

R-DCA-639-2013

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa. San José, a las diez horas del once de octubre de dos mil trece. -----

Recursos de apelación interpuestos por **MarianaS Catering Service, S.A.** y por **Fabiola Bustamante Marín** en contra del acto de adjudicación de la **Licitación Pública 2013LN-000006-85001**, promovida por el **Tribunal Supremo de Elecciones** para concesión del espacio para la explotación del servicio de soda en las oficinas centrales, recaído a favor del consorcio conformado por **Inmed International Suppliers, S.A., Osmín Vargas Mora y Jozabad Aarón Vargas Mora.** -----

RESULTANDO

I.- Que mediante recursos de apelación presentados oportunamente ante este órgano contralor se impugna el acto de adjudicación de la referida licitación pública 2013LN-000006-85001. La empresa MarianaS Catering Service, S.A. señala incumplimientos a la oferta del adjudicatario, y la apelante Fabiola Bustamante Marín, alega haber sido descalificada indebidamente, puesto que ella cumple con todos los requerimientos cartelarios de admisibilidad. -----

II.- Que mediante auto de las ocho horas del treinta de setiembre del dos mil trece esta División solicitó el expediente administrativo al Tribunal Supremo de Elecciones.-----

III. Que mediante oficio PROV-1018-2013, la Administración licitante remitió el expediente solicitado.---

IV.- Que la presente resolución se dicta dentro del término de ley, habiéndose observado durante su trámite las prescripciones legales y reglamentarias pertinentes. -----

CONSIDERANDO

I.- HECHOS PROBADOS: Para la resolución del presente asunto, se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** Que el Tribunal Supremo de Elecciones promovió la Licitación Pública 2013LN-000006-85001, para concesión del espacio para la explotación del servicio de soda en las oficinas centrales de ese Tribunal (Ver publicación en el diario oficial La Gaceta N° 181 del 20 de setiembre del 2013, a folio 79 del expediente de apelación) **2)** Que en el análisis legal de las ofertas, de las catorce horas con treinta y cuatro minutos del veintiocho de junio de dos mil trece, se indicó: *“Oferta número 1 Fabiola Bustamante Marín: / Esta oferta se deberá **DESCALIFICAR**, ya que no cumple con el siguiente requisito de admisibilidad: “...aportar al menos tres cartas que indiquen el desempeño favorable en la administración y/o explotación del servicio en instituciones públicas o privada(s) y con capacidad de brindar el servicio al menos a 300 personas por día. Deberá indicarse también el fiel cumplimiento a las obligaciones contraídas en el contrato. Las cartas deberán ser de servicios brindados en los últimos 8 años (sea del 2005 en adelante)...”.* El destacado no es del original. Al respecto solo

consta una carta". (Ver documento del expediente administrativo digital denominado "Análisis legal de las ofertas.pdf" y folios 57 y 58 del expediente administrativo que fue remitido a este Despacho).-----

II.- SOBRE LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO PRESENTADO POR FABIOLA BUSTAMANTE MARÍN:

Manifiesta la recurrente que discrepa de la inadecuada interpretación que se plasma en el estudio legal de las ofertas, al punto II) inciso e) del pliego de condiciones. Señala que la experiencia a la que hace referencia el punto anterior, se refiere al punto II) inciso d) que establece que la experiencia mínima del oferente (persona física o jurídica) debe ser de 8 años en actividades de soda, cafetería o restaurante, por lo que lo importante es el total de años de experiencia ya que es lo que garantiza a la Administración que se cuente con un amplio conocimiento en la administración del tipo de servicio requerido por el Tribunal Supremo de Elecciones. Indica que su oferta no incumple ningún aspecto esencial del pliego de condiciones, ya que lo esencial es demostrar la experiencia a partir de un mínimo de años y no necesariamente una, dos o más cartas. Además igualmente indica entonces que las cartas son un medio y no un fin en sí mismo, por lo que se equivoca el análisis legal de la Administración al considerar las 3 cartas un fin en sí mismo, olvidando que lo importante en los procesos de contratación administrativa es procurar la conservación de la oferta. Agrega que su oferta es la que ofrece un menor precio y tiene más de los 8 años requeridos como mínimos de experiencia en brindar los servicios de alimentación. Señala que lo que realmente interesa, no es que los interesados entreguen muchas cartas de recomendación, sino que cuenten con la mayor cantidad de años de brindar el servicio, lo que se aprecia en el pliego de condiciones cuando indica que las cartas se solicitan con el único objetivo de "respaldar la experiencia positiva en el manejo del servicio solicitado" (punto II, inciso e) del pliego de condiciones).

Criterio para resolver: De conformidad con el numeral 86 de la Ley de Contratación Administrativa (LCA), la Contraloría General tiene fijado un plazo de 10 días hábiles para proceder a la tramitación o rechazo del recurso de apelación. Por otra parte, el artículo 180 inciso b) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), señala como uno de los supuestos para rechazar de plano por improcedencia manifiesta un recurso de apelación, el que 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. En caso concreto, la Administración estableció en el pliego de condiciones lo siguiente: *"II Admisibilidad (...) d) La experiencia mínima del oferente (persona física o jurídica) debe ser de 8 años en actividades de soda, cafetería o restaurante. Se debe aportar declaración jurada que demuestre su experiencia en este tipo de servicios. e) Asimismo, y a fin de*

respaldar la experiencia positiva en el manejo del servicio solicitado, el oferente deberá aportar al menos tres cartas que indique el desempeño favorable en la administración y/o explotación del servicio en instituciones públicas o privada(s) y con capacidad de brindar el servicio al menos a 300 personas por día. Deberá indicarse también el fiel cumplimiento a las obligaciones contraídas en el contrato. Las cartas deberán ser de servicios brindados en los últimos 8 años (sea del 2005 en adelante)". (páginas 2 y 3 del cartel de la Licitación Pública N° 2013LN-000006-85001). La Administración al realizar el análisis legal de las ofertas, indica que la oferente Fabiola Bustamante Marín, no cumple con el requisito de las 3 cartas que eran solicitadas en el pliego de condiciones para acreditar la experiencia positiva en el manejo del servicio solicitado, por lo que procede a descalificar dicha plica (hecho probado 2). Ante esto, la recurrente alega que el requisito de la cantidad de cartas no es relevante por el tema de fondo, debido a que lo realmente importante en cuanto a dicho requisito es tener 8 años de brindar el servicio, el cual según su apreciación es el objeto de esta contratación. Al realizar una lectura de los requisitos de admisibilidad, se logra apreciar que si bien entre los requisitos d) y e) existe cierta similitud y ambos tienen que ver con la experiencia del oferente, dichos requerimientos no corresponden a lo mismo, ni es posible subsumir uno en el otro y considerar que por cumplir con uno, carece de importancia el cumplimiento del otro. El requisito indicado en el inciso d) de admisibilidad antes transcrito, señala la experiencia mínima que deben tener los oferentes en las actividades de soda, cafetería o restaurante y dicho requisito debía ser acreditado a través de una declaración jurada. Por su parte, el requisito del inciso e) hace referencia a la forma de acreditar la experiencia positiva que indique un desempeño favorable en la administración y/o explotación del servicio en instituciones públicas o privadas y con capacidad de brindar el servicio al menos a 300 personas por día, es decir, este requerimiento ya no era solo para demostrar un tiempo en el ejercicio de una actividad, sino para demostrar la forma en que se desempeñó el oferente prestando el servicio. Lo anterior encuentra sustento normativo en lo regulado en el numeral 56 del RLCA, que dice: *"Cuando la Administración, solicite acreditar la experiencia, se aceptará en el tanto ésta haya sido positiva, entendida ésta, como los bienes, obras o servicios recibidos a entera satisfacción, debiendo indicar el cartel la forma de acreditarla en forma idónea. Igual regla se seguirá cuando se trate de experiencia obtenida en el extranjero."* Ahora bien, en el caso particular se observa que el requisito del pliego de condiciones se encuentra consolidado, ya que en caso de que un oferente considere que algún requisito cartelario es excesivo, innecesario o viola el ordenamiento jurídico, puede acudir al recurso de objeción en el momento procesal oportuno. No resulta entonces procedente, que al interponerse el recurso de apelación se reabran discusiones sobre cláusulas cartelarias, por cuanto tal debate se encuentra

precluido. En cuanto a la preclusión, la doctrina señala: *“Está representado por el hecho de que las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, mediante la clausura definitiva de cada una de ellas, impidiéndose el regreso a etapas y momentos procesales ya extinguidos y consumados. La preclusión es la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal.”* (PACHECO, Máximo, Introducción al Derecho, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976, p. 263). De frente a lo que ha sido expuesto, se evidencia que no lleva razón la apelante cuando en su acción recursiva señala que *“... lo esencial es demostrar la experiencia a partir de un mínimo de años y no necesariamente una, dos o más cartas”*, ya que no es posible desvirtuar el cumplimiento de uno de los requisitos cartelarios establecidos como de admisibilidad de las ofertas y que, como ha sido expuesto, regulan situaciones diferentes. Cabe señalar adicionalmente que la apelante con su recurso no aporta las cartas que la Administración echa de menos, ni hace el ejercicio para acreditar que de ser admisible su propuesta, corriendo el sistema de evaluación, podría resultar ganadora del concurso. Y esto es así por cuanto el sistema de valoración de ofertas estaba conformado por varios factores como los son el precio del plato del día con 30%, el precio de los casados 30%, el precio de la lista de productos 20% y la experiencia adicional 20%. Así las cosas, siendo que el sistema de evaluación además del precio contemplaba la experiencia adicional, no basta con señalar que su oferta presentaba el menor precio. Así las cosas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 180 del RLCA se impone el rechazo de plano por improcedencia manifiesta del recurso incoado, por cuanto la apelante no logra acreditar su mejor derecho para la adjudicación del concurso, dado que su propuesta resulta inelegible. -----

III. RECURSO PRESENTADO POR MARIANAS CATERING SERVICE, S. A.: De conformidad con lo establecido en los artículos 1 y 86 de la Ley de Contratación Administrativa, el numeral 182 del Reglamento a dicha Ley y el artículo 9 del Reglamento de Notificaciones de los productos que emite la División de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República y por acuerdo del órgano colegiado se admite para su trámite el recurso interpuesto (que consta de folios 01 al 78 del expediente de apelación que se encuentra disponible para consulta de los interesados). Se confiere **AUDIENCIA INICIAL**, por el improrrogable plazo de **10 DÍAS HÁBILES** contados a partir del día siguiente a la notificación del presente auto, al **TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES** y a la empresa adjudicataria consorcio conformado por **INMED-PBR** conformado por **Inmed International Suppliers, S.A., Osmín Vargas Mora y Jozabad Aarón Vargas Mora**, para que manifiesten por escrito lo que a bien tengan, con respecto a los alegatos formulados por la empresa recurrente en el escrito de interposición del recurso y del mismo modo, para que aporten u ofrezcan las pruebas que estimen

oportunas y señalen medio para recibir notificaciones. Se les indica a la Administración y el adjudicatario que con esta resolución se les remite copia del escrito de apelación, no así los anexos al mismo, los cuales se encuentran visibles a folios 12 al 78, del expediente de apelación, el cual puede ser consultado en la División de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República. Asimismo, se devuelve a la Administración el expediente administrativo de la licitación recurrida para lo correspondiente a la contestación del recurso incoado, sin embargo con su respuesta a la presente audiencia deberá remitir nuevamente a este Despacho el expediente del concurso. Además, deberá la Administración remitir a este Despacho, las piezas o documentos relacionados con este concurso que se reciban con posterioridad al nuevo envío del expediente, para que formen parte de éste.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184, de la Constitución Política; artículos; 86 y 88 de la Ley de la Contratación Administrativa, 174, 180 y concordantes del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, **SE RESUELVE: Rechazar de plano, por improcedencia manifiesta**, el recurso de apelación interpuesto por **Fabiola Bustamante Marín** en contra del acto de adjudicación de la **Licitación Pública 2013LN-000006-85001**, promovida por el **Tribunal Supremo de Elecciones** para concesión del espacio para la explotación del servicio de soda en las oficinas centrales, recaído a favor del consorcio conformado por **Inmed International Suppliers, S.A., Osmín Vargas Mora y Jozabad Aarón Vargas Mora. 2) Admitir** y dar la audiencia inicial por el plazo indicado, el recurso presentado por la empresa **MarianaS Catering Service, S.A.** en contra del acto de adjudicación de la citada Licitación Pública 2013LN-000006-85001. -----
NOTIFIQUESE. -----

Germán Brenes Roselló
Gerente de División

Marco Vinicio Alvarado Quesada
Gerente Asociado

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada