

R-DCA-0790-2019

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa. San José, a las ocho horas catorce minutos del trece de agosto de dos mil diecinueve.-----

RECURSO DE OBJECCIÓN interpuesto por **SANTA BARBARA TECHNOLOGY** en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA N°2019LN-000001-0018600001**, promovida por el **INSTITUTO COSTARRICENSE DE PESCA Y ACUICULTURA** para la contratación de "Servicios de apoyo a la gestión administrativa".-----

RESULTANDO

I. Que el veintiséis de agosto de dos mil diecinueve la empresa Santa Bárbara Technology, presentó recurso de objeción en contra del cartel de la referida Licitación Pública 2019LN-000001-0018600001-----

II. Que mediante auto de las once horas con quince minutos del veintinueve de julio de dos mil diecinueve, se otorgó audiencia especial a la Administración sobre el recurso interpuesto. Dicha audiencia fue atendida por la Administración mediante oficio PEP-532-07-2019 del 31 de julio de 2019, recibido en esta Contraloría General en dicha fecha, el cual se encuentra integrado al expediente de objeción y en donde se indica que el expediente electrónico de la licitación recurrida se encuentra disponible en la plataforma SICOP.-----

IV. Que mediante resolución R-DCA-0768-2019 del seis de agosto de dos mil diecinueve, esta Contraloría General resolvió respecto de escrito interpuesto por Grupo Asesores Leitón y Gamboa S. A. lo siguiente: "En consecuencia, el escrito interpuesto por la empresa Grupo Asesores Leitón y Gamboa S. A. se rechaza de plano por extemporáneo".-

V. Que mediante escrito de fecha 07 de agosto de 2019, presentado en esta Contraloría General en la misma fecha indicada, el Consorcio Grupo Alega (Grupo Asesores Leitón y Gamboa S. A.), presenta recurso de Revocatoria o Aclaración en contra de la referida resolución R-DCA-0768-2019. Dicho recurso es complementado con documento aclaratorio de fecha 08 de agosto del año en curso, presentado en esta Institución en la misma fecha.-----

VI. Que esta resolución se emite dentro del plazo de ley y en su trámite se han observado las prescripciones legales y reglamentarias correspondientes.-----

CONSIDERANDO

I- EN CUANTO AL RECURSO DE REVOCATORIA O ACLARACIÓN INTERPUESTO POR LA OBJETANTE. En vista de que la presentación de dicho recurso se encuentra

directamente relacionado con el fondo del recurso interpuesto, esta Contraloría General procederá a resolver sobre dicho aspecto en esta misma resolución, entendiendo que lo resuelto posteriormente, procede en tanto este Despacho es competente para conocer del mismo y se encuentra presentado en tiempo. Lo analizado a continuación, está relacionado con el escrito complementario presentado por la empresa Grupo Asesores Leitón y Asociados S. A. con fecha de 01 de agosto del presente año. Al respecto la gestionante cuestiona el rechazo de su recurso de objeción presentado el día 26 de julio así como la ampliación al recurso interpuesto el 1 de agosto del 2019. Considera que este Despacho rechaza el recurso de objeción presentado el 26 de julio basándose en un error de interpretación ya que solo se toma en cuenta la fecha de presentación del segundo escrito de fecha 1 de agosto y se omite tomar la fecha de presentación original de fecha 26 de julio de 2019. Concluye que el documento presentado el 1 de agosto es una prueba donde se demuestra que otras Instituciones Públicas no requieren como requisito de admisibilidad para contratar secretarías el tener un plan de gestión ambiental aprobado por SETENA. **Criterio de la División. 1) Sobre la procedencia del recurso interpuesto.** Respecto a la presentación del recurso de revocatoria, este Despacho se ha referido con anterioridad sobre la procedencia de recursos como el indicado, de esta manera en la resolución R-DCA-134-2011 del veintiuno de marzo del dos mil once se indicó: *“El artículo 169 del Reglamento de Contratación Administrativa establece, que dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación de una resolución que resuelva entre otros, un recurso de objeción, podrá presentarse solicitud de aclaración y adición, la cual tiene como efecto únicamente, precisar o aclarar aspectos ambiguos o errores materiales, sin que sea dable la corrección de aspectos de fondo. Citamos lo anterior, porque justamente son las diligencias de aclaración y adición, lo que resulta procedente presentar luego de la notificación de una resolución que resuelva alguna gestión recursiva, no encontrándose habilitada por el ordenamiento jurídico aplicable, la utilización de un mecanismo o instancia posterior, para revisar lo resuelto en un recurso de objeción. En este orden de ideas, el artículo 34 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República establece, que quedarán firmes desde el momento en que se dicten, los actos emitidos en procedimientos de contratación administrativa, lo cual abarca desde luego, los que resuelvan recursos de objeción presentados contra el cartel, por ser precisamente esta una de las etapas de un procedimiento de contratación. Debiendo desecharse cualquier*

referencia a la aplicación supletoria de la Ley General de la Administración Pública, por encontrarse precisamente la materia de contratación administrativa, excluida de sus disposiciones, tal y como lo indica el artículo 367 de dicha ley. Así las cosas, siendo que la materia de contratación administrativa se encuentra regulada por Ley especial, sea, la Ley N°7494 y su correspondiente reglamentación, queda claro entonces que su régimen de observancia se circunscribe entonces a lo expresamente dispuesto por dicha normativa, no siendo factible entonces, habilitar vías recursivas no establecidas expresamente por la legislación aplicable, motivo por el cual, el recurso de reconsideración debe ser expresamente rechazado por no resultar procedente en esta instancia, aspecto que será establecido en la parte dispositiva de la presente resolución” (subrayado no es del original). Así las cosas, en el presente caso se deja claro que no es de recibo la presentación de un recurso de revocatoria pues el mismo no se encuentra contemplado en la normativa de contratación administrativa como medio de impugnación de una resolución que resuelve un recurso de objeción emitida por este Despacho, tal y como lo establece el artículo 177 RLCA (anteriormente artículo 166). Por otro lado, respecto a la presentación del recurso de aclaración, debe indicarse que a partir de considerar lo expresado por la gestionante como una disconformidad, la cual le genere alguna duda sobre lo resuelto por esta Contraloría General en su resolución R-DCA-0768-2019, se procede a contestar sus manifestaciones asimilándolas a una diligencia de adición y aclaración a la resolución final antes citada, partiendo de la aplicación del Principio Pro Actione y asumiendo en consecuencia que lo expresado en el documento de la gestionante puede tener la naturaleza de dicha diligencia. Se indica en este punto que, una vez notificada la resolución con la cual se rechaza por extemporánea la presentación de documentación adicional al recurso de objeción interpuesto, únicamente sería posible presentar diligencias de adición y aclaración, las cuales se encuentran reguladas en el artículo 177 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), el cual dispone: “Dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación de la resolución que resuelva un recurso de objeción, apelación o revocatoria, las partes podrán solicitar las aclaraciones o adiciones que consideren pertinentes para la correcta comprensión de lo dispuesto por la Contraloría General de la República o la Administración, según sea el caso. Por medio de estas diligencias sólo se podrán corregir errores materiales, precisar términos del pronunciamiento, subsanar omisiones o correcciones que presente la resolución, sin que

sea posible variar lo resuelto”. Al respecto, en la resolución No. R-DCA-497-2014, del veinticuatro de julio del dos mil catorce, este órgano contralor indicó: “Según ha expuesto este Despacho en anteriores oportunidades, las diligencias de adición y aclaración/ están referidas a aclarar o adicionar aspectos ambiguos u omisos de una resolución, sea en la parte resolutive o aquellas considerativas que apoyen o den fundamento a esa parte resolutive, las cuales deben ser presentadas dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación de la resolución. Esta conceptualización se enmarca dentro de lo dispuesto por nuestra Sala Constitucional, en su Voto No. 485-94 de las dieciséis horas del veinticinco de enero de mil novecientos noventa y cuatro. Por otra parte, cabe señalar que esta División mediante resolución R-DCA-043-2006 de las 9:30 horas del 23 de febrero de 2006, indicó: “Una gestión de adición y aclaración no puede conllevar a que se modifique la parte sustantiva de la resolución dictada a la que haga referencia, de lo contrario se caería en la creación de situaciones de incerteza jurídica en clara violación, del dictado de la justicia pronta y cumplida. Este tipo de recursos se dirige contra una resolución determinada por distintos motivos, siendo uno que alguna de sus líneas sea oscura o ambigua/ Así, es posible ampliar o aclarar lo que se hubiese omitido considerar, teniéndose en cuenta que las aclaraciones, ampliaciones o corrección de errores materiales, deben ser de tal naturaleza que no alteren lo sustancial de la decisión, pues lo contrario implicaría admitir que el juez puede variar las conclusiones de litigio sometido a su conocimiento”. Es claro entonces que por la vía de la adición y aclaración no se abordan temas de fondo para su modificación sustantiva, y cualquier solicitud de parte tendiente a ese fin, debe tenerse desde ya por rechazada de plano”. Visto lo expuesto por la gestionante, se impone su rechazo en tanto la resolución sobre la cual se manifiesta disconformidad es clara y no precisa ser adicionada ni aclarada. En este sentido, la resolución R-DCA-0768-2019 de las doce horas treinta y siete minutos del seis de agosto de dos mil diecinueve indicó en lo de interés: “**B) Ampliación del Recurso de Objeción presentado por la empresa Grupo Asesores Leitón y Gamboa S. A.** En el presente caso, la empresa objetante presenta un documento denominado ampliación de recurso de objeción, documento presentado con fecha de 01 de agosto de 2019/ Ahora bien, considerando que el plazo de la invitación para ofertar fue el 18 de julio de 2019 y la apertura de ofertas está establecida para el 12 de agosto de 2019/ se tiene que el plazo para presentar recurso al cartel vencía el pasado 26 de julio de 2019/ De manera que,

en el caso de la objetante su escrito ingresa a esta Contraloría cuatro días posteriores a la fecha legal límite para presentar recursos de objeción en contra del cartel de la licitación en cuestión. En este orden de ideas, se debe indicar que no existe diferencia alguna si se trata de un documento recursivo nuevo o un complemento de algún otro escrito presentado con anterioridad que se haya realizado en tiempo, siendo que en cualquier caso para ser analizados y resueltos deben ser presentados en tiempo ante este órgano contralor. En consecuencia, el escrito interpuesto por la empresa Grupo Asesores Leitón y Gamboa S. A. se rechaza de plano por extemporáneo". Con base en lo expuesto, este Despacho considera que la resolución impugnada resulta clara en sus motivos y alcances, siendo que tal y como bien ahí se explicó lo que se rechazó por extemporáneo fue el documento adicional del recurso de apelación que se presentó en fecha 01 de agosto de 2019 y no propiamente la acción recursiva interpuesta el 26 de julio de 2019, no visibilizándose ningún aspecto oscuro o poco claro que requiera mayor precisión, todo lo cual lleva a rechazar de plano la diligencia de aclaración incoada. **2) En cuanto a la identidad del recurrente.** A partir de la presentación del escrito de "ampliación de recurso de objeción" con fecha 01 de agosto de 2019 por parte de la empresa Grupo Asesores Leitón y Gamboa S. A., este Despacho emitió la citada resolución R-DCA-0768-2019, mediante la cual se resolvió que la documentación presentada por dicha empresa se rechazaba de plano por extemporánea. Como ya se expuso, la citada empresa interpuso un recurso de revocatoria o aclaración en contra de la referida resolución. No obstante, debe señalarse que se observa una inconsistencia relacionada con quienes interponen el recurso de objeción a conocer por el fondo y quienes presentan el documento complementario rechazado por extemporáneo y posteriormente el recurso de revocatoria con aclaración. En el primer caso, la objeción es presentada por la empresa Santa Barbara Technology, con cédula jurídica 3-101-3681103, representada por Orlando Fernández Quintana como representante legal de dicha empresa; el escrito de recurso presentado, indica en su membrete: "ALEGA Grupo Asesores Leitón y Gamboa S. A". Por su parte, los otros documentos (escrito complementario y recurso de revocatoria o aclaración), son presentados por la empresa Grupo Asesores Leitón y Gamboa S. A., cédula jurídica 3-101-355261, representada legalmente por María Eugenia Leitón Araya; en el caso del recurso de revocatoria o aclaración, adicionalmente, la suscribiente, indica representar al Consorcio Grupo Alega. A

partir de lo expuesto, es necesario dejar claro que estamos frente a dos grupos de documentos interpuestos por empresas con nombres, número de cédula jurídica y representantes legales diferentes, siendo que sin embargo por aspectos como el membrete de las hojas con las cuales se envían los escritos y por la coherencia de los argumentos presentados parecen responder a lo que resultaría un consorcio (Grupo Alega). Tal apreciación sin embargo no queda explícitamente comprobada, no existiendo por ejemplo la referencia a si la empresa Santa Barbara Technology pertenece al Consorcio Grupo Alega junto con la empresa Grupo Asesores Leitón y Gamboa S. A., lo cual habría requerido de la presentación del respectivo acuerdo consorcial que establece el artículo 75 RLCA (dirigido a la presentación de ofertas en esta modalidad pero con la intención de exigir la comprobación de dicho acuerdo). En esta línea el artículo 178 RLCA, establece que el recurso de objeción debe ser interpuesto por el potencial oferente o su representante, con lo cual resulta necesario que en un caso como el presente, se evidencie que existe una misma representación para ambas empresas intervinientes. Por lo expuesto, considera este Despacho que existe una falta de legitimación de la gestionante para demostrar la relación existente entre el recurso de objeción presentado por la empresa Santa Barbara Technology y el suyo, representando a Grupo Asesores Leitón y Asociados S. A. razón por la cual se igualmente se declara la diligencia de aclaración presentada. Comentario de oficio. Más allá de lo expuesto, esta Contraloría General con el ánimo de aclarar a la gestionante el aspecto que se discute, quien parece responder en interés a la misma empresa objetante y de cuyo recurso se resolverá a continuación, se debe indicar que sobre el cuestionamiento presentado en ningún momento la resolución R-DCA-0768-2019 consideró excluir por extemporáneo el recurso interpuesto con fecha de 26 de julio de 2019, siendo clara la misma en excluir el documento complementario de fecha 01 de agosto del año en curso. En dicha resolución, se precisó que para efectos de conocimiento por parte de este Despacho no existe diferencia si se trata de un documento recursivo o de información adicional, pues en ambos casos se trata de documentación presentada fuera del plazo establecido por la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento para la interposición del recurso de objeción. Así las cosas, de seguido se procede a resolver lo referente al recurso de objeción de la empresa Santa Barbara Technology de fecha 26 de julio de 2019.-----

II- SOBRE EL FONDO. 1) En cuanto a la Obligación de aportar Plan de Gestión Ambiental aprobado por SETENA establecido en el Punto 3.10 del cartel: La

recurrente cuestiona que el plan requerido debería ser el de la Institución dándose a conocer a quien brinde los servicios por contratar, siendo que un plano de gestión ambiental propio de la empresa concursante estaría restringido para sí misma. Tal requerimiento restringe la participación solo a los oferentes que lo tengan y con ello se viola el principio de libre concurrencia, y eficiencia; además de imponerse una restricción por un requisito el cual no es indispensable y es contrario al interés público. Por lo anterior, solicita eliminar el requisito o modificarlo para que sea el “Contratista” quien deba aportar la copia del Plan. La Administración rechaza el punto e indica que solicita el requisito de admisibilidad de conformidad con las orientaciones políticas y reglamentarias actuales en materia ambiental y con ello desea fomentar la competencia de aspectos medioambientales en todas sus gestiones de compra, además de alinearse con las nuevas tendencias mundiales y locales como es el caso de las compras sustentables o verdes. Cita disposiciones establecidas en sentencias de la Sala Constitucional así como referencias a normativas asociadas con compras públicas sustentables y gestión de residuos sólidos para justificar su solicitud cartelaria de contar con el Plan de Gestión Ambiental por parte de los participantes, como garante que sus operaciones privadas dentro del país cuentan con acciones, gestiones y operaciones ajustadas a la normativa ambiental y las mismas tienden a buscar el desarrollo sostenible del país, el adecuado resguardo de los recursos naturales y todas las acciones necesarias para usar recursos.

Criterio de la División. El cartel en su Capítulo I. Sección 3. Condiciones Invariables. Punto 3.10, indica: *“Aportar copia del Plan de Gestión Ambiental aprobado por SETENA: El vendedor, distribuidor o proveedor se hace responsable directa o indirectamente (mediante alianzas o asociación con entidades específicas) de las acciones de aprovechamiento, recuperación, reciclaje o eliminación ambientalmente adecuada de los residuos que el bien, servicio o producto genera”* (para ver documento de cartel ingresar en la página principal de la Licitación Pública No. 2019LN-000001-0018600001, buscar en la Sección 2. Información del cartel, al vínculo denominado 2019LN-000001-0018600001 [Versión actual], una vez ingresado, se desplegará el formulario electrónico denominado “Detalles del concurso”; en el mismo, dirigirse al Punto F. Documentos del cartel// No. 4/ Tipo de documento Documentos del cartel// Nombre del documento CARTEL DE

LICITACIÓN PÚBLICA// Archivo adjunto 2019LN-000001-SERVICIOS DE APOYO A LA GESTIÓN ADMINISTRATIVA.pdf (0.54 MB), página 8). Respecto a este punto, se acusa una ausencia de fundamentación adecuada por parte de la recurrente, toda vez que no se visualiza la forma en que el requerimiento afectaría la posibilidad de concursar para la primera, pues no demuestra con prueba idónea la dificultad o imposibilidad de cumplir con el requisito cartelario. Tampoco realiza un ejercicio de demostrar la existencia de costos desmedidos que afecten la elaboración de su oferta (este argumento lo incorpora de forma escueta la recurrente en el segundo punto de su objeción pero ligado directamente al actual). Por otro lado, no se observa algún criterio o argumento sustentado con prueba idónea, que demuestre de forma categórica su afirmación de no estarse frente a un requisito importante y que el mismo afecta al interés público; todo lo contrario, es clara la existencia de normativa o disposiciones relacionadas con la necesidad de aplicar disposiciones que promuevan las compras públicas sustentables o verdes como lo señala la Administración, con lo cual era deber de la recurrente demostrar la infracción de la disposición cartelaria al ordenamiento de la contratación administrativa o de cualquier otra disposición normativa vinculante tal y como lo dispone el artículo 178 RLCA. No obstante lo anterior, respecto a la respuesta de la Administración sobre el punto recurrido, se observa que la misma no hace referencia expresa a todos los puntos abordados por la objetante, concretamente lo referente al argumento de aquella de que el Plan de Gestión Ambiental a aplicar debería ser el de la propia Institución, siendo relevante conocer la opinión del INCOPECA al respecto, pues el cuestionamiento planteado deja ver la posibilidad de que las oferentes tengan que incurrir en gastos y trámites innecesarios si a cambio se adhieren al plan existente por parte de la Administración. Tal planteamiento tiene lógica si se considera el tipo de servicio a contratar (servicios secretariales), en donde se puede evidenciar un bajo impacto en generación de residuos producto de sus labores, con lo cual, sin demeritar la necesidad de que igualmente tenga un proceder acorde con el manejo responsable de desechos e incorpore prácticas como aprovechamiento, recuperación, reciclaje o manejo ambientalmente responsable de los residuos generados por las labores del personal contratado, debe valorarse si resultaría más conveniente que tales acciones, pudieran insertarse dentro de planes, políticas o disposiciones ya establecidas y aplicadas por la misma institución. A partir de la naturaleza de los servicios licitados, se entiende que además de tratarse de una cantidad de personal

pequeña para cada una de las dependencias en donde se requieren (1 persona por línea) el tipo de trabajo a realizar (labores secretariales o asistenciales en oficinas), no parece ser generador de grandes cantidades de residuos, más allá de los propios de una persona en trabajo de oficina pero que además tendría que disponer de los mismos dentro de los espacios y bajo los lineamientos dispuestos por la Administración, pues no resulta razonable pensar en que una persona que labore en un espacio de oficina con otro personal y en el horario usual de una institución pública, deba disponer de tiempo y realizar tareas para gestionar sus residuos por aparte, aspecto que más bien parecería generar un despropósito a sus labores de acompañamiento o asistencia hacia el personal con quien debe laborar. Adicionalmente, parece también excesivo considerar que las empresas oferentes y en consecuencia contratistas, deban incorporar personal adicional para hacerse cargo de los residuos generados por los otros empleados contratados, siendo más factible como se indicó, considerar la adhesión del personal contratado a las políticas o planes institucionales asociados con compras sustentables. Dicho lo anterior, debe recordarse que el artículo 52 RLCA establece la necesidad de que las especificaciones de los carteles deben ser técnicas, claras, suficientes, concretas, objetivas y amplias en cuanto a la oportunidad de participar, lo cual no se observa en este punto de manera desarrollada. Las disposiciones cartelarias deben responder a una línea de resultar proporcionales, razonables y útiles para satisfacer el interés público e institucional, lo cual se echa de menos en el presente caso. En esta línea, con anterioridad se ha indicado respecto a la aplicación de aspectos cartelarios relacionados con compras sustentables lo siguiente: *“Sobre el particular, no se discute la posibilidad de ponderar estos requisitos en el contexto de la existente Política Nacional de Compras Públicas Sustentables, emitido mediante Decreto Ejecutivo No. 39310 MH-MINAE-MEIC-MTSS del 27 de enero de 2015. Ahora bien, para la implementación de estos criterios, la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa (rector de compras de esa Oficina) emitió la Normativa Técnica para la Aplicación de Criterios Sustentables en las Compras Públicas y Guía para la Implementación. Al respecto, dispone ese documento en lo que interesa que: “Ahora bien, si se decide que es viable su aplicación atendiendo siempre a la debida satisfacción del interés público, se deberá aplicar el porcentaje establecido en la norma supracitada, por lo que para cada caso concreto deberá valorarse, el objeto contractual, condiciones de mercado viabilidad económica, entre otros aspectos,*

para determinar si es conveniente realizar una compra de ese tipo.” (página 6); así como al referirse a las facultades y deberes de las Administraciones en las compras públicas señala: “... / 4.Los criterios sustentables deben ajustarse al estudio preliminar de mercado que sustenta la decisión inicial. / De esta forma, se garantiza que los criterios solicitados puedan ser satisfechos en el mercado estudiado.” (página 11). Como puede verse, la inclusión de estos factores en el sistema de evaluación no resulta antojadiza, sino que responde a un ejercicio motivado en función del objeto contractual y el factor, en aras de preservar el efecto útil de la utilización de criterios sustentables. En ese sentido, la Normativa Técnica es contundente en la importancia en que no solo se vincule al objeto contractual el criterio sustentable sino que también se examine el mercado para tener claro que está en capacidad de atender el respectivo criterio. En el caso, se echa de menos cuáles fueron las valoraciones de la Administración en los términos de la Normativa Técnica para incorporar los factores impugnados, por lo que se impone declarar parcialmente con lugar el recurso en este punto, para que se realice el análisis respectivo y en su defecto se valore su eliminación, pero en caso de que sean justificados podrán mantenerse. Desde luego, el análisis que se haga deberá constar por escrito e incorporarse al expediente del concurso para que sea de conocimiento de todos los interesados” (R-DCA-0562-2018 del 14 de junio de 2018) (El subrayado no es original). De la resolución anterior, si bien hace referencia en el caso concreto a aspectos de evaluación, se puede desprender para el caso en estudio y con más razón por ser un punto de admisibilidad, la necesidad de que esa Administración considere la relación del requerimiento cartelario con el servicio a contratar y además la valoración en torno a la utilidad e impacto de la especificación en la presentación de las ofertas, no solo desde la perspectiva de la participación de las mismas sino desde el impacto económico de incorporar un plan como el requerido. Finalmente, el INCOPECA, tampoco se refirió puntualmente a la pretensión de la objetante de que en caso de rechazarse la solicitud de eliminar el requisito el mismo fuera exigido al contratista, petición que más allá de su debida fundamentación o no, requería una manifestación específica de esa entidad estatal sobre su procedencia o no, siendo importante indicar que existe una diferencia entre exigir este tipo de requerimientos a una oferente que a una empresa contratista, sobre todo considerando el impacto económico que tiene para las primeras obtener un plan para una actividad como la requerida en donde no existe más que una posibilidad de resultar

ganadora del concurso. En este punto, se aclara que si bien la redacción del Punto 3.10 del cartel no indica específicamente al oferente, se encuentra inserto en un Capítulo y en una Sección destinadas a requerimientos que deben aportar los posible participantes en el concurso en cuestión. Por lo indicado, para el presente punto se procede a declarar parcialmente con lugar el recurso, debiendo esa Administración analizar e incorporar tales estudios en el expediente administrativo que justifiquen la existencia del requerimiento objetado, estableciendo con claridad la relación entre la necesidad de un plan de gestión ambiental aprobado por SETENA para las ofertas participantes y las labores generadoras de residuos que puntualmente debe realizar un personal tipo secretarial, en donde se justifique que su manipulación requiera del citado plan o por el contrario, puede insertarse dentro de los lineamientos propios de la Administración. De no obtenerse tal justificación o por no considerarlo procedente por parte de la primera, se deberá eliminar el requerimiento del pliego de condiciones. **2) Respecto a los posibles costos asociados con el manejo de residuos asociado con el Punto 3.10 del cartel.** La empresa objetante aduce que el cartel solicita al proveedor de los servicios por contratar hacerse responsable directa o indirectamente de las acciones de aprovechamiento, recuperación, reciclaje o eliminación de los residuos generados por los insumos de la Institución, lo cual implica un costo adicional y una labor ajena al servicio solicitado pues implica acudir a entes externos o distintos que teniendo sus permisos respectivos puedan realizar tales acciones. Por lo anterior, pregunta cómo se calcula el costo adicional y si el mismo se puede incluir como costo administrativo; además de si éste deberá ser agregado al presupuesto de la institución para la contratación. La Administración rechaza lo objetado indicando que además de haber contestado sobre este asunto en el punto anterior, complementa su criterio aclarando que el aprovechamiento, recuperación, reciclaje o eliminación de los residuos se refiere a las acciones que genera el oferente en su ámbito de acción de sus propias gestiones, o sea, de su propio trabajo en sus oficinas, no las acciones de la administración porque es aquella quien se hace responsable de las acciones generadas en sus propias oficinas. Indica que el INCOPESCA tiene un plan de gestión ambiental aprobado por SETENA y aplica a las acciones propias que generan sus diferentes actividades y por ello, no requiere que otros le manejen sus residuos. Lo que se pretende es pedir a cada oferente un plan de manejo de los residuos propios, señalando que toda firma genera sus propios residuos en su manejo diario siendo aquella quien debe

resolver de la mejor manera y en apego a la legislación vigente el manejo de esos residuos, como por ejemplo el manejo adecuado de su papelería propia, uso de luminarias eficientes, equipos enérgicamente eficientes, entre otros. **Criterio de la División.** En este caso, la objetante expone su punto desde una perspectiva de solicitud de aclaración, en la medida que pide a la Administración aclarar lo referente al cómo calcular el costo adicional de incorporar un Plan de Gestión Ambiental aprobado por SETENA, preguntando además si tal costo se incluiría en los costos administrativos y si debería incorporarse en el presupuesto institucional para la contratación. Así entonces, este órgano contralor no resulta competente para conocer de las aclaraciones en los términos de los artículos 60 y 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, por lo que procede el **rechazo de plano** el recurso en este punto. No obstante lo indicado, como **comentario de oficio** se le reitera a esa Administración la necesidad de justificar adecuadamente lo correspondiente al requerimiento cartelario que exige a las oferentes la presentación de un plano de gestión ambiental aprobado por SETENTA, debiendo tomarse en consideración para efectos del presente punto que el requerimiento cartelario implica un costo económico, el cual puede encarecer las posibles ofertas participantes, siendo por ello importante que valore el requisito y el impacto que representa al ser incorporado en la presente licitación, pues sin desconocer la importancia de establecer aspectos relacionados con compras sustentables o verdes, es igualmente necesario considerar especificaciones técnicas que generen ventajas tangibles para la institución licitante y el interés público, lo cual en un caso como estos podría lograrse de otras formas distintas a la solicitud de un plan, el cual puede ser no solamente oneroso, sino inidóneo para conseguir el fin propuesto. **3) Sobre el contenido presupuestario insuficiente según el plazo establecido en el Punto 4.2 del cartel.** **La recurrente** indica que en el pliego de condiciones se detalla un período de contratación de 24 meses, con posibilidad de prorrogarse hasta por 48 meses y un presupuesto anual de ¢88.200.000,00, el cual sería insuficiente para pagar un salario mínimo de ¢366.400,00 mensual para las 14 secretarías más cargas sociales, gastos administrativos, insumos y utilidad de la empresa, según su cálculo aportado, siendo que el presupuesto disponible es inferior a lo requerido en ¢15.584.527,80 en un año y ¢31.169.055,61 en dos años. Por lo anterior, solicita modificar el contenido presupuestario anual de INCOPECA para que presente un monto de ¢103.784.527,80. **La Administración** rechaza la pretensión de la objetante y señala de

inicio que cuando realizó la estimación contractual el año pasado, las condiciones socioeconómicas en el país eran muy distintas a las actuales (señala como ejemplo la implementación del IVA); no obstante expresa su compromiso de contar con los fondos suficientes para cubrir los faltantes no previstos por los cambios ocurridos en el ambiente socioeconómico nacional. Manifiesta que existen diferencias en los cálculos realizados por el INCOPECA y los sugeridos por la firma reclamante, pues por ejemplo, la segunda supone un salario completo por jornada de 48 horas semanales, siendo que el concurso gestiona una jornada de 45 horas, con lo cual, en apego al Código de Trabajo, se utiliza una jornada flexible pagada proporcionalmente según las horas laboradas. Explica que el salario de Técnico Medio en Educación Diversificada (TMED) señalado por el Ministerio de Trabajo es de ¢366.380.40, por una jornada de 48 horas semanales, con ello si se aplica la proporción de horas el salario tendrá un valor de ¢343,481.6, el cual sería el salario a cancelar por la jornada de 45 horas semanales. Expone una tabla en donde se muestra el cálculo correspondiente de los supuestos de la contratación bajo los cuales se programó el presupuesto y reconoce la existencia de un error en el cálculo, mismo que se procederá a corregir una vez se cuente con las ofertas y el estudio de razonabilidad de precios; a partir de lo expuesto el monto total anual estimado de servicios a contratar se estima en ¢94.452.064,88. Por otro lado, la Administración expone una situación relacionada con la reposición de plazas afectadas por la Directriz 046-2018, mediante la cual el INCOPECA está justificando por reposición 25 plazas de funcionarios que ya no están prestando sus servicios a la administración por pensiones, despedidos o jubilados, pero que una vez aprobadas las mismas implicará el ingreso de dos personas para realizar labores incluidas en el concurso en cuestión. Explica que una vez se presente tal hecho, se utilizará lo estipulado en el artículo 208 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, con el fin de modificar unilateralmente la relación contractual para disminuir la cantidad de servicios secretariales de 14 a 12, situación que no exime de la estimación total del negocio, pero que fue tomada en cuenta a la hora de estimar los dos años de la relación contractual. Finalmente, indica el INCOPECA que cuando se reciban las ofertas se procederá a realizar los estudios de razonabilidad de precios en donde, si el presupuesto es insuficiente y la Administración cuenta con los medios para incrementar esa partida se procederá a modificar las cuentas presupuestarias; de no contar con los recursos suficientes y en perjuicio de los servicios requeridos, se procederá a disminuir las

cantidades de servicios a contratar. Añade que esa Administración lo que requiere son Servicios de Apoyo la Gestión Administrativa y aunque en su interior se indica la cantidad, este número es de referencia. **Criterio de la División.** El cartel en su Capítulo I. Sección 4. Otras Condiciones. Punto 4.2 Vigencia del Contrato, indica: *“El Contrato de Servicios será por un periodo de 24 meses, pudiendo ampliarse por periodos iguales a conveniencia de las partes, hasta completar 48 meses”* (para ver documento de cartel ingresar en la página principal de la Licitación Pública No. 2019LN-000001-0018600001, buscar en la Sección 2. Información del cartel, al vínculo denominado 2019LN-000001-0018600001 [Versión actual], una vez ingresado, se desplegará el formulario electrónico denominado “Detalles del concurso”; en el mismo, dirigirse al Punto F. Documentos del cartel// No. 4/ Tipo de documento Documentos del cartel// Nombre del documento CARTEL DE LICITACIÓN PÚBLICA// Archivo adjunto 2019LN-000001-SERVICIOS DE APOYO A LA GESTIÓN ADMINISTRATIVA.pdf (0.54 MB), página 8). Para este punto, la recurrente expone un argumento con el cual acusa una falta de contenido presupuestario anual suficiente por parte de INCOPECA para hacer frente al servicio por adquirir e irrespetando el salario mínimo establecido para el tipo de personal a contratar. No obstante, más allá de algún ejercicio aritmético expuesto en el recurso se carece de la debida fundamentación para demostrar su punto, sobre todo que evidencie la imposibilidad por parte de la Administración para poder hacer frente a sus obligaciones pecuniarias. Era deber de la recurrente aportar algún estudio o análisis emitido por un profesional competente que demostrara su afirmación pero ante la ausencia del mismo, su alegato queda en una mera intención para que se dote de mayor contenido presupuestario al concurso objetado sin lograr probar adecuadamente la posible infracción a la normativa laboral en cuanto al pago de salarios mínimos del personal a contratar. En razón de lo anterior, se procede a rechazar de plano el recurso en este punto. Es importante indicar que en este caso, la Administración establece la posibilidad de ajustar el contenido presupuestario en caso de ser necesario y de tener fondos suficientes, una vez recibidas las ofertas y de aplicarse los estudios de razonabilidad de precios respectivos, con lo cual, queda bajo su responsabilidad obtener los fondos necesarios para hacer frente a sus obligaciones contractuales. Igualmente establece la posibilidad de disminuir el servicio si finalmente no cuenta con los recursos suficientes. Ahora bien, como comentario de oficio se recuerda a esa Administración su deber de realizar una adecuada planificación de sus

contrataciones, siendo que para un caso como el presente, los estudios que permiten establecer una correcta estimación de la contratación se deben prever desde antes de la publicación del cartel y la invitación a concursar, tal y como lo establece el artículo 8 inciso d) RLCA, que señala el deber de emitirse una decisión inicial por parte del respectivo jerarca institucional en coordinación con las unidades involucradas en donde se cuente al menos con: *“d) La estimación actualizada del costo del objeto, de acuerdo con lo establecido en el presente Reglamento en cuanto a la estimación del negocio”*. Relacionado con lo anterior el artículo 9 RLCA, establece el deber de la Administración de contar con la certeza del contenido presupuestario necesario para hacer frente a las obligaciones derivadas de la contratación. En este sentido el INCOPECA, deja ver no solo la posibilidad de modificar la cantidad de puestos de servicio a contratar si no cuenta con el dinero requerido a futuro, sino que con su respuesta a la audiencia inicial, acepta haber cometido un error en su estimación inicial de la contratación, pasando de un presupuesto anual de ø88.200.000,00, a uno de ø94.452.064,88; lo anterior deja ver una falta de adecuada planificación para estimar correctamente los costos asociados con la contratación. Por otra parte, ante la coyuntura actual expuesta por la Institución, la cual podría generar una disminución de los servicios a contratar, es importante que esa Administración valore adecuadamente la aplicación de la figura regulada en el artículo 208 RLCA, atinente a la modificación unilateral del contrato, la cual responde a una serie de aspectos taxativamente definidos en la norma para su aplicación, siendo uno de estos elementos la imprevisibilidad de las causas de dicha modificación al momento de iniciar el procedimiento, *“sea que la entidad no pudo conocerlas pese a haber adoptado las medidas técnicas y de planificación mínimas cuando definió el objeto”*. En este sentido, se indica que esa Administración disminuiría de 14 a 12 los puestos a contratar a partir de usar la referida figura de la modificación del contrato del artículo 208 RLCA, pues ante la necesidad de reponer 25 plazas que perdió por diversas razones, se está gestionando la incorporación de las mismas, siendo que del personal por ingresar, dos puestos serían de servicios de asistencia o secretariales como los requeridos en la contratación recurrida, lo cual traería como consecuencia la disminución señalada. Al respecto, esa Administración debe tener claro el panorama relacionado con esta contratación, pues de lo expuesto por aquella, parece derivarse la posibilidad de que la reposición de plazas institucionales y con ello dos de servicios de asistencia pueda ocurrir durante la ejecución de la contratación

objetada, lo cual podría eventualmente ir en contra de la imprevisibilidad exigida en el artículo 208 RLCA, pues la circunstancia es conocida por INCOPECA con anticipación a la apertura del concurso en cuestión, lo cual podría resultar en una decisión contraria a la norma de cita. Adicionalmente, tome en consideración esa Administración que la figura regulada en el artículo 208 del RLCA responde a aplicar soluciones a circunstancias excepcionales ocurridas en la etapa de ejecución contractual y no es posible echar mano de ella en una etapa procesal como la que se encuentra el presente concurso, es decir a penas en la etapa inicial de planificación y elaboración del cartel, donde la Administración precisamente debe proceder conforme a la ley y su respectivo reglamento a cumplir con las exigencias ahí dispuestas para dar inicio al procedimiento de la forma correcta, tal y como se explicó anteriormente; de ahí la necesidad de una adecuada planificación y análisis de las circunstancias que rodean el concurso antes de iniciar con el mismo, con el fin de evitar situaciones que pongan en riesgo la consecución del fin público y el no cumplimiento de los objetivos institucionales. Finalmente, tome en consideración esa Administración que ante la situación apremiante que pueda comprometer el interés público y el presupuesto institucional puede valorar la aplicación del artículo 58 del RLCA. **4) En cuanto al porcentaje de utilidad a presentar en la oferta económica de las ofertas.** La objetante considera que para evitar una competencia desleal de los oferentes en la oferta económica, debe ponerse como requisito presentar utilidades no menores de un 10%, lo cual evitará ofertas con un porcentaje de utilidad muy bajo e irreal para poder suplir el servicio a contratar y con ello tener un servicio sin la calidad requerida. La Administración omitió referirse a este punto en su respuesta de audiencia inicial. **Criterio de la División:** En el presente caso, más allá de no tenerse el criterio expreso de la Administración al respecto, no se observa por parte de la recurrente una fundamentación adecuada sustentada en algún tipo de prueba como estudios o análisis que permitan entender por qué es necesario establecer el porcentaje de utilidad propuesto de 10%, para de esta manera evitar ofertas con precios bajos que no podría satisfacer el interés público, ejercicio requerido por el artículo 178 RLCA, para considerar que el recurrente cuenta con la debida fundamentación referida. Tampoco se observa argumentación con la cual demostrar la relación entre el porcentaje de utilidad propuesto y un servicio de calidad idóneo. Por lo anterior, en el presente caso se procede a rechazar de plano el recurso por falta de fundamentación. -----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo señalado en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política; 81 de la Ley de Contratación Administrativa, 178 y 180 de su Reglamento, se resuelve: **1) DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR** el recurso de objeción interpuesto por **SANTA BARBARA TECHNOLOGY** en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA N°2019LN-000001-0018600001**, promovida por el **INSTITUTO COSTARRICENSE DE PESCA Y ACUICULTURA** para la contratación de “Servicios de apoyo a la gestión administrativa”. **2) RECHAZAR EL RECURSO** presentado por la empresa **GRUPO ASESORES LEITÓN Y ASOCIADOS** **3) Se da por agotada la vía administrativa.**-----

NOTIFIQUESE. -----

ORIGINAL FIRMADO

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

ORIGINAL FIRMADO

Karen Castro Montero
Asistente Técnico

ORIGINAL FIRMADO

Juan Manuel Delgado Martén
Fiscalizador



JMDM/svc
NI: 19843, 19940, 20458, 20635, 21116, 21159, 21163
NN: 11848 (DCA-2897-2019)
G: 2019002835-1 y 2