

R-DCA-0324-2017

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las catorce horas veinticuatro minutos del veintidós de mayo de dos mil diecisiete.--

Recursos de objeción interpuestos por las empresas **GRUPO PASA DE COSTA RICA S.A.** y **EMPRESAS BERTHIER EBI DE COSTA RICA S.A.**, contra el cartel de la **Licitación Pública N°2017LN-000001-0015499999**, promovida por la **Municipalidad de San José**, para el servicio de alquiler por demanda de vehículos recolectores con operador y combustible (línea 1: diez camiones recolectores de 19 m3 y Línea 2: dos camiones recolectores de 15 m3.-----

RESULTANDO

I. Que Empresas Berthier EBI de Costa Rica S.A. y Grupo Pasa de Costa Rica S.A. presentaron recursos de objeción en contra del cartel de referencia, en fecha 8 y 9 mayo del año en curso, respectivamente.-----

II. Que mediante auto del nueve de mayo del dos mil diecisiete, se otorgó audiencia especial a la Administración licitante, respecto del recurso de Empresas Berthier EBI de Costa Rica S.A. ---

III.- Que mediante auto del diez de mayo del año en curso, se otorgó audiencia especial respecto al recurso presentado por Empresas Berthier EBI de Costa Rica S.A. y se acumula el recurso interpuesto por la empresa Grupo PASA de Costa Rica S.A. -----

IV.- Que las audiencias concedidas fueron atendidas mediante oficio N° DRMS-0803 del 12 de mayo del 2017 suscrito por el señor Marco A. Castro Camacho, Jefe del Departamento de Recursos Materiales y Servicios de la Municipalidad de San José. -----

V.- Que en el procedimiento se han observado las disposiciones legales respectivas. -----

CONSIDERANDO

I. Sobre el fondo de los recursos. i) Recurso de objeción presentado por GRUPO PASA DE COSTA RICA S.A. Señala **la objetante** su oposición contra la modificación al cartel de la Licitación Pública N° 2017LN-000001-0015499999, pese a que indica que al momento de su presentación no ha sido publicada en el Diario Oficial La Gaceta, tal como lo ordena el artículo 42 inciso d) de la Ley de Contratación Administrativa, siendo de su conocimiento el cambio con ocasión del estado del concurso en Mer- Link, ante lo cual señala que aún así la impugnación se presenta en tiempo y forma. **1.-Violación de derechos fundamentales en el sistema de evaluación:** Señala **la objetante** que en el apartado "*EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS*" de la

nueva versión del cartel, en su punto "a. *Experiencia Positiva*" se indica que "Se calificará con 10%, al oferente que acredite mayor cantidad de contratos de la misma naturaleza (alquiler de camión recolector con operador y combustible), cuyo plazo del servicio no haya sido menor a seis meses, en los últimos 10 años, previos a la fecha de apertura de ofertas. Para lo cual debe presentar declaración jurada ante notario público debidamente protocolizada donde se indique la Empresa Privada o Institución Pública a la que fue ofrecido el servicio a satisfacción y no se le hayan imputado faltas o sanciones, con fecha y documento que respalde la acreditación del servicio." Al respecto indica que si bien la Municipalidad agregó un elemento fundamental en la ponderación de ofertas (experiencia positiva); al hacerlo, incurrió en una violación de derechos fundamentales al restringir el principio de presunción de inocencia dispuesto en el artículo 39 de la Constitución Política: "A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad. (...)" En ese sentido trae a estudio una serie de votos relacionados con al análisis que hace la Corte Suprema de Justicia, en particular la Sala Constitucional, respecto a este principio. De los votos No. 09966-10 y No. 01052-09 se desprende: 'El Principio de la inocencia: (...), se deriva del artículo 39 de la Constitución, en cuanto éste requiere la necesaria demostración de culpabilidad. Ninguna persona puede ser considerada ni tratada como culpable mientras no haya en su contra una sentencia conclusiva firme, dictada en un proceso regular y legal que lo declare como tal después de haberse destruido o superado aquella presunción' Asimismo la Sala Constitucional en el voto salvado de los Magistrados Jinesta y Calzada de la sentencia No. 02992-13, del año 2013 indicaron: "(...), en un Estado constitucional de Derecho cualquier persona que sea indiciada o procesada se presume inocente hasta tanto no se demuestre lo contrario, en virtud de sentencia firme y pasada en autoridad de cosa juzgada material, (...)." Así las cosas, indica que aunque este principio se asocie con la potestad punitiva del Estado, el mismo se puede extrapolar a otras áreas del ordenamiento jurídico para brindar esta protección en términos más amplios, tal como se señala en voto No. 15712-16: "El principio de presunción de inocencia y su correlativo de no presunción de culpabilidad, son principios de carácter sistémico que tienen sus correspondientes trascendencias sectoriales -en lo penal, lo tributario, y lo sancionatorio en general-. Como tales, informan no sólo la adopción de normativa general y particular, sino también la actuación material de la administración, de forma que lo actuado, o las normas dictadas, tienen imposibilidad de contradecir el contenido de dichos principios." Así las cosas, el

principio de inocencia protege al individuo ante cualquier proceso sancionatorio en general. También mediante votos de la Sala Constitucional No. 12114-08, No. 10105- 07 y No. 17507-06, se refirió ampliamente de la siguiente manera: *"No obstante, la presunción o estado de inocencia se ha extrapolado al campo del derecho administrativo, junto con las demás garantías del proceso penal, cuando la actividad pública pueda causar un perjuicio grave al administrado, imponiéndole obligaciones, suprimiéndole o denegándole derechos subjetivos, o por cualquier otra forma de lesión grave y directa a sus derechos o intereses legítimos, actos que en doctrina se han denominado como actos ablatorios o de gravamen. Así lo ha entendido también la jurisprudencia de la Sala: 'El principio de inocencia es la presunción jurídica de que una persona es inocente hasta tanto no se establezca lo contrario por sentencia firme, se refiere de manera principal a la materia penal, pero es aplicable a las demás materias, en lo que a imposición de sanciones se refiere, es decir, a nadie se le podrá imponer sanción civil, laboral, o administrativa, sin que a través de un procedimiento en que se respete el derecho de defensa, se haya demostrado su culpabilidad' (Sentencia #5970-94, resoluciones #3224-92 y 6123-93).* Indica el recurrente que pese a que el principio de inocencia aplica para todo proceso sancionador, la Municipalidad lo irrespeta al establecer, respecto a la *"experiencia positiva"*, la presentación de una declaración jurada que acredite que al oferente no se le imputaron faltas o sanciones en servicios prestados anteriormente, manifestación que no lo convierte automáticamente en culpable o responsable sin que exista de por medio un proceso que así lo demuestre y declare mediante un acto administrativo. En las condiciones expuestas, señala que no se puede probar la experiencia positiva a partir de imputaciones o acusaciones en tanto que al imputado no le corresponde probar su inocencia, sino a la Administración su culpabilidad. Así las cosas, al amparo del principio de inocencia, una mera imputación no puede ser un impedimento para ofertarle servicios a la Administración, ya que tal restricción sí procedería en el escenario que se compruebe la existencia de una falta, mediante el proceso administrativo correspondiente. De conformidad con lo anterior se solicita eliminar, en la sección de *"experiencia positiva"*, la presentación de la declaración jurada que señale que no se le han imputado faltas o sanciones en los servicios ofrecidos por el oferente de manera anterior al concurso en cuestión. Indica **la Administración** en atención a la audiencia especial brindada por este Despacho, que el presente procedimiento está digitalmente en MERK LINK, bajo el número de Licitación citada (20171-N-000001- 0015499999), en el apartado de expediente electrónico de dicho Sistema de Compras, siendo que del mismo modo, el plazo para recepción de ofertas fue ampliado al 2 de Junio del 2017. En cuanto al punto objetado rechaza el

argumento del recurrente en tanto que debe relacionarse con el artículo 56 RLCA que en lo que interesa indica: *"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 (...)"*; de tal manera, la experiencia a considerar debe ser positiva, en el entendido que los bienes o servicios contratados han sido recibidos a entera satisfacción, tal y como lo indica el cartel: *"(...) presentar declaración jurada ante notario público debidamente protocolizada donde se indique la Empresa Privada o Institución Pública a la que fue ofrecido el servicio a satisfacción y no se le haya imputado faltas o sanciones, con fecha y documento que respalda la acreditación del servicio"*. De tal manera, para la Municipalidad la forma en que estableció la *"Experiencia Positiva"*, no restringe ni atenta el principio de inocencia alegado por la empresa objetante, ya que no se podría aceptar como experiencia positiva, a los potenciales oferentes, aquellas contrataciones en las que se les hayan imputado faltas o sanciones.

Criterio de la División: En primera instancia se tiene que el cartel y sus modificaciones han sido debidamente publicadas en el Sistema de Compras Públicas MER LINK, lo cual otorga la debida publicidad a las modificaciones practicadas, sin que deba asumirse una posterior publicación en el diario oficial La Gaceta para ese mismo efecto. Por otra parte, con vista en el razonamiento planteado por las partes, es criterio de este Despacho que aunque efectivamente el artículo 56 del RLCA establece que la experiencia a acreditar en todo procedimiento de contratación administrativa debe ser positiva, a efectos de demostrar la entrega a satisfacción de los bienes y servicios adquiridos por parte de la Administración, ciertamente resulta indebido pretender demostrar esa experiencia a partir de una situación jurídicamente incierta, en tanto se encuentre sujeta a un procedimiento administrativo para su comprobación, tal como lo dispone el cartel al requerir manifestación sobre una mera imputación de cargos. En el sentido expuesto debe tener claro la Administración, que entiende este Despacho que lo que al objetante resulta indebido, no es en suma el que se requiera experiencia -la cual debe ser desde luego positiva- sino el contenido de la declaración jurada que se utiliza como instrumento para demostrar aquella, por cuanto se exige que en esta se indique si se le han "imputado faltas o sanciones", redacción que supone -y este Despacho comparte- no solo la aplicación de una sanción en firme, sino además, la mera atribución de una falta aunque luego se demuestre lo contrario, podría ser objeto del contenido de esta declaración. En efecto, si bien la intención de la Municipalidad es la acreditación de experiencia positiva, que reiteramos así debe ser, lo que no debe obviarse es que si a la Administración le interesa conocer el historial de posibles faltas que en ejecuciones contractuales pueda haber tenido un oferente -lo que tampoco es indebido-,

es lo cierto que este historial debe encontrarse compuesto por aquellas faltas acreditadas y firmes que hayan sido impuestas, y no solo las meras atribuciones de posibles faltas, pues dependiendo de los procedimientos utilizados para su verificación, estas faltas inicialmente atribuidas, bien podrían haber sido desechadas por la Administración al demostrarse la ausencia de responsabilidad del contratista en ese momento, y en consecuencia no debería formar parte de ese historial. Así las cosas, no comparte este Despacho la redacción de la cláusula cartelaria pues no solo atenta contra el principio de inocencia alegado por la recurrente, sino que además es contrario a los principios de seguridad jurídica, eficiencia y eficacia, entre otros, siendo que no se tiene una condición jurídica cierta a partir de la cual otorgar una puntuación dentro de la metodología de evaluación, sino que la misma dependerá de una declaratoria en firme de una falta. No se omite indicar que con ocasión de la anterior ronda de objeciones la Administración admitió incorporar dentro de la metodología de evaluación esta experiencia positiva, de tal manera que la misma debe ser conforme a derecho (ver R-DCA-0233-2017 del 18 de abril del 2017). Entiende este Despacho que la intención de la Administración al incluir esta cláusula cartelaria es calificar la experiencia positiva a partir de elementos de hecho que permitan acreditar dicha circunstancia; no obstante la mera imputación no demuestra dicha circunstancia, motivo por el cual a efectos de lograra mayor claridad en el cartel, se **declara con lugar** el recurso con la finalidad que la Administración corrija la redacción a efectos que sí pueda requerir esta condición mediante declaración jurada pero a partir de sanciones firmes. **ii) Recurso de objeción presentado por EMPRESAS BERTHIER EBI DE COSTA RICA SOCIEDAD ANONIMA. A. EN CUANTO AL SISTEMA DE EVALUACIÓN.** Señala la objetante que la Contraloría General de la República mediante Resolución R-DCA-0233-2017 del 18 de abril de 2017, declaró parcialmente con lugar los recursos de objeción interpuestos por EMPRESAS BERTHIER EBI DE COSTA RICA S.A y GRUPO PASA DE COSTA RICA S.A. en contra del cartel del presente procedimiento. Señala que en el caso del recurso de Grupo Pasa, referido al SISTEMA DE EVALUACIÓN, la Administración se allanó a efectos de incorporar la experiencia positiva como un valor agregado para la selección del mejor oferente. En cuanto al punto 11.2., se declaró con lugar en tanto que la Administración había considerado pertinente restar puntaje al factor de antigüedad de los equipos para incorporarlo dentro del factor de experiencia positiva en procura de garantizar la escogencia de la mejor oferta. Que el 4 de mayo del presente año a través del Sistema Mer link se modifica el cartel de la Licitación Pública N° 2017LN-000001-0015499999 y se prorroga la recepción de ofertas para el 19 de mayo de 2017 a las 10 horas, no obstante la Evaluación de las ofertas

mantiene dos componentes: 40% Modelo o año de fabricación y 60% precio, de tal manera que la Administración no realizó las modificaciones que fueron expresamente aceptadas en su oficio de contestación a los Recursos de Objeción al indicar que: "acepta que es importante tomar en cuenta la experiencia positiva, por lo que propone variar el sistema de evaluación disminuyendo en un 10% el valor asignado a la edad del equipo y se incorporará el ítem de experiencia con ese 10%, quedando el sistema de evaluación de la siguiente manera: 60% Precio, 30% Edad, 10% Experiencia Positiva." En cuanto a este punto señala la Administración que se rechaza la manifestación de la recurrente en el tanto que la Proveeduría, el día 25 de Abril 2017, publicó a través del Sistema Mer-link; las condiciones técnicas modificadas, las cuales contemplan el cambio en el Sistema de Evaluación, aspecto que puede ser constatado en el expediente electrónico de la respectiva contratación. Así mismo, como prueba se le aporta un "pantallazo", de la respectiva publicación. **Criterio de la División:** Con vista en el Sistema de Compras Públicas Mer Link, en el cual se desarrolla el presente procedimiento de contratación, según lo indica esa Municipalidad con ocasión de la audiencia especial concedida, se tiene que dentro de Detalles del concurso, en el punto 1. Información General, se ubica un espacio llamado "Versiones del cartel" que remite al documento cartelario como tal y que con vista en el "punto 2. Sistema de Evaluación de ofertas", en el apartado "Consulta de los factores de evaluación", dentro de la "Selección de factores para la evaluación", se encuentran tres factores: 60% Precio, 10% Experiencia y 30% Antigüedad de vehículos, siguiendo en ese sentido lo dispuesto por esta Contraloría General mediante resolución N° R-DCA-0233-2017 del 18 de abril del año en curso. No obstante, dentro del punto F. Documentos del Cartel, en el documento denominado Condiciones (sic) Técnicas (técnicas) se encuentra el archivo denominado Condiciones Técnicas en el cual se observa que la Evaluación de las Ofertas se integra por dos elementos: 40% modelo o año de fabricación de los (auto-bastidores, cajas compactadoras) y 60% menor costo por hora ofrecido, aplicables a aquellas empresas que cumplan con las especificaciones técnicas. Así las cosas, dentro del cartel de licitación encontramos una importante incongruencia al incorporar dos referencias distintas en el sistema de evaluación que llevan a confusión. Así las cosas, se **declara parcialmente con lugar** este punto del recurso a efectos que la Administración consolide de manera clara e indubitable, el sistema de evaluación del presente concurso, el cual debe coincidir con lo resuelto durante la primer ronda de objeciones, a efectos de dotar de transparencia y seguridad jurídica al proceso, y evitar la confusión que podría presentarse en fase de evaluación de ofertas, al contarse con dos sistemas de evaluación diferentes.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en lo que disponen los artículos 182 y 183 de la Constitución Política, 81 de la Ley de Contratación Administrativa y 178, y 180 de su Reglamento, **se resuelve: 1) Declarar con lugar el recurso de objeción** interpuesto por **GRUPO PASA DE COSTA RICA S.A.** y **2) Declarar parcialmente con lugar el recurso de objeción** presentado por **EMPRESAS BERTHIER EBI DE COSTA RICA SOCIEDAD ANONIMA**, ambos en contra de las modificaciones al cartel de la Licitación Pública N° 2017LN-000001-0015499999, promovida por la Municipalidad de San José, para la contratación de los Servicios de Alquiler por demanda de vehículos recolectores con operador y combustible (línea 1: diez camiones recolectores de 19 m3 y Línea 2: dos camiones recolectores de 15 m3. **2) Se da por agotada la vía administrativa. NOTIFÍQUESE.** -----

Gerardo A. Villalobos Guillén
Fiscalizador

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

GVG/egm
NI: 11146, 11325, 11318, 11333, 11650
NN: 05756 (DCA-1030-2017)
Ci: Archivo central
G: 2017001507-2