

R-DCA-310-2013

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. DIVISIÓN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. San José, a las diez horas del cuatro de junio del dos mil trece.-----

Recursos de objeción interpuestos por los señores **Carlos Alberto Echeverría Alfaro y Sandra Alvarado Mondol cc Sandra Mondol Zumbado**, contra las modificaciones al cartel de la **Licitación Pública N°2013LN-000001-JUDESUR**, promovida por la Junta de Desarrollo Regional de la Zona Sur de la provincia de Puntarenas, para la contratación de profesionales en derecho.-----

I.-POR CUANTO: Que los objetantes presentaron recursos de objeción contra las modificaciones al cartel de referencia.-----

II.-POR CUANTO: Que este Despacho mediante auto de las ocho horas y treinta minutos del 24 de mayo del 2013, notificado en la misma fecha, confirió audiencia especial a la entidad licitante a efecto que se refiriera por escrito en forma amplia y detallada, a los argumentos expuestos por los objetantes, solicitando aportar igualmente copia fiel y completa de las modificaciones al cartel de la contratación.-----

III.-POR CUANTO: Que la audiencia conferida fue debidamente atendida por la licitante, mediante oficio PROVEED-O-028-2013 de fecha 29 de mayo del 2013.-----

IV.-POR CUANTO: SOBRE EL FONDO: a)-Recurso de Carlos Alberto Echeverría Alfaro: 1)- Sobre la cláusula 9 referida al sistema de evaluación: Indica el objetante que en la cláusula décima del cartel, se establece que un oferente para ser tomado en cuenta para la adjudicación, debe obtener como nota mínima un 80%, aspecto que en su criterio no guarda relación alguna con el sistema de evaluación regulado en el cláusula 9.2 del cartel. Lo anterior por cuanto dicho sistema distribuye el 100% de la calificación en un 80% por la experiencia en la confección de documentos públicos y 20% de experiencia en el ejercicio de la función notarial. Es por ello que considera que para poder llegar a ese 80% como nota mínima requerida para una eventual adjudicación, debe contarse al menos con un 60% del total de 80% por concepto de experiencia en confección de documentos públicos, ello asumiendo, que se cuenta con el 20% restante por experiencia en la función notarial. Señala que dicha distribución resulta totalmente arbitraria y desproporcional, ya que el sistema de evaluación propuesto al otorgar un 80% al rubro de experiencia en la confección de instrumentos públicos además de irrelevante implica, que si no se llega al menos a un 60% de puntaje, no pueden tenerse opciones para participar. Con lo cual se desnaturaliza la función del sistema de evaluación, que es precisamente posicionar a los oferentes según su oferta, por lo que no debe ser una barrera de entrada para ofertar. La Administración señaló que el alegato sobre este punto del recurso se encuentra precluido, ya que se dirige a cuestionar los porcentajes asignados en la

evaluación, lo cual no ha sido objeto de modificación de forma tal que habilite nuevamente la discusión sobre este tema. Lo anterior, tomando en consideración que en la versión original del cartel, únicamente se agregó en el primer párrafo la frase “para hipotecas y prendas”, manteniéndose lo demás invariable, tal y como se puede observar en las modificaciones practicadas al cartel. Por otra parte indica, que tal y como fue definido por este órgano contralor en la resolución R-DCA-210-2013 del 22 de abril del 2013, la Administración goza de total discrecionalidad para definir los factores de ponderación dentro de un sistema de evaluación, debiendo observarse únicamente que los factores incorporados en el mecanismo resultante, cumplan con cuatro reglas esenciales: proporcionados, pertinentes, trascendentes y que el sistema como tal resulte aplicable, elementos estos que resultan claramente identificables en el sistema de evaluación impugnado. **Criterio de la División:** Sobre este punto es menester señalarle al objetante, que tratándose de la impugnación de modificaciones cartelarias, cuando estas han sido efectuadas como consecuencia de una resolución expresa de este órgano contralor, atendiendo precisamente recursos de objeción presentados contra el cartel original, la nueva impugnación que llegare a plantear debe versar exclusivamente sobre las modificaciones practicadas por la Administración, de forma tal que en estos casos, no es que estamos en presencia de una nueva habilitación para impugnar en su totalidad el cartel, sino que las objeciones que se puedan presentar en este estadio, serán contra el contenido de esas modificaciones. No pudiendo en consecuencia devolvemos a la valoración de aspectos que fueron o debieron ser impugnados durante el primer plazo de impugnación, resultando entonces que sobre estos puntos cartelarios no considerados originalmente, ha operado la figura de la preclusión. Este instrumento supone sencillamente que en materia de recurso de objeción, los aspectos o cláusulas cartelarias no impugnadas oportunamente, adquieren consolidación aún y cuando con posterioridad, se efectuaren modificaciones cartelarias que no afecten aquellas, es en otras palabras, “(...) la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal. Su objetivo consiste en el rechazo de recursos cuando el argumento de la parte gestionante se centra en reabrir discusiones que se debieron discutir en etapas anteriores, así el proceso se ejecuta de forma sucesiva, en el cual durante su desarrollo se van clausurando en forma definitiva cada una de sus etapas, impidiéndose volver a momentos procesales ya consumados. (PACHECO, Máximo, *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976, p. 263). Asimismo, en el estudio de este tema se ha indicado que “... la institución de la preclusión tiene por objeto obtener concentración del procedimiento evitando la dispersión de los actos procesales al establecer para las partes la carga de tener que realizarlos en su momento procesal bajo la sanción tener por perdida la posibilidad de alegación, de prueba o de impugnación...” (GIMENO SENDRA, Vicente y otros, *Curso de Derecho Procesal Administrativo*, Valencia, 1994, p. 266). Tomando en consideración lo expuesto, se puede concluir que recae bajo responsabilidad del gestionante que alega una determinada situación, esgrimirla

en el momento procesal oportuno (...) (Resolución R-DCA-081-2011 del 11 de febrero del 2011). Así las cosas, lo que el objetante impugna por medio de este extremo del recurso, es sobre la base que la nota mínima para ser tomado en cuenta en la adjudicación debe ser igual o superior al 80% para cada una de las líneas, la cual considera elevada en razón que el mismo cartel evalúa con un porcentaje total de 80%, la experiencia en la realización y participación en trámites de estudio, confección e inscripción de garantías para hipotecas y prendas, lo cual implicaría que para llegar a ese porcentaje mínimo para optar por una adjudicación -asumiendo que se cuenta con el restante 20%- se debería obtener en este rubro al menos un 60% del total, lo cual considera ilegítimo y excluyente. Bajo este orden de ideas, es importante señalar que el sistema de evaluación tal y como lo indica la institución licitante, fue modificado únicamente en dos extremos puntuales: En primer lugar, la valoración con puntaje de cursos de actualización en la materia de cobro judicial debidamente acreditados por los oferentes, y en segundo término, la precisión en la línea N°2 correspondiente a servicios de notariado, que la experiencia a acreditar, es en la confección e inscripción de garantías para hipotecas y prendas y que se computa a partir del ejercicio del notariado. De forma tal, que la nueva impugnación que se pretendiera sobre el cartel debe versar en su caso, sobre el contenido de esas modificaciones practicadas por la Administración, visto que tal y como se indicó, sobre lo no objetado durante el primer plazo para presentar el recurso de objeción, existe ya operada una preclusión procesal, consolidándose en consecuencia el clausulado respectivo en lo no objetado oportunamente. Es por esta razón que al no consistir el recurso presentado, sobre elementos propios de la modificación practicada por la Administración, el argumento del objetante se encuentra precluido, y bajo esa condición, el recurso en este extremo debe ser **rechazado de plano**. No obstante lo anterior, en punto a la posibilidad de impugnar el sistema de evaluación, remitimos nuevamente al objetante, a lo ya resuelto por este Despacho en la resolución R-DCA-210-2013 de fecha 22 de abril del año en curso, en donde atendiendo precisamente un recurso presentado por el mismo objetante, se aclararon los argumentos que hacen eventualmente procedente la impugnación de un sistema de evaluación en un cartel. **2)-Sobre los plazos para la publicidad del procedimiento:** Indica el objetante que el cartel de la Licitación fue publicado el día 16 de mayo del 2013, fijándose como fecha de recepción de ofertas el día 28 de mayo del mismo año, motivo por el cual se infringe lo dispuesto en el artículo 42 inciso f) de la Ley de Contratación Administrativa. La Administración señaló que el inicio del proceso fue publicado en La Gaceta N°57 del 21 de marzo del 2013, fijándose inicialmente como fecha de apertura el día 29 de abril del 2013, es decir, que entre la fecha de invitación y la de apertura inicialmente prevista, existió un plazo de 21 días hábiles. Ahora bien, derivado de los recursos de objeción presentados inicialmente, se debió ampliar la fecha de

apertura para el día 28 de mayo del 2013, según publicación efectuado en La Gaceta N°79 del 25 de abril del 2013 con la finalidad de esperar la resolución que atendiera dichos recursos. De ahí que, una vez notificada la resolución respectiva y analizadas las modificaciones y aclaraciones que se le debieron realizar al cartel en cuestión, en La Gaceta N°93 del 16 de mayo del 2013, se publicó el aviso de que se encontraban a disposición de los proveedores, las respectivas modificaciones, las cuales fueron debidamente remitidas a los interesados. De ahí que al no existir inconsistencia alguna en el procedimiento, solicita se declare sin lugar el recurso presentado. **Criterio de la División:** Sobre este aspecto, debe tomar en cuenta el recurrente, que la invitación al concurso fue practicada por medio de publicación realizada en el diario oficial La Gaceta en fecha 21 de marzo del 2013, con apertura prevista inicialmente para el día 29 de abril del mismo año, la cual fue prorrogada con posterioridad al 28 de mayo, con ocasión de los recursos de objeción presentados oportunamente, y resueltos por este órgano contralor, a través de la última resolución citada con anterioridad. Lo cual quiere decir, que no es como erróneamente lo menciona el recurrente, que el cartel de la contratación o invitación al concurso, fueron publicados hasta el 16 de mayo del 2013 con apertura para el día 28 del mismo mes y año, sino que esta última publicación en realidad correspondió a la comunicación de las modificaciones realizadas al cartel con motivo de la primera resolución dictada por este Despacho al atender los primeros recursos interpuestos, aspecto este que no supone la necesidad de otorgar un nuevo plazo mínimo de quince días hábiles para la apertura de ofertas, por no consistir estas variaciones, en modificaciones esenciales al objeto del contrato, en los términos previstos por el artículo 60 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, siendo necesario únicamente su comunicación con una antelación de tres días hábiles al momento de la apertura prevista de ofertas, como en efecto fue realizado. De ahí que el recurso en este extremo debe ser **rechazado de plano** por falta de fundamentación, al no demostrarse por el recurrente, la condición de esencialidad de la modificación, que ameritare el otorgamiento de un plazo de antelación mayor al indicado. **b)-Recurso de Sandra Alvarado Mondol: 1)-Sobre el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley de Contratación Administrativa:** Indica la objetante que desde la fecha de publicación del nuevo cartel a la fecha fijada como apertura de ofertas, no se ha cumplido con el plazo de quince días hábiles mínimo que exige el inciso f) del artículo 42 de la Ley de Contratación Administrativa. Por otra parte indica, que se ha violentado también el inciso g) de la misma norma, pues el cartel no dispuso la posibilidad de objetarlo cuando se considera que violen algunos de los principios generales de contratación o las disposiciones normativas aplicables, motivo por el cual el recurso debe acogerse en este extremo. La Administración señaló que dada la similitud del planteamiento de la

objetante, con el expuesto en el segundo punto del apartado anterior, este debe ser resuelto de la misma forma que lo señalado para este, motivo por el cual debe entenderse aplicada para este caso, la misma respuesta brinda para la atención de la objeción que sobre este mismo punto, presentó el objetante Echeverría Alfaro. **Criterio de la División:** Respecto al primer argumento de la objetante, relacionado con la omisión de la Administración de fijar un plazo de quince días hábiles para la apertura de ofertas, siendo que dicho argumento resulta coincidente con el tratado en el punto segundo del apartado anterior, se remite a la objetante a lo resuelto en ese extremo, motivo por el cual y por las mismas razones, se **rechaza de plano** el recurso. Ahora bien, en punto a la segunda argumentación establecida, en el sentido, que el cartel de la contratación no estableció expresamente la posibilidad de objetarlo, debe considerar la recurrente que más allá de la indicación que al efecto establece la normativa por ella señalada, el régimen recursivo en materia de contratación se encuentra integrada por normas propias sobre las cuales no puede alegarse desconocimiento por el solo hecho de no incorporarse expresamente su utilización en un cartel, no considerándose que esa omisión en su caso, pueda ocasionar un vicio en el procedimiento tramitado o en el contenido pliego cartelario, que en este caso adquiere mayor relevancia, no solo por el hecho de estar en presencia de un argumento precluido, pues en todo caso, este de considerarse un vicio sustancial, debió alegarse en la etapa procesal oportuna. Pero además, esa ausencia de indicación tampoco afectó que la objetante –y diríamos también otros potenciales proveedores en el proceso- presentara en tiempo el recurso de objeción que por la presente resolución se resuelve, motivo por el cual no existe lesión alguna a potenciales oferentes ni mucho menos, al procedimiento tramitado, lo que genera que el recurso en este extremo, deba ser **rechazado de plano**. 2)-**Sobre el sistema de evaluación:** Señala la objetante que la cláusula 9.2 del cartel referida al sistema de evaluación, expresa que se calificará con un puntaje de 80% la experiencia en la realización y participación en trámites de estudio, confección e inscripción de garantías para hipotecas y prendas, disponiendo que la calificación se realizará de forma escalonada por cantidad de casos tramitados, existiendo la inquietud respecto a qué debe entenderse por casos tramitados, pues no queda claro si una simple consulta sobre la constitución de una hipoteca y/o prenda debe tomarse como caso, o más bien se refiere a la autorización de escrituras en donde se otorguen hipotecas o prendas. Por otra parte expresa, que el sistema de evaluación de la forma dispuesta, valora dos veces la experiencia profesional, una por medio del otorgamiento de documentos notariales y la otra, a través de la cantidad de años del ejercicio del notariado, aspecto que considera ilegítimo y limitante de la participación, pues resulta claro que profesionales de mayor edad, tendrían ventaja para efectos del puntaje en este rubro. Aspecto que se agrava por el hecho de que el mismo cartel omite establecer un tope o límite para el

cómputo de esta experiencia, ni asigna puntaje en forma escalonada. Estima que la evaluación de esta experiencia debería consistir en la autorización de este tipo de actos y no solo por años de habilitación, pues se desconoce la experiencia efectiva en el tema así como la actualización que muchos profesionales han recibido, algunos incluso a nivel de maestrías. Por lo anterior, solicita se declara con lugar la objeción presentada, a efecto que se permita la participación y evaluación de oferentes en igualdad de condiciones.

La Administración señaló que al igual que el caso del anterior objetante, los puntos cuestionados se encuentran también precluidos, ya que se dirige a cuestionar los porcentajes asignados en la evaluación, aspecto que no ha sufrido modificación que habilite la discusión en este momento. Al respecto debe tomarse en cuenta que el sistema de evaluación únicamente sufrió modificación en punto a precisar que la experiencia requerida en confección y trámite de garantías, se encuentra referida a hipotecas y prendas, y además, se varió el requisito de experiencia inicialmente solicitado de años de incorporación como notario público, por años de experiencia en el ejercicio como notario público, manteniéndose invariable los demás puntos de experiencia del cartel. Por otra parte, y en punto a la consulta que plantea la objetante en torno a qué debe entenderse por “casos”, debe precisarse que el cartel es claro en indicar que se trata de estudios, confección e inscripción de garantías para hipotecas y prendas. En otro orden, la Administración indicó que no existe en todo caso violación alguna en la valoración de la experiencia profesional, ya que no es lo mismo haber realizado diversos trámites de garantías para hipotecas y prendas, que tener años de experiencia en el ejercicio como notario público, ya que puede darse el caso que un profesional se encuentre autorizado como notario pero no posea experiencia en la materia que le interesa a la licitante. De ahí que con el sistema de evaluación propuesto, se garantiza que la adjudicación recaerá en el profesional que cuenta con la mayor experiencia tanto en casos como en años de autorización para su ejercicio. Motivo por el cual estima, que el recurso de la objetante en este extremo, debe ser declarado sin lugar. **Criterio de la División:** En punto al primer cuestionamiento que realiza la objetante en este extremo, respecto a qué debe entenderse como “casos” para efectos de la asignación de puntaje en la línea N°2 de la cláusula 9.2 del cartel, considera este Despacho que ello obedece una aclaración que conforme las reglas del artículo 172 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, debe ser atendida por la propia Administración, la cual en todo caso se refirió a dicho tema, en la atención de la audiencia especial conferida, motivo por el cual el recurso en este extremo debe ser **rechazado de plano**. Ahora bien, sobre el segundo extremo del recurso en este apartado, la objetante considera que el cartel resulta ilegítimo por valorar dos veces para la línea 2 la experiencia profesional, al evaluarse la cantidad de años en el ejercicio del notariado (20%) y por otro, la experiencia específica en emisión y tramitación de ciertos

documentos notariales. Sobre este tema, si bien podría considerarse igualmente precluido el argumento, la modificación que realiza la Administración tiene que ver precisamente con los años de experiencia en el ejercicio del notariado (anteriormente se contabilizaba por medio de la incorporación al Colegio de Abogados), con lo cual si bien no varía esencialmente la forma de asignar puntaje, sí establece un computo diferente (a partir de la habilitación por la Dirección Nacional de Notariado) para efectos del cumplimiento del requisito, lo cual al encontrarse vinculado con el argumento de la objetante, puede considerarse presentado como una objeción contra la modificación realizada. Bajo este escenario no obstante, en nuestra resolución R-DCA-210-2013 citada, se indicó que para objetar algún componente del sistema de evaluación, debe acreditarse por parte del recurrente que los requisitos o factores de ponderación dispuestos, resultan desproporcionados, intrascendentes, no pertinentes o que el sistema como un todo resulte inaplicable. En el caso en cuestión lo que la objetante señala es que notarios de más edad –y eventualmente con mayor años de ejercicio-, podrán obtener un mayor puntaje en los años de experiencia, aspecto que este órgano contralor no considera per se incorrecto, por el hecho que profesionales más jóvenes no logren acreditar una cantidad de tiempo mayor. Al respecto nótese que el sistema de evaluación se encuentra definido bajo un accionar discrecional de la Administración, de tal forma que este se encuentra diseñado para seleccionar el oferente idóneo de cara a la necesidad institucional por satisfacer, pero no debe volcarse hacia una satisfacción de un perfil profesional o personal determinado, de forma que en el tanto ese sistema no vulnere principios propios de la contratación administrativa o bien las características propias –ya mencionadas- que lo hacen legítimo, no podría cuestionarse su validez, por el hecho que un perfil profesional determinado no se ajuste a esos requerimientos, argumento que además tampoco es claramente acreditado y se supedita más que todo a presunciones no demostradas. Por otra parte, tampoco encuentra este Despacho que se evalúe en más de una vez el mismo requisito tal y como lo señala la objetante, pues por medio del primero se evalúa una experiencia general en el campo del notariado –lo que incluso habilita una mayor participación- y por medio de la segunda la experiencia específica en el campo que se requiere, aspecto este que además de no albergar inconsistencia, posee la condición de encontrarse precluido, al no argumentarse en el momento oportuno. De ahí que el recurso en este extremo, debe ser **rechazado de plano. Consideraciones de oficio:** No obstante lo resuelto respecto a los recursos de objeción presentados, este Despacho debe efectuar la observación a la Administración respecto a dos puntos de interés citados en nuestra resolución R-DCA-210-2013 del 22 de abril del 2013. El primero de ellos, tiene que ver con la observación realizada en torno al criterio de desempate definido en la cláusula novena del cartel, lo anterior por cuanto si bien es

cierto el recurso de los objetantes en ese momento fueron rechazados de plano, sí se hizo la indicación a la Administración en punto a la necesidad de precisar con mayor claridad en el pliego de condiciones, lo relacionado con la celebración de la audiencia de desempate, especialmente por cuanto la cláusula dispone que en caso de no presentarse las partes esta siempre podría celebrarse, lo cual advertimos resultaba inconsecuente pensar en celebrar dicha diligencia sin la presencia de los oferentes en empate –al menos sin constatarse la existencia de una causa justificada- motivo por el cual se solicita revisar y ajustar en lo conducente dicha disposición. No obstante, de las modificaciones practicadas por la Administración e incorporadas en el cartel observamos, que dicha disposición en el punto indicado permanece sin cambios, sin que exista una razón expresa de la Administración para mantenerla de esa forma, motivo por el cual la licitante deberá realizar la revisión y en su caso precisar el contenido de dicha cláusula, tal y como fue señalado. El segundo aspecto, se encuentra relacionado con lo dispuesto en la cláusula 2.3 actual, la cual modifica la 2.32 original, relacionado con la posibilidad de ceder los derechos y obligaciones derivados del contrato. En la resolución antes indicada, se estableció el deber de la Administración de ajustar dicha cláusula de acuerdo con las regulaciones propias de la cesión de contratos contenidas en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, siendo que, de la forma originalmente prevista, se estableció la posibilidad de “delegar” el objeto del contrato en un sustituto sin estar claras las reglas de aplicación. Sin embargo, de la modificación propuesta observa nuevamente este Despacho, que la Administración plantea una especie de delegación o cesión temporal de las obligaciones del profesional contratado, aspecto claramente contrario de las regulaciones que en la legislación aplicable se encuentran, por lo que en atención a lo anterior, deberá nuevamente la Administración proceder a la revisión de dicha cláusula con la finalidad de lograr su ajuste conforme lo dispuesto en la resolución inicial. Bajo este concepto, en casos extremos de imposibilidad del profesional de continuar con la ejecución del contrato, bien podría regular el cartel la cesión a un tercero o bien, la asignación del o los casos en trámite afectados, a alguno de los otros profesionales contratados para ese mismo efecto, todo lo cual deberá ser debidamente regulado en el pliego de condiciones.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo señalado en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política; 28, 30, 34 y 37, inciso 3), de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República; 81 de la Ley de Contratación Administrativa y 170 y 172 de su Reglamento **se resuelve: 1)-Rechazar de plano** los recursos de objeción interpuestos por los señores **Carlos Alberto Echeverría Alfaro y Sandra Alvarado Mondol cc Sandra Mondol Zumbado**, contra las modificaciones al cartel de la **Licitación Pública**

N°2013LN-000001-JUDESUR, promovida por la Junta de Desarrollo Regional de la Zona Sur de la provincia de Puntarenas, para la contratación de profesionales en derecho. **2)**-Proceda la Administración con la revisión y modificación de los aspectos que de oficio han sido señalados en la presente resolución. **3)-Se da por agotada la vía administrativa. NOTIFÍQUESE-----**

Lic. Elard Gonzalo Ortega Pérez

Gerente Asociado

Lic. Edgar Herrera Loaiza

Fiscalizador

EHL/chc
NI: 11600, 11606, 12158, 12518
NN:05355 (DCA-1238)
G: 2013001097-2