

R-DCA-411-2012

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las nueve horas del ocho de agosto del dos mil doce. -----

Recurso de apelación interpuesto por la empresa **WPP Continental de Costa Rica S.A.** en contra del acto de adjudicación de la **Licitación Pública 2012LN-00002-01**, promovida por la **Municipalidad de San Isidro de Heredia** para la contratación de servicios para el tratamiento y disposición final de los residuos sólidos ordinarios, residenciales, comerciales e institucionales del cantón de San Isidro de Heredia, acto recaído en favor de **Empresas Ebi Berthier de Costa Rica S.A.** por un monto de ¢11.500 por tonelada métrica tratada y dispuesta en el sitio. -----

RESULTANDO

I. WPP Continental de Costa Rica S.A. presentó su recurso de apelación ante esta Contraloría General vía fax a las 15:33 horas del 23 de julio del 2012, y el original a las 15: 47 horas de ese mismo día, y en su escrito alegó lo siguiente: que la Municipalidad actuó en forma arbitraria al desechar su oferta por la presentación extemporánea de la garantía de participación, ya que la Administración no hizo mención alguna de la falta de la garantía al momento de la apertura de las ofertas. Cuestiona que, la actuación de la Municipalidad es violatoria de los principios de interdicción, de libre participación, de igualdad de trato, así como de lo indicado por la propia Contraloría General de la República respecto al momento procesal oportuno para aportar la garantía de participación en un proceso de licitación. En este sentido, menciona las resoluciones R-DAGJ-030-2000 y R-DCA-058-2011. Explica que la copia de presentación de la garantía de participación no es necesaria adjuntarla dentro de la oferta, ya que corresponde a la propia Administración su verificación, ya que las ofertas se presentan en el Departamento de Proveduría y las garantías en la Tesorería. Finalmente señala que ambas ofertas son idénticas, por lo que la actuación de la Administración violenta los principios de eficiencia y eficacia, pues por una situación de mero formalismo la Administración se privó de contar con mayores ofertas que le permitan realizar la selección más adecuada. Por todo ello, solicita que se declare la nulidad absoluta del acto de adjudicación y se ordene a la Administración que se valoren ambas ofertas al amparo del interés general y en miras de la conservación de ofertas (ver folios 1 al 8 del expediente de apelación). -----

II. Mediante auto de fecha 26 de julio del 2012 este Despacho solicitó el expediente administrativo del concurso a la Administración licitante. (ver folio 10 del expediente de apelación). -----

III. Mediante el oficio 2011-P-MSI-054 de fecha 26 de julio del 2012, la Proveedora Municipal de la Municipalidad de San Isidro de Heredia remitió el expediente administrativo (ver folio 14 del expediente de apelación). -----

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

CONSIDERANDO

I. HECHOS PROBADOS: Para la resolución del presente asunto, se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** Que la Municipalidad de San Isidro de Heredia promovió la Licitación Pública 2012LN-000002-01 para la contratación de servicios para el tratamiento y disposición final de los residuos sólidos ordinarios, residenciales, comerciales e industriales del cantón de San Isidro de Heredia (ver publicación en La Gaceta No. 97 de fecha 21 de mayo del 2012 al folio 51 del expediente administrativo). **2)** Que el cartel de la licitación solicitó a los oferentes la presentación de la garantía de participación en los siguientes términos: *“GARANTÍAS: Todo oferente y adjudicatario deberá de rendir en la Tesorería de LA MUNICIPALIDAD una Garantía de Participación y Cumplimiento, según corresponda en los siguientes términos: Artículo 26: Cada oferta deberá acompañarse con una garantía de participación, la cual deberá rendirse en todo de conformidad con las disposiciones del artículo 42 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, el monto será igual al 5% (cinco por ciento) del valor total de la oferta y deberá tener una vigencia de 30 (treinta) días naturales, contados a partir de la fecha fijada para la apertura de las ofertas. ...”* (ver folio 39 del expediente administrativo). **3)** Que el cartel de la licitación estableció el siguiente sistema de valoración de las ofertas: *“CAPITULO II. VALORACION Y COMPARACION DE LAS OFERTAS. La adjudicación de esta licitación recaerá en aquella oferta que resulte más ventajosa para la Municipalidad y que cumpla con las especificaciones técnicas y legales del cartel. Para la valoración de las ofertas se tomará en cuenta únicamente el precio del servicio.”* (ver folio 30 del expediente administrativo). **4)** Que en dicha licitación participaron los siguientes oferentes: Empresas Ebi Berthier de Costa Rica S.A. (oferta 1) y WPP Continental de Costa Rica S.A. (oferta 2). (ver folios 339 al 53 del expediente administrativo). **5)** Que la empresa Berthier Ebi de Costa Rica S.A. presentó su oferta económica por un monto unitario de ¢11.500 por tonelada (ver folio 227 del expediente administrativo), y la empresa WPP Continental de Costa Rica S.A. presentó su oferta económica por un precio unitario de ¢11.500. (ver folio 316 del expediente administrativo). **6)** Que la apertura de ofertas se realizó a las 9:00 A.M. del día 11 de junio del 2012 y finalizó a las 9:20 A.M. de ese mismo día. (ver copia del acta de apertura de ofertas en los folios 56 y 55 del expediente administrativo). **7)** Que la empresa WPP Continental de

Costa Rica S.A. presentó la garantía de participación ante la Tesorería Municipal de la Municipalidad de San Isidro de Heredia a las 9:50 A.M. del 11 de junio del 2012. (ver copia del recibo en el folio 341 del expediente administrativo). **8)** Que al momento del estudio y comparación de las ofertas, la Proveeduría Municipal de la Municipalidad de San Isidro de Heredia indicó con respecto a la oferta de la apelante lo siguiente: *“2. WPP CONTINENTAL DE COSTA RICA S.A. cédula jurídica 3-101-155289. En relación a esta oferta y según consta en el recibo correspondiente al recibo de la garantía de participación, No. 0259 en donde adjuntaron un cheque de gerencia No. 7995-8 por un monto de 6.750.000,00, a nombre de la Municipalidad de San Isidro de Heredia, el mismo fue recibido a las 9:50 A.M. por la Tesorería Municipal. Que dicha indicación se hizo ver en la apertura en donde se señaló en la oferta que presentaron pero no adjuntaron la copia./ Que según la Resolución de la Contraloría General de la República No.R-DCA-094-2006 dice: Ahora bien, es nuestro criterio, el acto de apertura constituye un acto continuado, de modo que mientras éste no haya sido cerrado, la garantía puede ser presentada para amparar la oferta./ Con base a lo anterior, y aún tratando de justificar la no presentación de la garantía antes de la fecha y hora establecida para la apertura de las ofertas. Dicho acto se cerró según consta en acta y firmado por los presentes a las 9:20 A.M., la garantía de participación de WPP se recibió en la Tesorería a las 9:50 A.M./ Por lo tanto en base a lo anterior, y aunque solamente se recibieron dos ofertas, y las dos presentaron el mismo precio por tonelada tratada. Esta oficina en respeto a lo dispuesto por la Ley y al oferente que presentó su oferta como corresponde, se ve en la obligación de no poder considerar para estudio la oferta de WPP CONTINENTAL DE COSTA RICA.”* (ver folio 347 del expediente administrativo). **9)** Que mediante acuerdo tomado en la sesión ordinaria No. 44-2012 de fecha 2 de julio del 2012, el Concejo Municipal de la Municipalidad de San Isidro de Heredia adjudicó la licitación pública 2012LN-000002-01 a Empresas Ebi Berthier de Costa Rica S.A. por un monto de ¢11.500 por tonelada métrica tratada y dispuesta en el sitio. (ver folio 350 del expediente administrativo). -----

II. SOBRE LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO INTERPUESTO: El artículo 86 de la Ley de Contratación Administrativa dispone que *“La Contraloría General de la República dispondrá, en los primeros diez días hábiles, la tramitación del recurso, o en caso contrario, su rechazo por inadmisibile o por improcedencia manifiesta. Esta facultad podrá ejercerse en cualquier etapa del procedimiento en que se determinen esos supuestos.”* En relación con lo anterior, el artículo 178 del Reglamento a dicha ley dispone que *“Dentro del plazo de los diez días hábiles siguientes al vencimiento del plazo para apelar, la Contraloría General de la República deberá analizar la admisibilidad y procedencia general del recurso, procurando detectar en esta etapa las gestiones inadmisibles o manifiestamente*

improcedentes, para proceder a su rechazo inmediato.” Ahora bien, el artículo 176 del Reglamento indica que *“Podrá interponer el recurso de apelación cualquier persona que ostente un interés legítimo, actual, propio y directo”* normativa que impone realizar el análisis referente a la legitimación como actuación previa. En este orden, el artículo 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa enumera las causas por las cuales procede rechazar de plano por improcedencia manifiesta el recurso de apelación, y entre otras razones, contempla la siguiente: *“b) cuando el apelante no logre acreditar su mejor derecho a la adjudicación del concurso, sea porque su propuesta resulte inelegible o porque aún en el caso de prosperar su recurso no sería válidamente beneficiado con una eventual adjudicación, de acuerdo con los parámetros de calificación que rigen el concurso. Debe entonces el apelante acreditar en el recurso su aptitud para resultar adjudicatario.”* En relación con dichas normas, este órgano contralor ha indicado lo siguiente: **“Improcedencia manifiesta:** *Se refiere a aquellos supuestos donde por razones de carácter fundamentalmente formales, el recurso presentado no puede ser conocido en su revisión de fondo y producen la firmeza del acto de adjudicación, y se descompone en las siguientes causales. Falta de Legitimación:* *El artículo 180 del Reglamento de Contratación Administrativa establece que el recurso es improcedente de manera manifiesta cuando se interponga por una persona carente de interés legítimo, actual, propio y directo y, de seguido, se indica que se entiende que carece de esa legitimación el apelante que no resulte apto para resultar adjudicatario, sea porque su propuesta sea inelegible o porque, a partir de las reglas dispuestas en el sistema de calificación, no se haya acreditado un mejor derecho de frente a otros oferentes. La inelegibilidad de una plica se entiende cuando en el expediente administrativo haya prueba suficiente para determinar que el oferente recurrente presentó una plica alejada de las normas técnicas, financieras, legales u otras, del cartel y tal hecho, sea de orden trascendental. Por lo tanto, el recurso se debe rechazar si del todo no se defiende la elegibilidad de la oferta o si esta está débilmente fundamentada. Por otro lado, cabe el rechazo si, pese a tener una plica elegible o no, no se explica cómo, de frente al puntaje obtenido, se puede obtener una mejor calificación de existir otros que ostentan una mejor puntuación. En esto, al menos, debe argumentarse en el sentido de restar puntaje a quien esté en el primer lugar e, incluso a todos aquellos que se encuentren en un lugar preferente. Por ejemplo, si se está en un cuanto lugar de la calificación, se deberá restar puntaje a los que ocupen el primer, segundo o tercer lugar, o sumar el propio, de forma tal que de esa forma se llegue a ocupar el primer lugar.”* (al respecto ver resolución R-DCA-471-2007 del 19 de octubre del 2007). Así las cosas, corresponde determinar si la apelante en su recurso cumple con dichos requisitos. En el caso bajo análisis, se tiene por acreditado que en la licitación participaron dos oferentes (ver hecho probado 4),

que el cartel de la licitación estableció como método de evaluación y selección de las ofertas únicamente el precio del servicio (ver hecho probado 3), que tanto la apelante como la adjudicataria ofertaron un precio unitario de ¢11.200 (ver hecho probado 5), lo cual significa que de ser admitidas a concurso, ambas ofertas se encontrarían en igualdad de condiciones. Sin embargo, también se ha acreditado que la oferta de la apelante fue descalificada del concurso en la etapa de estudio de las ofertas porque la Administración licitante determinó que dicha oferente presentó la garantía de participación en forma extemporánea (ver hecho probado 8). Ello implica que para acreditar su legitimación, la apelante debe demostrar que su oferta fue descalificada indebidamente del concurso, de forma tal que se acredite que su oferta cuenta con la posibilidad real de constituirse en adjudicataria en caso de prosperar su recurso. Ahora bien, en el caso bajo análisis la apelante en su recurso se refiere al hecho que en su momento generó la exclusión de su oferta, razón por la cual procederemos de seguido a analizar los alegatos para desvirtuar su inelegibilidad declarada en sede administrativa por incumplimientos asociados a la presentación extemporánea de la garantía de participación. En cuanto a la garantía de participación, el cartel de la licitación estableció lo siguiente: *“GARANTÍAS: Todo oferente y adjudicatario deberá de rendir en la Tesorería de LA MUNICIPALIDAD una Garantía de Participación y Cumplimiento, según corresponda en los siguientes términos: Artículo 26: Cada oferta deberá acompañarse con una garantía de participación, la cual deberá rendirse en todo de conformidad con las disposiciones del artículo 42 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, el monto será igual al 5% (cinco por ciento) del valor total de la oferta y deberá tener una vigencia de 30 (treinta) días naturales, contados a partir de la fecha fijada para la apertura de las ofertas. ...”* (ver hecho probado 2). Como puede verse, la norma cartelaria dispuso que los oferentes debían aportar junto con su oferta una garantía de participación, la cual debía rendirse de conformidad con las disposiciones del artículo 42 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Además, la misma norma dispuso que la garantía de participación debía rendirse en la Tesorería de la Municipalidad. Ahora bien, revisado el expediente administrativo se tiene por acreditado que la apertura de las ofertas para este concurso se realizó el día 11 de junio del 2012, y dicho acto inició a las 9:00 A.M. y concluyó a las 9:20 A.M. de ese mismo día (ver hecho probado 7), lo cual significa que los oferentes debían presentar la respectiva garantía de participación a más tardar a las 9:20 AM del día 11 de junio del 2012. Sin embargo, en el expediente administrativo se observa que la apelante presentó su garantía de participación ante la Tesorería Municipal a las 9:50 A.M. del día 11 de junio del 2012 (ver hecho probado 7), sea treinta minutos después de finalizada la apertura de las ofertas, lo cual no es desvirtuado en modo alguno por la firma apelante. Dicha situación hizo que al momento del estudio de

las ofertas, la Administración licitante determinara la exclusión de la oferta de la apelante al considerar que presentó su garantía de participación en forma extemporánea. (ver hecho probado 8). Ahora bien, la apelante en su recurso se limita a alegar que la actuación por parte de la Administración licitante es arbitraria y violatoria de los principios de interdicción, de libre participación y de igualdad de trato. Al respecto, hemos de indicar que dichos argumentos no resultan válidos, ya que en el cartel de la licitación estaban claramente establecidas las reglas que aplicaban a los oferentes en cuanto al momento en que debían presentar la garantía de participación, reglas que eran de conocimiento de todos los participantes y por lo tanto no encuentra este Despacho violación alguna a los principios de contratación alegados. La apelante también alega que la actuación de la Administración se contradice con lo indicado por la propia Contraloría General de la República respecto al momento procesal oportuno para aportar la garantía de participación en un proceso de licitación, y en este sentido menciona las resoluciones R-DAGJ-030-2000 y R-DCA-058-2011; sin embargo, revisadas dichas resoluciones se puede concluir que la actuación de la Administración no resulta contraria a lo indicado en ellas sino –mas bien- resulta coincidente, en la medida que, aun y cuando se interpretó la apertura de ofertas como un acto continuado y por ende resultaba factible la presentación de la garantía hasta el momento en que se cerrara la apertura; consecuentemente una vez cerrada la apertura no existiría margen para presentar la garantía, que es lo que ocurre en este caso. De conformidad con lo expuesto, es clara la posición asumida por este Despacho en el sentido de que el acto de apertura de las ofertas se entiende como un acto continuado y por lo tanto, éste comprende desde la hora de inicio hasta la hora de cierre de dicho acto, y por lo tanto, la garantía de participación que se presente durante ese lapso de tiempo si resulta válida y presentada en tiempo. Ello significa, además, que las garantías de participación que se presenten más allá de la fecha y hora del cierre del acto de apertura de las ofertas resultarían extemporáneas. Ahora bien, en el caso bajo análisis ha quedado debidamente acreditado que la apertura de ofertas de este concurso se realizó a las 9:00 A.M. del día 11 de junio del 2012 y finalizó a las 9:20 A.M. de ese mismo día (ver hecho probado 6), mientras que la apelante presentó su garantía de participación ante la Tesorería Municipal a las 9:50 A.M. del día 11 de junio del 2012 (ver hecho probado 7), es decir, treinta minutos después de finalizado el acto de apertura de las ofertas, por lo tanto y siendo coincidentes con el criterio citado, debemos concluir que en esta oportunidad sí está demostrada la presentación en forma extemporánea de la referida garantía por parte de la apelante. Por su parte, en la resolución R-DAGJ-030-2000 de fecha 25 de enero del 2000, se atendió la duda en la presentación de la garantía a tenor del principio de conservación de las ofertas, respecto de lo que se indicó: *“Además, estimamos que las pruebas aportadas por la firma impugnante DIMON S.A. con su*

recurso (ver del folio 9 A al folio 18 A del expediente de apelación)- pruebas a las que alude también el Consorcio apelante-, no demuestran de manera fehaciente e indubitable el hecho imputado por las recurrentes, (...) Por lo anteriormente expuesto, solamente hay una duda de que la garantía de participación presentada por la adjudicataria ciertamente se haya aportado de manera extemporánea.” No obstante, en el caso bajo análisis esa duda con respecto a si la garantía de participación se presentó en forma extemporánea no existe, ya que ha quedado debidamente acreditado que la apelante presentó su garantía de participación ante la Tesorería Municipal treinta minutos después de finalizada la apertura de las ofertas, y por lo tanto en este caso sí está demostrada la extemporaneidad de la referida garantía; sin que la apelante en su recurso argumentara o presentara alguna documentación que cuestionara la validez del documento con el cual se acredita tal situación, sea el recibo emitido por la Tesorería Municipal y que consta en el folio 341 del expediente administrativo. De conformidad con lo expuesto, de una revisión de lo acontecido en el concurso, tenemos que la firma recurrente no ha logrado desvirtuar su incumplimiento y en consecuencia la presentación de la garantía de participación al momento de la apertura de ofertas, requisito que era de admisibilidad y por lo tanto dicho incumplimiento conlleva la exclusión de su oferta, como en su momento lo determinó la Administración licitante. Ello significa que dicha oferta no tiene ninguna posibilidad de resultar readjudicataria del concurso y por ende no cuenta con la legitimación para impugnar el acto de adjudicación, de manera que, lo procedente es rechazar de plano por improcedencia manifiesta en virtud de falta de legitimación el recurso de apelación interpuesto. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 183 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se omite pronunciamiento sobre otros extremos del recurso 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, 30 y 34 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República No. 7428 del 7 de setiembre de 1994, 1, 3, 85, siguientes de la Ley de Contratación Administrativa, 174, 176, 177, 178 y 180 inciso b) de su Reglamento, **SE RESUELVE: 1) RECHAZAR DE PLANO POR IMPROCEDENCIA MANIFIESTA en virtud de FALTA DE LEGITIMACIÓN** el recurso de apelación interpuesto por la empresa **WPP Continental de Costa Rica S.A.** en contra del acto de adjudicación de la **Licitación Pública No. 2012LN-000002-02**, promovida por la **Municipalidad de San Isidro de Heredia** para la contratación de servicios para el tratamiento y disposición final de los residuos sólidos ordinarios, residenciales, comerciales e institucionales del Cantón de San Isidro de

Heredia, acto recaído en favor de **Empresas Berthier Ebi de Costa Rica S.A.** por un monto de ¢11.500 por tonelada métrica tratada y dispuesta en el sitio, acto el cual **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.-----

Lic. German Brenes Roselló
Gerente de División

Lic. Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Licda. Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

CMCH/chc
NI: 13732, 14026, 14316, 14318
NN: 08102 (DCA-1837)
G: 2012001960-1