

R-DCA-1051-2019

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las nueve horas con diez minutos del dieciocho de octubre de dos mil diecinueve.-

RECURSOS DE OBJECCIÓN interpuestos por **ESTIBADORA LIMONENSE S.A.** y por la **Cooperativa de Servicios Múltiples de Atracadores de Vapores Portuarios y Afines R.L.**

(COOPEATRAVA R.L.), en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 2019LN-**

000001-0001800001, promovida por la **JUNTA DE ADMINISTRACIÓN PORTUARIA Y DE**

DESARROLLO ECONÓMICO DE LA VERTIENTE ATLÁNTICA (JAPDEVA), para la

concesión de la gestión de los servicios públicos de carga, descarga, estiba y desestiba y

manejo de mercancías en las terminales portuarias de Hernán Garrón Salazar y Gastón

Kogan.-----

RESULTANDO

I. Que el cuatro de octubre de dos mil diecinueve, las empresas Estibadora Limonense S.A. y Coopeatrava R.L, presentaron ante la Contraloría General de la República recursos de objeción en contra del cartel de la licitación pública “No. 2019LN-000001-01”, promovida por la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica.-----

II. Que mediante auto de las ocho horas con treinta y cinco minutos del nueve de octubre del dos mil diecinueve, esta División otorgó audiencia especial a la Administración licitante para que se pronunciara sobre los recursos de objeción interpuestos. Dicha audiencia fue atendida mediante el oficio No. PPL-161-2019 del catorce de octubre del dos mil diecinueve, el cual se encuentra incorporado al expediente del recurso de objeción.-----

III. Que la presente resolución se emite dentro del plazo de ley, y en su trámite se han observado las prescripciones legales y reglamentarias correspondientes.-----

CONSIDERANDO

I. SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS RECURSOS DE OBJECCIÓN. Como punto de partida conviene referirse a la fundamentación de los recursos, siendo que lo que se exponga en el presente apartado resulta de aplicación para todos los puntos que se abordarán en la resolución y en que se determine una deficiente fundamentación, debiéndose tener por incorporado en cada “Criterio de la División” en que así se establezca, lo cual se advierte de modo expreso. Ahora bien, el recurso de objeción ha sido establecido en el ordenamiento jurídico como un mecanismo para remover obstáculos injustificados a la libre participación o

para ajustar el cartel a los principios que rigen la materia de contratación administrativa y al ordenamiento jurídico, por lo cual se impone como un deber del recurrente exponer las razones de su impugnación, ejercicio que debe realizar de manera fundamentada. Así, el artículo 178 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA) dispone que: *“El recurso deberá presentarse con la prueba que se estime conveniente y debidamente fundamentado a fin de demostrar que el bien o el servicio que ofrece el recurrente puede satisfacer las necesidades de la Administración. Además, deberá indicar las infracciones precisas que le imputa al cartel con señalamiento de las violaciones de los principios fundamentales de la contratación administrativa, a las reglas de procedimiento o en general el quebranto de disposiciones expresas del ordenamiento que regula la materia.”* Por su parte, el artículo 180 del mismo cuerpo reglamentario, regula lo concerniente al recurso de objeción en licitaciones públicas y estipula: *“Cuando resulte totalmente improcedente por el fondo o la forma, ya sea, entre otras cosas, porque se trate de simples aclaraciones, o porque no se presenta debidamente fundamentado, será rechazado de plano en el momento que se verifique tal circunstancia.”* De conformidad con lo anterior, es claro el deber del recurrente de fundamentar sus alegatos. Adicionalmente, debe tenerse presente que la fundamentación en el recurso de objeción, en cuanto a la limitación a la participación se visualiza en dos etapas. Una primera en la cual a través de la fundamentación del recurso se acredite que en efecto existe una limitación a la participación de quien recurre, y adicionalmente, como una segunda etapa, acreditar que de existir tal limitación, se constituya en injustificada. Así, el argumentar sobre la limitación a participar no se agota en acreditar que en efecto se da, sino, que debe acreditarse que carece de sustento alguno, considerando las particularidades del objeto contractual, la necesidad de la Administración, entre otros aspectos. Esto por cuanto se parte de la presunción de que la Administración es la mejor conocedora de sus necesidades y por ende quien sabe cómo plasmar los requerimientos en el cartel en atención a sus necesidades; tal ejercicio lo realiza en ejercicio de su discrecionalidad administrativa y en atención al interés público que está llamada satisfacer. Por ende, si se cuestiona el contenido del pliego, el recurrente está obligado a realizar un ejercicio tal que permita a este órgano contralor tener por acreditado que en efecto la limitación es injustificada, o que en efecto hay una violación a las normas o principios de contratación administrativa. Sobre el particular, en la resolución No. R-DCA-577-2008 de las 11:00 horas del 29 de octubre de 2008 este órgano contralor señaló: *“(…) es preciso recordar el criterio reiterado de esta Contraloría General, considerando que la*

Administración licitante, se constituye en el ente que mejor conoce las necesidades que pretende satisfacer, por lo tanto, es la llamada a establecer los requerimientos cartelarios bajo su potestad discrecional y atendiendo el interés público. Como consecuencia de lo anterior, no resulta factible que este Despacho pueda imponer, sin una justificación técnica y jurídica categórica, la adquisición de otro equipo diferente al que consta en el pliego cartelario. Como muestra de lo anterior, se puede observar el razonamiento de este órgano contralor disponiendo que: "(...) si la Administración ha determinado una forma idónea, específica y debidamente sustentada (desde el punto de vista técnico y tomando en consideración el respecto al interés general) de satisfacer sus necesidades, no pueden los particulares mediante el recurso de objeción al cartel pretender que la Administración cambie ese objeto contractual, con el único argumento de que ellos tienen otra forma para alcanzar similares resultados. Permitir esa situación cercenaría la discrecionalidad administrativa necesaria para determinar la mejor manera de satisfacer sus requerimientos, convirtiéndose de esa forma, los procedimientos de contratación administrativa en un interminable "acomodo" a las posibilidades de ofrecer de cada particular. Es claro que no se trata de limitar el derecho que tienen los potenciales oferentes de objetar aquellas cláusulas o condiciones que de alguna manera le restrinjan su derecho a participar en un concurso específico, pero tampoco puede llegarse al extremo de obligar a la Administración a seleccionar el objeto contractual que más convenga a un oferente" (RC-381- 2000 de las 11:00 horas del 18 de setiembre del 2000). Visto lo anterior, el objetante que pretenda obtener un resultado favorable a raíz de su recurso de objeción, cuestionando requerimientos cartelarios, deberá reflejar en su escrito al menos los argumentos suficientes para acreditar que no existe justificación técnica, legal o financiera alguna por parte de la Administración para esa exigencia. [...] Para ello el objetante, deberá realizar un ejercicio tendiente a cuestionar y evidenciar que el acto recurrido es contrario a los principios rectores de la contratación administrativa. (...) quien acciona (...) a través del recurso de objeción, tiene la carga de la prueba, de manera que debe presentar, aportar y fundamentar debidamente la prueba correspondiente, a fin de demostrar que el bien o servicio que ofrece satisface las necesidades de la Administración, así como comprobar las infracciones que se le imputan al cartel, las violaciones a los principios de contratación administrativa o quebranto a cualquier regla de procedimiento o del ordenamiento en general. (...) En ese sentido, no resulta suficiente con que el objetante motive su pretensión únicamente en que se permita la participación del equipo o sistema que pretende ofrecer.

Contrariamente, debería incluirse una adecuada relación entre las modificaciones solicitadas, la documentación o prueba aportada y las violaciones imputadas al cartel. De manera tal, que no solo se demuestre la calidad y eficiencia del equipo o sistema que se pretende ofertar, sino que también se demuestre que cumple a cabalidad con los requerimientos y necesidades de la administración a efectos de satisfacer el interés público.”-----

II.- SOBRE EL FONDO. A) RECURSO INTERPUESTO POR ESTIBADORA LIMONENSE, S.A.

1) Sobre el incumplimiento en el plazo: La obje tante alega que el 27 de setiembre del año en curso la Administración publicó en el sistema unificado de compras públicas el cartel, señalando que la fecha de apertura de las ofertas es el 18 de octubre del 2019. Al respecto, considera que se incumple con el bloque de legalidad que establece un plazo mínimo de quince días hábiles que corren entre la publicación y la presentación de la oferta, puesto que el plazo para la presentación de la oferta debería vencer, como mínimo en fecha 21 de octubre del presente año. Señala que dada la inconsistencia presentada, se debe declarar la insubsistencia del procedimiento por vicios insubsanables. Solicita se declare que el plazo que hay entre la publicación del cartel y la presentación de la oferta violenta el bloque de legalidad, lo que hace nulo el acto administrativo y en ese sentido, solicita reiniciar el procedimiento. La Administración expone que el plazo entre el 27 de setiembre y el 18 de octubre corresponde, en principio, a 15 días hábiles, sin contar el asueto decretado para las fiestas patronales del cantón central de Limón del pasado 11 de octubre. Aclara que al momento de publicar el concurso en la plataforma SICOP, no se tenía conocimiento del asueto y que no fue sino hasta el día 08 de octubre de 2019 que mediante un correo electrónico el Departamento de Personal informó sobre ese asueto. Indica que en casos similares, de demostrarse un error en el plazo otorgado para la recepción de ofertas, la Contraloría General ha ordenado ajustar el cartel a los plazos establecidos en las normas vigentes. Cita la resolución No. R-DCA-0564-2019 de esta División. Considera que lo procedente, en caso de que se determine un error, es que la Administración pueda ampliar el plazo, para cumplir con la legislación. Solicita que se rechace el recurso en este extremo. **Criterio de la División:** Como aspecto de primer orden, conviene señalar que las objetantes así como la Administración, identifican la presente contratación con el número “2019LN-000001-01”. Al respecto, se ha de indicar que el procedimiento se tramita en el Sistema de Compras Públicas SICOP, con lo cual se entiende que el número de procedimiento licitatorio es el 2019LN-000001-0001800001, lo cual coincide con el objeto indicado por las partes. Ahora bien, en cuanto al tema en discusión, se observa que si bien

inicialmente la Administración publicó el pliego cartelario el 27 de setiembre último y estableció la fecha de apertura de ofertas para el 18 de octubre del año en curso, lo cierto es que el 16 de octubre recién pasado, se amplió el plazo de recepción de ofertas al 01 de noviembre del 2019, según se puede observar en el Sistema de Compras Públicas SICOP (visible en la dirección electrónica www.sicop.go.cr/ [2. Información de Cartel] ingresando en el Número de Procedimiento 2019LN-000001-0001800001 [Versión Actual]), medio por el cual se gestiona la presente contratación. En relación con lo anterior, resulta oportuno indicar que en la resolución de este Despacho No. R-DCA-0638-2019 de las catorce horas con cincuenta minutos del dos de julio de dos mil diecinueve, se indicó: *"En relación con este punto de la objeción, el accionante reclama que el plazo de 15 días para preparación de la oferta es insuficiente. No obstante lo anterior, este órgano contralor observa que mediante correo electrónico del 19 de junio de 2019, la Administración amplió el plazo para presentar ofertas hasta el 31 de julio de 2019 (folios 45 del expediente del recurso de objeción). Con lo que, entre el plazo de comunicación de la invitación -11 de junio de 2019 (folio 43 del expediente del recurso de objeción)- y el plazo límite para presentación de las ofertas, median 35 días hábiles. Lo anterior, sin considerar el 25 de julio, de conformidad con lo indicado en el numeral 148 del Código de Trabajo. Así las cosas, los posibles oferentes no disponen de 15 días hábiles, como se reclama, sino de 35 días hábiles para preparar las propuestas. En virtud de lo anterior, se declara sin lugar este extremo del recurso de objeción."* Así las cosas, con apego al principio de eficiencia regulado en el artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa que orienta a la conservación de los actos y siendo que en virtud de la modificación realizada por la Administración, se cumple con el plazo mínimo para la recepción de ofertas, se declara **sin lugar** este aspecto. **2) Sobre el número de concesiones:** La objetante indica que el número de concesiones a otorgar está determinado por un anexo al cartel llamado "Anteproyecto para la explotación de los servicios públicos de carga, descarga, estiba y desestiba y manejo mercancía en las terminales portuarias Hernán Garrón Salazar y Gastón Kogan en Moín". Señala que dicho estudio se encuentra sumamente falseado por varias razones: **i)** Manifiesta que la filosofía, cuando se dio la apertura de la carga, descarga, estiba y desestiba y el manejo de mercancías en las terminales portuarias de Limón y Moín, se hizo en función de un mejor rendimiento de las operaciones portuarias en razón de la competencia de fijación de tarifas máximas y mínimas, y la distribución de las riquezas entre un mayor número de individuos. Es decir, se hizo cuando se rompió el monopolio público y se pone a los actores privados a

competir en un campo de juego reglado, pero con un fin último que es asegurar el mayor y mejor reparto de la riqueza que genera la actividad portuaria. Indica que esta situación es reconocida en el párrafo primero de la página 58 del documento mencionado. Agrega que el párrafo segundo comete un error de bulto al indicar que hay un traslado de carga a la nueva Terminal de Contenedores de Moín, situación que no es cierta, puesto que lo que se traslada a APM Terminals, que no es Terminal de Contenedores de Moín, es un tipo determinado de contenedor y esa sola situación no impide que tanto las terminales portuarias Hernán Garrón como Gastón Kogan puedan tener un funcionamiento futuro que amplíe la carga que hoy maneja JAPDEVA. Considera que queda a decisión del oferente privado establecer bajo qué condiciones desarrolla su actividad y si decide bajo su riesgo y costo el optar por una concesión del tipo que se está definiendo en este concurso. **ii)** Señala que el párrafo tercero de la página 58 es un monumento a la inseguridad jurídica porque utiliza frases como “alguna gente” pero sin definir a quiénes se refiere ni con qué base realiza esa afirmación. Agrega que sin existir ninguna lógica formal que indique por qué razón llega a la recomendación se establece que tres compañías es la ideal. Refuta esa indicación porque el funcionamiento actual de los puertos ha permitido la coexistencia de cuatro prestatarios del servicio que se encuentran altamente especializados, dos con actividad bananera, otro con hierro y otro con papel, lo que se muestra en la programación de barcos que periódicamente emite JAPDEVA. Por lo tanto, y en pro del principio de seguridad jurídica, libre concurrencia e igualdad de trato solicita que las concesiones que se otorguen incluya el número de cuatro que actualmente prestan el servicio y que han permanecido en el mercado. Manifiesta que si por razones internas alguna de las actuales concesionarias decide no participar es por su propia decisión pero al menos, no se impide que otros potenciales prestatarios del servicio puedan ser oferentes. En la misma línea, señala que en que el párrafo cuatro de la página 58, se reitera la participación de tres empresas y no cuatro, aun cuando actualmente funcionan cuatro. **iii)** Señala que en el estudio se hace referencia al anexo 1, sin embargo, éste no se encuentra, sino que en la página 59 lo que está es el anexo 2, lo cual amerita que se anule el acto de adjudicación por ausencia total de la información. Por las razones expuestas solicita se ordene a la Administración promovente a que proceda a realizar un nuevo estudio que permita brindar seguridad jurídica, y que no viole la libre concurrencia y de igualdad de trato. La Administración afirma que mantiene el criterio esbozado en el cartel, por lo que no comparte el alegato del recurrente. Explica que existe un contrato de concesión de obra pública con

servicio público para el diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento de la terminal de contenedores de Moín, que fue adjudicado a la empresa APM Terminals, lo que es diametralmente distinto a lo señalado por el recurrente. Cita el dictamen OJ-014-2003 de la Procuraduría General de la República y comenta que la potestad para normar y organizar el servicio le corresponde a la Administración, lo cual afirma que se ha hecho a partir del Anteproyecto de Explotación que cuestiona el objetante. Agrega que el mismo cartel establece la posibilidad de promover la contratación de nuevos concesionarios, a partir de la terminación anormal del contrato de concesión o eventualidades. Señala que el estudio técnico, en el cuadro 2 del anexo 1 al Anteproyecto al cartel, refleja la carga movilizada por las compañías estibadoras en el año 2018, que corresponde a 9.185.682 toneladas métricas. Agrega que el 100% de esa carga era movilizada por seis compañías estibadoras que tenían concesión con la Administración. Indica que en el cuadro 3 del anexo al Anteproyecto del cartel, refleja el comportamiento de la carga del mes de junio y julio de 2019, donde la carga a movilizar en un año llegaría a 1.512.336 toneladas métricas. Expone que esa disminución en la carga es por la firma del contrato con la APM Terminal para la movilización de la carga de portacontenedores, que representa una disminución del 84% lo que implica que las compañías estibadoras estarían manejando un 16% de la carga. Establece que al hacer la relación porcentual se demuestra que la carga podría ser movilizada por una compañía estibadora, pero la Administración con el fin de evitar el monopolio plantea que sea manejada por tres compañías. Agrega que se reserva el derecho de promover la contratación de nuevos concesionarios cuando aumente la carga y se demuestre técnicamente esa necesidad o por disminución de los concesionarios ante sanciones por incumplimientos. Solicita que se rechace este extremo del recurso de objeción. **Criterio de la División:** Como aspecto de primer orden, conviene señalar que en cuanto al número de concesiones, el cartel indica: *“El objeto del presente concurso lo constituye la concesión de la gestión del servicio de estiba, desestiba, carga, descarga y manejo de mercancías en las Terminales Portuarias Hernán Garrón Salazar (Limón) y Gastón Kogan Kogan (Moín) mediante el otorgamiento de un máximo de tres (3) concesiones”* (folio 32 del expediente del recurso de objeción). Ahora bien, el objetante basa su argumento en un documento denominado “Anteproyecto para la explotación de los servicios públicos de carga-descarga, estiba, desestiba y manejo de mercancías en las terminales portuarias Hernán Garrón Salazar en Limón y Gastón Kogan Kogan en Moín” y sobre el que señala que tiene una serie de errores por cuanto no considera todos los factores, variables ni

la situación actual que puede influir en la contratación y solicita que se permita que continúen prestando el servicio cuatro empresas y no tres como dice la letra del cartel. Al respecto, la Administración explica las razones por las cuales considera que con tres empresas concesionarias puede suplir el servicio. Además, en el Anteproyecto, se observa la siguiente información:

Tabla N° 2
COMPORTAMIENTO DE LA CARGA MOVILIZADA POR LAS
CIAS ESTIBADORAS 2010 AL 2018 Y 2019 PROYECTADA

TABLA # 2		
COMPORTAMIENTO DE LA CARGA MOVILIZADA POR COMPAÑIAS		
ESTIBADORAS 2010 A 2018 Y 2019 PROYECTADA		
AÑO	TONELADAS	% DE VARIACION
2010	6 373 958	
2011	5 876 301	-7,81%
2012	7 193 464	22,41%
2013	8 165 671	13,52%
2014	8 478 150	3,83%
2015	7 993 200	-5,72%
2016	8 939 764	11,84%
2017	9 304 266	4,08%
2018	9 185 682	1,27%
2019*	1 512 336	-83,54%

Fuente: estadísticas JAPDEVA
* CARGA PROYECTADA A Diciembre 2019

Fuente: Estadísticas JAPDEVA

“En el lapso de los últimos diez años (del 2010 al 2018 y 2019 proyectada), la carga movilizada por las compañías estibadoras ha tenido altibajos, mostrando in declive de un -7,81% con respecto al 2010. A lo largo de estos diez años el mayor incremento se dio en el 2012 de un 22,41% con respecto al 2011. En el 2016 se dio otro incremento de la carga de un 11,84% con relación al 2015; que tuvo una disminución del -5,72%. El cambio brusco se da en el 2019 con respecto al 2018, donde la carga se redujo en un 83,54% o sea en un 84%. Lo anterior obedece a la entrada en operación de la nueva Terminal de Contenedores en Moín”. (visible en la dirección electrónica www.sicop.go.cr, ingresando en el Número de Procedimiento 2019LN-000001-0001800001, [2. Información de Cartel], 2019LN-000001-0001800001 [Versión Actual], Detalles del concurso, [F. Documento del cartel], No. 1: ANTEPROYECTO ESTIBAS, Archivo adjunto: ANTEPROYECTO 2019 ESTIBAS 03-9-2019 (3) FIRMA DIGITAL.pdf (1.1 MB)). A partir de lo señalado, considera este órgano contralor que, tal como se indicó en el apartado primero de esta resolución, corre bajo quien alega el deber de fundamentación acompañando la prueba pertinente para acompañar su dicho. En ese sentido, se extraña un análisis del objetante mediante el cual rebata lo establecido por la Administración, realizando por ejemplo, un análisis numérico de frente a la información que

aporta la entidad licitante a fin de llevar al convencimiento de que las razones brindadas no son acordes con la realidad. Así las cosas, se estima que el objetante no justifica cómo lo establecido en el pliego cartelario, le limita su participación, es contrario a principios de contratación administrativa o en general a las reglas del procedimiento. En virtud de lo que ha sido señalado se declara **sin lugar** este aspecto. **3) Sobre la experiencia de la empresa en labores de estiba y desestiba:** La objetante señala que en el punto VI del cartel, denominado “Sistema de evaluación”, particularmente en el punto 2, sobre la experiencia de la empresa en labores de estiba y desestiba, se establecen factores que resultan improcedentes porque no atribuyen a la experiencia empresarial una ponderación que marque un reconocimiento a la prestación del servicio público concesionado, que debe ser transversal en la protección del interés público. Lo anterior, tomando en consideración que se trata de una actividad que tiene más de 20 años de haberse trasladado a terceros. Manifiesta que en ese sentido, y en función del parámetro constitucional de igualdad de trato, objeta la ponderación de puntaje propuesta. La Administración manifiesta que el numeral 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa establece que el recurso debe de presentarse debidamente fundamentado, lo que considera que no ocurre en el caso concreto, puesto que la empresa se limita a decir que las cláusulas objetadas son improcedentes y que van en contra de los principios constitucionales, pero no demuestra que se violenten esos principios. Indica que el cartel debe ser un cuerpo de especificaciones técnico, claro, suficiente, concreto, objetivo y amplio, de manera que las restricciones que se impongan tengan una sólida justificación, a efectos de cumplir con el fin público. Agrega que la Administración es la única con la capacidad de definir cuáles son los requisitos mínimos de carácter obligatorio y que esas potestades discrecionales tienen como límite las justificaciones técnicas y jurídicas que responden a los principios de contratación administrativa. Indica que la participación de los oferentes no supone la adaptación del cartel a las propuestas que pretenden presentar. Argumenta que en el caso concreto, el recurrente solicita la modificación del cartel, basado en criterios subjetivos que van en contra de las necesidades de la Administración, en cuanto a la experiencia de las empresas que brinden el servicio público que se pretende dar en concesión. Añade que los aspectos señalados por el recurrente, lejos de apegarse a la naturaleza del recurso de objeción, tienen como pretensión conseguir que el cartel sea moldeado o ajustado a las características y posibilidades de su empresa. Añade que la aplicación de los criterios de evaluación no restringe la participación del reclamante. Considera que la Administración no puede proteger

intereses particulares, sino que siempre debe prevalecer el interés público. Afirma que la evaluación de la experiencia es equitativa y no violenta el principio de igualdad entre oferentes. Indica que la experiencia de la empresa es sólo un factor de la evaluación y serán seleccionadas las empresas cuya acumulación de los demás factores alcancen los mayores puntajes. Solicita que se rechace el recurso en ese extremo. **Criterio de la División:** En cuanto al sistema de evaluación, este órgano contralor se ha referido en otras oportunidades. Así, en la resolución R-DCA-0149-2019 de las nueve horas treinta y nueve minutos del dieciocho de febrero del dos mil diecinueve se indicó: *“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 que bajo las reglas actuales las empresas que utilicen el método ASTM-1720 tienen una ventaja respecto de aquellas que utilizan la OECD 301B pues las primeras recibirían un mayor puntaje. De la argumentación del objetante se observa que no cuestiona que la cláusula objetada resulta desproporcionada, inaplicable o intrascendente por lo que carece de la adecuada fundamentación el recurso de objeción en este aspecto por lo que corresponde declarar sin lugar lo pretendido”*. En el caso particular resulta de aplicación lo antes transcrito, por cuanto la objetante no demuestra cómo lo establecido por la Administración en la evaluación se configura como intrascendente, inaplicable, irracional o desproporcionado, es que se declara **sin lugar** este aspecto. **4) Sobre la experiencia de las personas que laboran en la parte operativa:** La objetante señala que el punto 3 del sistema de evaluación incluye un acápite que le otorga 40 puntos a la experiencia de las personas que laboran en la parte operativa. Considera que esta parte de la evaluación viola los principios de seguridad jurídica, proporcionalidad, igualdad de trato, y racionalidad ya que no hay ningún parámetro objetivo para determinar este aspecto de la evaluación, generando incertidumbre. Sugiere que se dé puntaje por año demostrado de experiencia para que de esa forma no quede abierta a ningún tipo de subjetividad. La Administración expone que el numeral 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa establece que el recurso debe de

presentarse debidamente fundamentado, lo que considera que no ocurre en el caso concreto, puesto que la empresa se limita a decir que las cláusulas objetadas son improcedentes y que van en contra de los principios constitucionales, pero no demuestra que se violenten esos principios. Indica que la Administración es la única con la capacidad de definir cuáles son los requisitos mínimos de carácter obligatorio y que esas potestades discrecionales tienen como límite las justificaciones técnicas y jurídicas que responden a los principios de contratación administrativa. Añade que la participación de los oferentes no supone la adaptación del cartel a las propuestas que pretenden presentar. Solicita que se rechace el recurso en este extremo.

Criterio de la División: Tal como se indicó en el punto inmediato anterior, cuando se recurre un factor de evaluación, el objetante debe indicar cómo lo regulado en el cartel resulta desproporcionado, inaplicable, intrascendente o irracional. En el caso particular, se observa que el cartel establece en el factor de evaluación recurrido, que la experiencia se evaluará a partir de la sumatoria de la experiencia total de las personas y a continuación detalla cómo va a considerar tal experiencia. Por otra parte, más allá de sugerir que el puntaje se dé por año demostrado de experiencia, el objetante no realiza mayor análisis ni desarrollo de su decir siendo además que al tratarse de un factor de evaluación, no se limita en sí mismo su participación. De esta forma, se impone declarar **sin lugar** este aspecto. **5) Sobre la presentación de un plan de responsabilidad social:** La objetante señala que en el punto 4 del sistema de evaluación se incluye un acápite denominado “presentación de un plan de responsabilidad social”. Menciona que dicho acápite violenta los principios de libre competencia, igualdad de trato, seguridad jurídica y racionalidad por cuanto se establece sin ninguna lógica ni parámetro objetivo y además la entidad licitante hace una referencia a la norma ISO 26000, la cual indica que se lleva más de 6 meses la implementación del plan, no obstante el plazo para entregar una oferta dentro las licitaciones públicas no pueden ser mayor a 30 días. Manifiesta que ese requisito, nunca se ha pedido en las licitaciones previas, ni siquiera en la que se anuló. Además, señala que lo requerido en este acápite constituye una barrera de ingreso que no encuentra justificación ni motivación en la normativa. Solicita se elimine el apartado de calificación y se redistribuyan los puntos en los demás aspectos a evaluar. La Administración señala que el numeral 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa establece que el recurso debe de presentarse debidamente fundamentado, lo que considera que no ocurre en el caso concreto, puesto que la empresa se limita a decir que las cláusulas objetadas son improcedentes y que van en contra de los

principios constitucionales, pero no demuestra que se violenten esos principios. Afirma que se propone que los oferentes presenten carta de compromiso de que la empresa implementará un plan de responsabilidad social empresarial, considerando aspectos como la norma ISO y los principios del Pacto Global de las Naciones y/o norma INTE-G35. Solicita que se rechace el recurso en este extremo. **Criterio de la División:** Como punto de partida, se debe tener presente que el pliego de condiciones señala: “**5. PRESENTACIÓN DE UN PLAN DE RESPONSABILIDAD SOCIAL. VALOR 10 PUNTOS** / “Aportar el Plan de Responsabilidad Social Empresarial que esté siendo aplicado en la empresa. Tal Plan debe considerar la norma ISO 26000 y los principios del Pacto Global de las Naciones Unidas, con puntuación de 10%” (folio 32 del expediente del recurso de objeción). Al respecto, el objetante solicita que se elimine el requerimiento, basándose en que el apartado se establece sin ninguna lógica ni parámetro objetivo, que la implementación del plan conlleva más de seis meses, que es un requisito que no se ha exigido en otros concursos y que es una barrera a la participación. Al atender la audiencia especial conferida, la Administración licitante expuso lo siguiente: “Se propone que los oferentes presenten carta de compromiso de que la empresa implementará un Plan de Responsabilidad Social empresarial, considerando aspectos de la norma **ISO** y los principios del Pacto Global de las Naciones Unidas y/o norma **INTE-G35** [...]” (folio 32 del expediente del recurso de objeción). Así las cosas, se entiende que la Administración propone modificar el requerimiento de modo que solicitará “una carta de compromiso de que la empresa implementará” el Plan de Responsabilidad Social, aceptando de manera parcial las pretensiones del recurrente, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 175 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, al no observarse que con el allanamiento se violenten normas o principios del ordenamiento jurídico, procede declarar **parcialmente con lugar** este extremo del recurso de objeción interpuesto. Para ello, se asume que la Administración valoró detenidamente la conveniencia de la modificación, lo cual corre bajo su responsabilidad y se deja expresamente advertido. Finalmente, en cuanto al documento presentado ante esta Contraloría General por Estibadora Limonense, S.A. el 14 de octubre último, este órgano contralor no se refiere por encontrarse extemporáneo aun tomando en consideración la modificación al plazo realizada por la Administración. **B) RECURSO INTERPUESTO POR COOPEATRAVA, R.L. 1) Sobre el número máximo de concesiones:** La objetante impugna el número de máximo de concesiones, por cuanto considera lesivo que la entidad licitante les niegue su derecho a trabajar. Manifiesta que en la actualidad en los

puertos de JAPDEVA operan cuatro empresas cada una con varios clientes importantes y una estibadora puede operar con sólo uno de esos clientes, por lo que pueden coexistir fácilmente hasta seis estibadoras. Menciona que JAPDEVA lo que quiere es volver a los tiempos en que sólo tenía tres estibadoras que se ponían de acuerdo y cobraban las tarifas máximas fijadas por ARESEP, perjudicando a los clientes del puerto. Solicita que se ordene a JAPDEVA aumentar el número máximo de concesiones por el bien del país. Concluye que el estudio en que la entidad licitante basa el otorgamiento de tres concesiones está incorrecto por cuanto no considera la realidad actual de este año 2019 en que trabajan cuatro estibadoras sin ningún problema financiero ni tampoco considera un rango de holgura por si alguna estibadora sale de operación, aun cuando el mismo estudio señala que dos estibadoras dejaron de operar por diversos incumplimientos. La Administración indica que mantiene el criterio esbozado en el cartel, por lo que no comparte el alegato del objetante. Manifiesta que el objeto y alcance del contrato se encuentra en la cláusula 2.2 de cartel, la cual transcribe. Expone que los servicios que serán gestionados por las empresas que sean adjudicadas son públicos. Cita el dictamen OJ-014-2003 de la Procuraduría General de la República y comenta que la potestad para normar y organizar el servicio le corresponde a la Administración, lo cual afirma que se ha hecho a partir del Anteproyecto de Explotación que cuestiona el objetante. Indica que el mismo cartel establece la posibilidad de promover la contratación de nuevos concesionarios, a partir de la terminación anormal del contrato de concesión o eventualidades. Señala que el estudio técnico, en el cuadro 2 del anexo 1 al Anteproyecto al cartel, refleja la carga movilizada por las compañías estibadoras en el año 2018, que corresponde a 9.185.682 toneladas métricas. Agrega que el 100% de esa carga era movilizada por seis compañías estibadoras que tenían concesión con la Administración. Indica que en el cuadro 3 del anexo al Anteproyecto al cartel, refleja el comportamiento de la carga del mes de junio y julio de 2019, donde la carga a movilizar en un año llegaría a 1.512.336 toneladas métricas. Expone que esa disminución en la carga es por la firma del contrato con la APM Terminal para la movilización de la carga de portacontenedores, que representa una disminución del 84% lo que implica que las compañías estibadoras estarían manejando un 16% de la carga. Señala que al hacer la relación porcentual se demuestra que la carga podría ser movilizada por una compañía estibadora, pero la Administración con el fin de evitar el monopolio plantea que sea manejada por tres compañías. Agrega que se reserva el derecho de promover la contratación de nuevos concesionarios cuando aumente la carga y se demuestre técnicamente esa necesidad o por

disminución de los concesionarios ante sanciones por incumplimientos. Solicita que se rechace este extremo del recurso de objeción. **Criterio de la División:** En relación con los alegatos del recurrente y considerando la similitud de lo resuelto en un punto precedente, debe estarse a lo resuelto en el “Criterio de División” del punto 2 del recurso presentado por Estibadora Limonense S.A. En virtud de lo anterior, lo pertinente es declarar **sin lugar** este extremo del recurso de objeción incoado. **2) Sobre el plazo:** La objetante recurre el aparte tres del cartel y señala que el plazo de concesión que se indica es demasiado corto para recuperar cualquier inversión que se haga para poder trabajar las diferentes cargas. Menciona que las inversiones que se requieren son montacargas, carretillas eléctricas y carretillas manuales entre otros equipos. Considera que el plazo no guarda congruencia con el artículo 74 de la Ley de Contratación Administrativa, siendo que a su parecer, las concesiones deberían tener un plazo de al menos diez años para garantizar la estabilidad de los exportadores e importadores y de los trabajadores de las estibadoras. La Administración argumenta que de conformidad con el numeral 74 de la Ley de Contratación Administrativa, la concesión de servicios públicos no puede tener carácter indefinido. Indica que el Decreto No. 32178-MOPT dispone que el plazo de los contratos de concesión de servicios de estiba y desestiba, no puede exceder de cinco años a partir de la orden de inicio. Afirma que modificar el plazo iría en contra de lo establecido en el reglamento antes dicho y violentaría el principio de legalidad. **Criterio de la División:** En cuanto a este extremo de la acción recursiva, se tiene que el cartel dispone lo siguiente: *“III. PLAZO: / El plazo de la concesión será de cinco (5) años contados a partir de la orden de inicio que gire JAPDEVA, orden que se dará hasta tanto exista el refrendo del contrato que derive del presente proceso de contratación.”* (folio 32 del expediente del recurso de objeción). Al respecto, el objetante considera que el plazo de la concesión es demasiado corto para recuperar la inversión. No obstante lo anterior, los alegatos se sustentan de manera exclusiva en la prosa del recurso, la cual corresponde a consideraciones propias y personales del recurrente, sin mayor profundización. Aunado a lo anterior, observa este órgano contralor que no se aporta prueba idónea para acreditar que el plazo indicado sea desproporcionado o que infrinja los principios de contratación administrativa y, eventualmente, se constituya en un límite a la participación de los oferentes, por lo que la acción recursiva carece de la debida fundamentación de conformidad con el acápite primero de esta resolución. Asimismo, se tiene que al atender la audiencia especial otorgada, la Administración licitante remitió al Decreto No. 32178-MOPT “Reglamento para el Servicio de Estiba y Desestiba en el Complejo Portuario de

Limón y Moín”, el cual establece, en el numeral 11, lo siguiente: “*El plazo de los contratos de Concesión de los Servicios de Estiba y Desestiba, no podrá exceder de cinco años, el cual empezará a correr a partir de la fecha en que se dé la orden de inicio.*” Bajo las consideraciones anteriormente plasmadas, se impone declarar **sin lugar** este extremo del recurso de objeción. **3) Sobre las ofertas en consorcio**: La objetante recurre el punto E) del cartel denominado ofertas en consorcio. Indica que cualquier aceptación de JAPDEVA de una empresa extranjera violenta su derecho al trabajo consagrado en la Constitución Política y solicita que se ordene a JAPDEVA eliminar ese punto. La Administración señala que la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento no impiden la participación de empresa extranjeras, ni ofertas en consorcio. **Criterio de la División**: En el caso concreto el recurrente se refiere al apartado “**E. REGULACIONES EN CUANTO A LAS OFERTAS EN CONSORCIO**” y afirma que la aceptación de empresas extranjeras violenta su derecho al trabajo. Sin embargo, lo plasmado en la acción recursiva carece de la debida fundamentación, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 178 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y el apartado primero de esta resolución, por cuanto no se demuestra de manera fehaciente que la cláusula impugnada infrinja los principios fundamentales de la contratación administrativa, las reglas del procedimiento o en general el ordenamiento jurídico que regula la materia de compras públicas. En virtud de lo anterior, se declara **sin lugar** este extremo del recurso. Finalmente respecto a la nota inserta al recurso de objeción en cuanto a que la acción recursiva la interpone el señor Omar Salazar Gutiérrez en su condición de ciudadano y como representante legal de la cooperativa, de conformidad con el artículo 178 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se ha de estar a lo dispuesto en la presente resolución.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en los artículos 81 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa, 178 y 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se resuelve: **1) DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR** el recurso de objeción interpuesto por **ESTIBADORA LIMONENSE S.A.** en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 2019LN-000001-0001800001**, promovida por la **JUNTA DE ADMINISTRACIÓN PORTUARIA Y DE DESARROLLO ECONÓMICO DE LA VERTIENTE ATLÁNTICA (JAPDEVA)**, para la concesión de la gestión de los servicios públicos de carga, descarga, estiba y desestiba y manejo de mercancías en las terminales portuarias de Hernán

Garrón Salazar y Gastón Kogan. **2) DECLARAR SIN LUGAR** el recurso de objeción interpuesto por la **Cooperativa de Servicios Múltiples de Atracadores de Vapores Portuarios y Afines R.L. (COOPEATRAVA R.L.)**, en contra del cartel de la referida **LICITACIÓN PÚBLICA No. 2019LN-000001-0001800001**, promovida por la **JUNTA DE ADMINISTRACIÓN PORTUARIA Y DE DESARROLLO ECONÓMICO DE LA VERTIENTE ATLÁNTICA**. **3) PREVENIR** a la Administración para que proceda a realizar las modificaciones indicadas al cartel, dentro del término y condiciones previstas en el artículo 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. **4) Se da por agotada la vía administrativa.**-----

NOTIFÍQUESE.-----

ORIGINAL FIRMADO

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

ORIGINAL FIRMADO

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

ORIGINAL FIRMADO

Rosaura Garro Vargas
Fiscalizadora

ORIGINAL FIRMADO

Suraye Zaglul Fiatt
Fiscalizadora

RGV/SZF/mjav
NI: 27113-27125-27167-27181-28067-28129-28331
NN: 15897 (DCA-3870-2019)
G: 2019003844-1

