

R-DCA-0191-2017

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las nueve horas treinta y cinco minutos del veintitrés de marzo del dos mil diecisiete. -----

Recurso de objeción interpuesto por el señor **MAURICIO BENAVIDES CHAVARRÍA** en contra del cartel de la **LICITACION PUBLICA No. 2017LN-000001-01**, promovida por la **MUNICIPALIDAD DE PARRITA** para la contratación de *“Abogados para cobro judicial”*.-----

RESULTANDO

I. Que el objetante Mauricio Benevides Chavarría, presentó en fecha 09 de marzo de 2017 recurso de objeción contra el cartel de la citada licitación. -----

II. Que mediante auto de las ocho horas del quince de marzo de dos mil diecisiete se otorgó audiencia especial a la Administración licitante respecto al recurso de objeción. Dicha audiencia fue atendida mediante el oficio No. GA-DP-078-2017 del 20 de marzo de 2017.-----

III. En el procedimiento se han observado la disposiciones legales respectivas.-----

CONSIDERANDO

I. Sobre el fondo del recurso. 1) Criterio de desempate. Expone la objetante que según el artículo 55 bis del Reglamento a la Ley de la Contratación Administrativa el primer criterio de desempate debe ser el que el oferente demuestre que ostenta la condición de Pequeñas y Medianas Empresas (Pymes) en la actividad objeto del presente concurso. Por lo que el cartel no establece ni siquiera éste criterio de desempate. Afirma que el pliego cartelario no consideró en su articulado un procedimiento de desempate que permita a la Administración licitante obtener la oferta que más se ajuste al interés público, va que en caso de empate el cartel no tiene mayor rigurosidad en cuanto a la elección de los oferentes dejando prácticamente la decisión a resolver con el azar. Considera que se pueden incluir otros aspectos de desempate sin variar el sistema de evaluación del cartel, para lo que sugiere los siguientes: a) la oferta con más años de experiencia como abogado en cobro judicial en instituciones municipales o entes públicos no financieros, b) en caso de persistir el empate la oferta que tenga mayor número de referencias de instituciones financieras públicas o privadas registrados-fiscalizados en la base de datos de la SUGEF o entes públicos no financieros y c) el azar. Manifiesta que es indispensable que la Administración prevea antes del azar, criterios objetivos de selección donde se busque seleccionar al oferente más competente para el cumplir el objeto del contrato. Considera que se deben ampliar dichos conceptos para evitar ambigüedades. Menciona que es

muy probable que exista empate y se tengan que utilizar estos criterios de desempate y que el cartel no es claro en la forma de proceder caso de que tres oferentes se encuentren empatados. Por su parte, **la Administración** indica que mediante publicación en el Diario Oficial La Gaceta No. 50 del 10 de marzo de 2017 se dio aviso de la modificación al cartel de la presente licitación con la cual se adicionó una cláusula de desempate, misma que textualmente indica: *“Conforme al artículo 55 bis del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa se considerará como factor de evaluación de desempate para la contratación una puntuación adicional a las PYME que demuestren su condición ante la Municipalidad de Parrita. Para ello, deberán presentar con su oferta la certificación emitida por el Ministerio de Economía Industria y Comercio que los acredite como tal. Puntuación adicional: PYME de industria 5 puntos PYME de servicio 5 puntos PYME de comercio 2 puntos. En caso de que el empate persista se definirá en el siguiente orden lo que suceda primero: 1. Se adjudicará a quien haya demostrado mayor experiencia específica en cobro judicial. 2. Se adjudicará a quien haya demostrado mayor experiencia profesional. 3. Se depositará en un sobre el nombre impreso de cada oferente posteriormente se procederá a sacar del sobre, al azar, el papel con el nombre del oferente a adjudicar. Las demás condiciones y términos del cartel permanecen invariables.”.* **Criterio de**

la División: A) De la ausencia de cláusula de desempate: Como punto de partida se debe indicar que el recurso de objeción al cartel es el medio por el cual los interesados en participar en un concurso público, solicitan modificar el pliego de condiciones señalando las infracciones precisas que se le imputan al cartel con señalamiento de las violaciones a los principios fundamentales de la contratación administrativa o en general el quebranto de disposiciones expresas del ordenamiento que regula la materia, ello en los términos exigidos por el artículo 178 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA). En el caso concreto se tiene por demostrado que la Administración procedió a modificar el pliego de condiciones incluyendo una cláusula de desempate que textualmente indica: *“Conforme al artículo 55 bis del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa se considerará como factor de evaluación de desempate para la contratación una puntuación adicional a las PYME que demuestren su condición ante la Municipalidad de Parrita. Para ello, deberán presentar con su oferta la certificación emitida por el Ministerio de Economía Industria y Comercio que los acredite como tal. Puntuación adicional: PYME de industria 5 puntos PYME de servicio 5 puntos PYME de comercio 2 puntos. En caso de que el empate persista se definirá en el siguiente orden lo que suceda primero: 1. Se adjudicará a quien haya demostrado mayor experiencia específica en cobro judicial. 2. Se adjudicará a quien haya demostrado mayor experiencia profesional. 3. Se depositará en un sobre el nombre impreso de cada oferente posteriormente se procederá a sacar del sobre, al azar, el papel con el nombre del oferente a adjudicar.*

Las demás condiciones y términos del cartel permanecen invariables.” y que fue publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 50 del 10 de marzo de 2017 (folio 63 al 65 del expediente de objeción) por lo que el punto objetado como infringido ya fue modificado por la Administración incluyendo en el cartel una cláusula de desempate, careciendo entonces de interés actual el referirse a la necesidad de incluir esta cláusula en el cartel objetado. Conforme lo expuesto, se **rechaza de plano** el recurso en este extremo por falta de interés actual, considerando que ya ha sido modificado el punto. **B) Metodología y factores de desempate:** A efecto de abordar este tema resulta indispensable referirnos al artículo 55 RLCA que al efecto dispone: *"En aquellos objetos susceptibles de empate, deberán fijarse cláusulas de desempate, y en caso de que aquél persista, definirá la suerte. En este último supuesto, si el cartel no definiere otro método, se convocará a los oferentes cuyas propuestas obtienen la misma puntuación a un lugar, hora y fecha determinados para seleccionar la oferta ganadora. De todo ello se levantará un acta que será suscrita por los asistentes al evento, y posteriormente se adoptará el acto de adjudicación."*, sobre este mismo tema el artículo 55 bis del RLCA señala lo siguiente: *"Se considerará como factor de evaluación de desempate para la contratación, una puntuación adicional a las PYME que han demostrado su condición a la Administración según lo dispuesto en el presente reglamento, la Ley 8262 y sus reglamentos. En caso de empate, las Instituciones o Dependencias de la Administración Pública, deberán incorporar la siguiente puntuación adicional: PYME de industria 5 puntos, PYME de servicio 5 puntos, PYME de comercio 2 puntos. En caso de que el empate persista se definirá por lo dispuesto según el presente reglamento o el cartel respectivo."* De la lectura de ambos artículos se desprende con toda claridad que la aplicación de las cláusulas de desempate quedan sujetas o condicionadas a que el resultado de la calificación final de los oferentes, ya admitidos, sea idéntica y que por esa razón sea necesario buscar un método que permita el dictado del acto de adjudicación. De esa forma, en tales condiciones se ha cumplido con los requisitos de admisibilidad y luego valoradas las ventajas comparativas entre ofertas conforme el sistema de evaluación, si se llega a un escenario de empate, es claro que cualquiera de las ofertas resulta idónea para atender el interés público, lo que no exime de la definición de cláusulas para desempate que agreguen valor en relación con el objeto del concurso para la mejor atención del interés público. De esa forma, los criterio de desempate no limitan de modo alguno la participación ni la selección de oferentes pues ya para esa etapa del concurso se ha superado el filtro de admisibilidad de las ofertas y aplicado el sistema de evaluación. En cuanto a la metodología y factores que permitan romper eventuales casos de empate, el artículo 55 del RLCA señala la necesidad de fijar cláusulas cartelarias para desempate, sin embargo, el artículo 55 bis del mismo RLCA sí define de forma clara como

factor de desempate el que los oferentes ostenten la condición de Pequeña y Mediana Empresa (PYME), estableciendo parámetros claros y concretos, ya citados, de la puntuación adicional que recibirían los oferentes con condición PYME en caso de un eventual empate; por lo que cualquier fijación de parámetros por la Administración debe seguir a la voluntad fijada por el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. De acuerdo con ello, la Administración procedió a modificar el cartel incluyendo una cláusula de desempate conforme con lo dispuesto en el artículo 55 bis del RLCA, modificación publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 50 del 10 de marzo de 2017 (folio 63 al 65 del expediente de objeción), por lo que se entiende que el criterio de desempate se ajusta al ordenamiento jurídico, sin menoscabo de otros que puede eventualmente incluir. Sobre los requerimientos específicos que hace el recurrente respecto de eventuales criterios, estima este órgano contralor que la determinación de los factores de desempate forman parte de la esfera discrecional de la Administración y se deben fijar en atención al objeto y necesidades de la Administración, por lo que en ese sentido se **declara sin lugar** el recurso en este punto, sin perjuicio de las prerrogativas de modificación que pueda ejercer la Administración conforme al artículo 60 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. **2) Sistema de Evaluación.** Argumenta el objetante que la Municipalidad de Pérez Zeledón recientemente utilizó para uno de sus carteles un sistema de calificación que se entiende sugiere sea utilizado por la Municipalidad de Parrita para el concurso objetado. En cuanto al sistema de evaluación la Administración señala que considera que el mismo es adecuado para la escogencia de un oferente que satisfaga el fin público perseguido por esa Municipalidad pues evalúa la mayor experiencia como profesional y con cobro judicial y por ello decide mantenerlo sin variaciones. Criterio de la División: En primera instancia resulta importante indicar que las cláusulas cartelarias de evaluación por sí mismas no limitan la participación de ningún potencial oferente, en el sentido de que se trata de ponderar ventajas comparativas con el objetivo de seleccionar la oferta más conveniente para el interés público. De manera que, esta Contraloría General ha reconocido que una cláusula de calificación solamente puede ser objetada en el tanto la misma resulta desproporcionada, inaplicable o intrascendente, de manera que el objetante tiene la obligación de fundamentar para demostrar alguna de las condiciones citadas, para proceder a su modificación. En el presente caso se observa que el objetante plantea reformular aspectos al sistema de evaluación, a pesar de que como se ha reiterado por este órgano contralor la definición de los parámetros de evaluación es una decisión discrecional de la Administración en el marco siempre y cuando genere una

ventaja comparativa, es decir, resulte trascendente de frente al objeto o la necesidad de la Administración. No obstante, lo cierto es que el objetante no realiza el ejercicio argumentativo necesario para lograr demostrar que los factores de evaluación seleccionados por la Administración no agregan valor de frente al objeto contractual como para eliminarlo o modificarlo (trascendencia), ni se cuestiona su proporcionalidad o aplicabilidad (metodología). Ahora bien, la referencia a otro cartel de otra administración en nada podría vincular a la Administración promovente, porque las necesidades y particularidades de cada concurso pueden ser diferentes pese a que coincida el objeto contractual. Conforme lo expuesto, se hace necesario **declarar sin lugar** el recurso en este punto.-----

POR TANTO

En virtud de lo expuesto y con fundamento en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 81 de la Ley de la Contratación Administrativa y 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa: **SE RESUELVE: Declarar sin lugar** el recurso de objeción interpuesto por el señor **MAURICIO BENEVIDES CHAVARRÍA** en contra del cartel de la **LICITACION PUBLICA No. 2017LN-000001-01**, promovida por la **MUNICIPALIDAD DE PARRITA** para la contratación de *“Abogados para cobro judicial”*.-----
NOTIFÍQUESE. -----

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

David Venegas Rojas
Fiscalizador

DVR/chc
 NI: 6510, 6511, 6568, 7355.
 NN: 03580 (DCA-0671)
 Cl: Archivo central
 G: 2017001369-1