard G. Ortega Pérez
Gerente Asociado

MACF/mgs
NN: 02033 (DJ-0791-2010)
NI: 259, 439, 1553, 1549, 1602, 4268, 4299 y 4309.
G: 2010000061-2