

R-DCA-1189-2019

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las catorce horas con treinta y siete minutos del veinte de noviembre de dos mil diecinueve.-----

RECURSOS DE OBJECCIÓN interpuestos por **COOPERATIVA AUTOGESTIONARIA ACCIÓN RL, ESTIBADORA LIMONENSE S.A. y COMERCIALIZADORA ANFO S.A.**, en contra de las modificaciones al 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 seis de noviembre de dos mil diecinueve Cooperativa Autogestionaria Acción RL, Estibadora Limonense S.A. y Comercializadora Anfo S.A., presentaron ante la Contraloría General de la República recurso de objeción 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.-----

II. Que mediante auto de las catorce horas con treinta minutos del siete de noviembre de 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-175-2019 del trece de noviembre de dos mil diecinueve, el cual se encuentra incorporado al expediente de la 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 EL FONDO: A) SOBRE EL RECURSO INTERPUESTO POR COOPERATIVA AUTOGESTIONARIA ACCIÓN RL. 1) Sobre los nuevos elementos publicados. El objetante expone que recientemente han salido a la luz pública aspectos que producen una variación de los elementos básicos de la contratación, los cuales no pudieron ser analizados por todos los interesados en la licitación. Explica que la fecha de la publicación en medios nacionales fue posterior a la publicación de la contratación. Indica que se refiere a lo anunciado por la presidenta ejecutiva de JAPDEVA, donde se informa que se está incursionando en el negocio de

trasbordo de contenedores. Señala que dado ese anuncio, su empresa se dio a la tarea de investigar y como resultado se obtuvo el criterio de la promotora de comercio exterior de Procomer, el cual afirma que es vinculante, y expone las razones por las cuales la carga de JAPDEVA se encuentra en rápido crecimiento. Añade que ese criterio se pronuncia sobre el número de estibadoras convenientes a nivel de principio de eficiencia y realiza la advertencia sobre los peligros que en el pasado generó el oligopolio de tres empresas. Manifiesta que adicionalmente se contactaron empresas que actualmente brindan los servicios de carga y descarga y su criterio es que se está empezando a trabajar carga de trasbordo mayoritariamente en los barcos de contenedores vacíos que atracan en el país para ser utilizados por las transnacionales exportadoras. Establece que al comparar el anteproyecto de la contratación con el criterio de la promotora de comercio, se obtiene irregularidades que no se pueden pasar por alto. Cita que en la página 56 del anteproyecto se indica que la Administración se basa en el promedio de estudio de carga movilizadas de tan solo dos meses del año. Argumenta que ese dato provoca que el estudio técnico sea erróneo, puesto que no es razonable ni coherente que el estudio se base en dos meses de análisis. Transcribe el criterio de Coopeutritab RL, en el sentido de que el trabajo de estiba es una actividad con un comportamiento irregular en cuanto a volumen de trabajo, pues depende de la demanda internacional y la temporada de los productos perecederos que se exportan, lo que implica que en temporada alta sea difícil sacar la tarea con tan solo los trabajadores asociados que se ven beneficiados, por lo que es imprescindible contratar más trabajadores. Indica que se dieron a la tarea de consultarle a uno de los gerentes de las empresas estibadoras, sobre el fenómeno de cambios en la demanda posterior al ingreso de APM Terminals, y la respuesta fue que se continúan manejando las exportaciones de fruta de los barcos no contenerizados, siendo ese fenómeno de altas y bajas invariable. Considera que es lógico inferir que, si la demanda anual de la actividad varía dependiendo de los meses y estaciones del año, la Administración debe realizar un análisis que no solo cuente con dos meses del año, puesto que se estaría dando un criterio erróneo y es cuestionable la validez del proyecto en su totalidad. Afirma que en la página 44 del anteproyecto se indica que esto fue provocado por las barreras de ingreso de nuevas empresas, lo cual les generó un gran poder dentro del sector con la contribución de influencias por el financiamiento de las reivindicaciones salariales y sociales que demandaron agrupaciones sindicales de los trabajadores, a través del mecanismo de petición de alza de tarifas fijadas para los servicios de carga y descarga de mercancías. Señala que ese fue el análisis de la Administración de los perjuicios que provocó el

oligopolio de las 3 empresas estibadoras en el 2000, lo cual es congruente con el criterio de Procomer. Indica que, en el anteproyecto, la Administración expone que el mercado abierto genera una sana competencia y tiene ciertas ventajas, como que impulsa a los participantes a innovar con el propósito de mantener una cuota de mercado que sea rentable, la cual toma la forma de mejores formas de organización para la prestación del servicio y la incorporación de nueva tecnología y ofrece a los usuarios la opción de elegir libremente con cuál compañía desean establecer relaciones comerciales. Agrega que en el caso concreto, será el precio y la calidad del servicio las que orienten las decisiones de los usuarios. Indica que se mantiene una rivalidad comercial sana, que permite aprovechar la aparición de oportunidades de negocios y brinda una imagen de transparencia pues los dueños de la cargas y los operadores pueden cambiar al proveedor del servicio en función de las características percibidas de este. Considera que, así las cosas, resulta incongruente los elementos del anteproyecto con el actuar de la Administración de crear un oligopolio con las empresas actualmente concesionarias, pues el mismo estudio refleja las ventajas de tener varios proveedores en competencia. Manifiesta que ese error entre el decir y el actuar, que se provocó por el error de la base de estudio en dos meses, no puede ser pasado por alto, dado el perjuicio al interés público que puede generar. La Administración manifiesta que lo indicado no procede, por cuanto las objeciones deben ser presentadas en contra de las últimas modificaciones efectuadas al cartel y no sobre cláusulas consolidadas en las versiones anteriores de este. Añade que cualquier alegato que verse sobre el contenido del pliego de condiciones no sujeto a variación, se encuentra precluido, ya que el momento procesal para objetar era una vez conocida la versión original del cartel. Expone que la preclusión se entiende como la pérdida de de la facultad legal, por lo que no es posible admitir para conocimiento alegatos que estén precluidos, ya que eso atentaría contra la agilidad y eficiencia que debe imperar en la fase de elaboración y depuración del cartel. Afirma que se mantienen todos los elementos señalados en el cartel, sin que se compartan los alegatos del recurrente. Explica que en Anteproyecto fue elaborado de conformidad con las condiciones del mercado, donde la carga movilizada de 2018 fue de 9.579.452 toneladas métricas y las proyecciones de carga de 2019 son de 1.532.712, lo que afirma que muestra una disminución del 84%. Añade que los servicios que está prestando JAPDEVA incluyen el manejo o manipulación de la carga en el complejo portuario Hernán Garrón Salazar y Gastón Kogan y comprende las modalidades de carga convencional, granel sólido, paletizado, roll on - roll off y mixto. Considera que las publicaciones de nuevos negocios a los que se refiere el objetante se tratan de proyectos

que aún no se han concretado a la fecha, razón por la cual no deben tomarse en cuenta en el Anteproyecto de la licitación ni en el cartel, ya que se tratan de expectativas de negocios y los estudios de la licitación deben hacerse con base en datos reales de las respectivas proyecciones. Establece que con la entrada en operaciones de la Terminal de Contenedores de Moín (TCM) en febrero de 2019, JAPDEVA se vio afectada con la reducción en los servicios portuarios por el traslado de las naves portacontenedores a esa terminal, lo que ha provocado que el registro de unidades de servicios mensuales se torne atípico. Indica que los datos registrados en los meses de enero a julio, en comparación con los datos históricos, son atípicos, porque registran información tanto de la carga movilizada por JAPDEVA como la carga movilizada por TCM, entre otras. Afirma que los datos son atípicos porque distan de los de años anteriores para el mismo período, situación que se ve reflejada en una serie de tiempo cuando la variable, por alguna causa, tiene un comportamiento que escapa de los parámetros usuales. Dispone que a partir del 28 de febrero de 2019 todos los buques portacontenedores, por directrices del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, fueron trasladados a la nueva terminal de TCM, con un promedio atendido de marzo y julio de 52 buques por mes, cantidad que disminuye en los meses de marzo y abril, ya que JAPDEVA tuvo que auxiliar esa terminal, brindando algunos barcos portacontenedores. Señala que la situación imperante, de reducción de los servicios portuarios brindados por parte de la institución, hace improbable hallar un sistema estadístico de proyecciones que permita pronosticar con un margen de error aceptable la cantidad de unidades y servicios portuarios a brindar para el 2020. Agrega que, con el propósito de proyectar las unidades de servicios a brindar por los puertos, se procedió a realizar las estimaciones sobre las unidades reales registradas para los buques convencionales, frigoríficos, ro-ro, granel sólido y líquido, gaseros, los cuales seguirá atendiendo JAPDEVA. Indica que la Administración no encuentra incongruencia en los elementos del Anteproyecto, considerando que en años anteriores las compañías estibadoras manipulaban un 100% de la carga que transitaba por las terminales portuarias. Señala que ante la reducción de carga debido al inicio de operaciones de la Terminal de Contenedores de Moín, concesionada a la empresa APM Terminals, se experimentó una reducción en el volumen de carga, que representa un 16% de la carga con respecto a la que se movilizaba en 2018, razón por la cual el mercado da para 3 compañías. Solicita que se rechace el recurso. **Criterio de la División:** Como punto de partida, debe observarse que en relación con este alegato, en la resolución No. R-DCA-1051-2019 de las nueve horas con diez minutos del dieciocho de octubre de dos mil diecinueve, este órgano

contralor resolvió lo siguiente: “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: (...) “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.***” Así las cosas, se tiene que esta División declaró sin lugar ese extremo del recurso, por falta de fundamentación, y no se ordenó a la Administración realizar modificaciones al pliego de condiciones. En este sentido, debe verse que el cartel actual mantiene la misma cláusula de su versión original. Por lo que, las disposiciones cartelarias se han consolidado y no es posible reabrir la discusión sobre las mismas. Sobre lo anterior, debe recordarse que la posibilidad de recurrir queda limitada a las modificaciones efectuadas al cartel y no sobre las cláusulas consolidadas de la versión inicial de éste. Por lo tanto, cualquier alegato que verse sobre una cláusula o contenido del pliego no sujeta a variación, se encuentra precluida, ya que el momento procesal oportuno para impugnar era una vez conocido el contenido del cartel original y haber ejercido la acción recursiva en tiempo. Al respecto conviene señalar que la preclusión se entiende como la pérdida o extinción de una facultad legal, por lo que no es posible admitir a conocimiento de esta División alegatos precluidos, ya que tal proceder atentaría, entre otros aspectos, contra la seguridad jurídica, por cuanto las cláusulas que se consolidan se entienden firmes, no existiendo una posibilidad ilimitada en cuanto al momento de objetar el cartel durante el procedimiento de contratación. A mayor abundamiento, conviene señalar que “(...) *las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, mediante la clausura definitiva de cada una de ellas, impidiéndose el regreso a etapas y momentos procesales ya extinguidos y consumados. La preclusión es la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal.*” (PACHECO, Máximo, Introducción al Derecho, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976, p. 263). En virtud de lo señalado, considerando que los alegatos planteados por el recurrente se encuentra precluidos, se impone **declarar sin lugar** este recurso de objeción. Ahora bien, respecto a la “Prueba para mejor resolver” presentada mediante nota del 14 de noviembre de 2019 (folios 52 y 53 del expediente del recurso de objeción), se advierte que la misma es extemporánea, por cuanto el plazo para recurrir feneció el 06 de noviembre de 2019, por lo que lo procedente es **rechazarla de plano.**

B) SOBRE EL RECURSO INTERPUESTO POR ESTIBADORA LIMONENSE S.A. 1) Sobre el sistema de evaluación. El objetante indica que en la página 14 del cartel se establece el acápite VI que corresponde al sistema de evaluación. Afirma que ese sistema de evaluación tiene una violación al principio de seguridad jurídica y legalidad. Manifiesta que por un lado indica que existirán cinco factores ponderables, pero se establecen sólo cuatro, a saber: desempeño financiero, experiencia de la empresa y de sus trabajadores y presentación de certificación de norma ISO o similar. Dispone que se hace referencia a la certificación de la

norma ISO y agrega asteriscos, por lo que genera incerteza jurídica a los oferentes, ya que no se sabe a que se requiere. Agrega que para empeorar la situación indica "o similar". Señala que el cartel debe definir a priori y en forma precisa los parámetros de contratación, lo cual no se cumple en el caso concreto, ya que los oferentes no saben a qué atenerse cuando solo indica cuatro factores ponderables y no indica la numeración de la norma ISO e indica que puede ser una similar sin una base de referencia. La Administración manifiesta que lo indicado no procede, por cuanto las objeciones deben ser presentadas en contra de las últimas modificaciones efectuadas al cartel y no sobre cláusulas consolidadas en las versiones anteriores de este. Añade que cualquier alegato que verse sobre el contenido del pliego de condiciones no sujeto a variación, se encuentra precluido, ya que el momento procesal para objetar era una vez conocida la versión original del cartel. Expone que la preclusión se entiende como la pérdida de de la facultad legal, por lo que no es posible admitir para conocimiento alegatos que estén precluidos, ya que eso atentaría contra la agilidad y eficiencia que debe imperar en la fase de elaboración y depuración del cartel. Afirma que se mantienen todos los elementos señalados en el cartel, sin que se compartan los alegatos del recurrente. Dispone que el cartel establece un sistema de evaluación de 5 factores ponderables con sus respectivos puntajes, a saber: 1) resultado del desempeño financiero de la empresa, 20 puntos. 2) experiencia de la empresa en las labores de estiba, desestiba, carga y descarga y manejo de mercancías, 20 puntos. 3) experiencia de las personas que laboran en la parte operativa, 40 puntos. 4) experiencia de otros empleados operativos, 10 puntos. 5) presentar carta de compromiso de que se implementará un plan de responsabilidad social. Solicita que se rechace ese extremo del recurso de objeción. Ahora bien, respecto a la norma ISO, indica que se comete un error material al agregar los asteriscos, debiendo decir norma ISO 26000 o similar. **Criterio de la División:** En relación con este punto de la acción recursiva, conviene precisar que la Administración modificó el pliego de condiciones, para que la cláusula "**VI. SISTEMA DE EVALUACIÓN**" se lea de la siguiente forma: "*Las empresas oferentes que hayan cumplido con las condiciones invariables señaladas en el apartado anterior y por ende, hayan sido admitidas a concurso, serán sometidas al sistema de evaluación que consta de cinco factores ponderables que corresponden al desempeño del factor financiero, la experiencia de la empresa y de sus trabajadores en las labores de estiba, presentación de certificación de Norma ISO ***** o similar. Debiendo quedar claro que la experiencia de la empresa en el manejo de la carga, descarga, estiba y desestiba de mercancías, no se limita a la experiencia acumulada exclusivamente en los puertos de Limón y*

Moín.” (folio 51 del expediente del recurso de objeción). Con respecto a lo transcrito, el recurrente plantea dos inconsistencias, primero, que se habla de 5 factores ponderables pero sólo se mencionan 4 y, segundo, que no se indica la norma ISO correspondiente. Sobre los factores ponderables, debe contemplarse que en el apartado “**Metodología para la evaluación de las ofertas**” se describen cuales son los factores que comprenden el sistema de evaluación de las ofertas, a saber: “1. *Resultado del desempeño financiero de la empresa: máximo 20 puntos.* / 2. *Experiencia de la empresa en las labores de estiba, desestiba, carga y descarga y manejo de mercancías: máximo 20 puntos.* / 3. *Experiencia de las personas que laboran en la parte operativa: / (Supervisores, Capataz, Chequeador y Operador de Grúa o Winchero): máximo 40 puntos.* / 4. *Experiencia de otros empleados operativos (portalonero, llamador): máximo 10 puntos.* / 5. *Presentación de un Plan de Responsabilidad Social Empresarial que esté siendo aplicado en la empresa, considerando la norma ISO 26000 y los principios del Pacto Global de las Naciones Unidas: máximo 10 puntos*”. (folio 51 del expediente del recurso de objeción). De conformidad con lo anterior, se observa que el mismo pliego de condiciones contempla un listado de los 5 factores ponderables -y no 4 como indica el recurrente-, por lo que no existe la incertidumbre o inseguridad jurídica que se alega. Ahora bien, en cuanto a la norma ISO aplicable, este órgano contralor constata que tanto en la lista transcrita previamente como en la descripción de ese factor de ponderación se menciona la norma ISO 26000. Al respecto, debe verse que el apartado “**5. PRESENTACIÓN DE UN PLAN DE RESPONSABILIDAD SOCIAL. VALOR 10 PUNTOS**”, se señaló, para lo que resulta de interés lo siguiente: “*Los oferentes deben presentar carta de compromiso de que la empresa implementará un Plan de Responsabilidad Social Empresarial, considerando aspectos de la Norma ISO 26000 y los principios del Pacto Global de las Naciones Unidas y/o norma INTE-G35 “Sistema de gestión de responsabilidad social”, y/o los objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas*”. (folio 51 del expediente del recurso de objeción). Así las cosas, este órgano contralor considera que los potenciales oferentes cuentan con datos suficientes para presentar el plan de responsabilidad social que se requiere. Cabe indicar que tanto los factores ponderables, como la norma ISO, se encuentran regulados en el pliego de condiciones, para lo cual debe de hacerse una lectura integral del mismo, por lo que se impone **declarar sin lugar** este extremo del recurso de objeción. No obstante lo anterior, siendo que la Administración menciona que “*(...) comete un error material en agregar los asteriscos en la norma ISO, debiendo decir norma ISO 26000 o similar*” (folio 51 del expediente del recurso de objeción), se advierte

que deberá incluirse dicha aclaración en las disposiciones cartelerías. **2) Sobre la presentación de un plan de responsabilidad social.** El objetante señala que en la página 15 del cartel, en el punto 5 del acápite “METODOLOGÍA PARA LA EVALUACIÓN DE OFERTAS”, se indica: *“Presentación de un Plan de Responsabilidad Social Empresarial que esté siendo aplicado en la empresa, considerando la norma ISO 26000 y los principios del Pacto Global de las Naciones Unidas: máximo 10 puntos”*. Por otra parte, afirma que en el punto 5 de la página 21 se indica: *“Los oferentes deben presentar carta de compromiso de que la empresa implementará un Plan de Responsabilidad Social Empresarial, considerando aspectos de la Norma ISO 26000, y los principios del Pacto Global de las Naciones Unidas y o norma INTE- G35 “Sistema de Gestión de Responsabilidad Social y/o los objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas.”* Dispone que el cartel viola los principios de legalidad, igualdad de trato, racionalidad y seguridad jurídica al establecer una puntuación máxima de 10 puntos contra la presentación de un plan de responsabilidad y por otro lado mencionar que se trata de una carta compromiso, sin que se establezca si hay una ponderación inferior a quien presente esa carta compromiso frente a quien presente propiamente el plan. Agrega que esa particularidad podría llevar a una evaluación diferente y favorecer a ciertos oferentes en relación con otros. Indica que en la descripción de los criterios de evaluación se introduce la norma INTE-G35 Sistema de Gestión de Responsabilidad Social, la cual no se indicó en el sistema de evaluación, lo que igualmente viola los principios de legalidad y de seguridad jurídica. La Administración expone que en la ronda anterior de objeciones se aceptó modificar el pliego de condiciones para que se presentará una carta de compromiso, debido al poco tiempo para la apertura. Afirma que es imposible que se dé una ponderación inferior a quien presente una carta de compromiso, frente a quien presente propiamente el plan de responsabilidad social requerido. Indica que efectivamente la Administración comete un error material en no agregar al sistema de evaluación el punto 5 que debe de leerse de la siguiente forma: *“5. Los oferentes deben presentar carta de compromiso de que la empresa implementará un Plan de Responsabilidad Social Empresarial, considerando aspectos de la Norma ISO 26000 y los principios del Pacto Global de las Naciones Unidas y/o Norma INTE-G35 “Sistema de gestión de responsabilidad social” y/o los objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas”*. **Criterio de la División:** Al respecto, se observa que el alegato del recurrente versa sobre la incertidumbre en cuanto a lo requerido para obtener el puntaje correspondiente al “Plan de Responsabilidad Social Empresarial”. Así las cosas, se tiene que el cartel en el apartado **“Metodología para la evaluación de las ofertas”** contempla lo

siguiente: “5. *Presentación de un Plan de Responsabilidad Social Empresarial que esté siendo aplicado en la empresa, considerando la norma ISO 26000 y los principios del Pacto Global de las Naciones Unidas: máximo 10 puntos*”. (folio 51 del expediente del recurso de objeción). Por otra parte, en el apartado “**5. PRESENTACIÓN DE UN PLAN DE RESPONSABILIDAD SOCIAL. VALOR 10 PUNTOS**”, se señaló, para lo que resulta de interés, lo siguiente: “*Los oferentes deben presentar carta de compromiso de que la empresa implementará un Plan de Responsabilidad Social Empresarial, considerando aspectos de la Norma ISO 26000 y los principios del Pacto Global de las Naciones Unidas y/o norma INTE-G35 “Sistema de gestión de responsabilidad social”, y/o los objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas / La Autoridad Portuaria de JAPDEVA exigirá que un año después de girada la orden de inicio de esta contratación, la empresa demuestre que está implementando el Plan de Responsabilidad Social, para lo cual cada trimestre deberá hacer una presentación ante el Consejo de Administración de JAPDEVA en la cual exponga las medidas que han sido tomadas a nivel de sus colaboradores internos, la comunidad y el desarrollo sostenible.*” (folio 51 del expediente del recurso de objeción). De frente a lo transcrito, considera este órgano contralor que el pliego de condiciones, tal y como está redactado, podría inducir a error a los potenciales oferentes, ya que, por un lado, se pide un plan de responsabilidad social y, por otro lado, se admite la presentación de una carta de compromiso. Sobre lo anterior y considerando lo indicado por la Administración al atender la audiencia especial, en el sentido de que: “(...) *es imposible que se dé una ponderación inferior a quien presente una carta de compromiso frente a quien presente propiamente el plan conforme a las Normas ISO 26000 (...)*” (folio 51 del expediente del recurso de objeción), deberá precisarse en las disposiciones cartelarias, para efectos de evitar dilaciones producto de las interpretaciones de los oferentes y alcanzar un cartel claro y objetivo. De la misma forma, deberá precisarse lo referente a la norma INTE-G35. En vista de lo dicho, procede **declarar parcialmente con lugar** este extremo del recurso de objeción. **C) SOBRE EL RECURSO INTERPUESTO POR COMERCIALIZADORA ANFO S.A. 1) Sobre el sistema de evaluación.** El objetante argumenta que en la página 14 del cartel se establece el acápite VI que corresponde al sistema de evaluación. Dispone que ese sistema de evaluación tiene una violación al principio de seguridad jurídica y legalidad. Manifiesta que por un lado indica que existirán cinco factores ponderables, pero se establecen sólo cuatro, a saber: desempeño financiero, experiencia de la empresa y de sus trabajadores y presentación de certificación de norma ISO o similar. Señala que se hace referencia a la certificación de la norma ISO y solo agrega asteriscos, por lo que genera

incerteza jurídica a los oferentes, ya que no se sabe a que se requiere. Adiciona que para empeorar la situación indica "o similar". Considera que el cartel debe definir a priori y en forma precisa los parámetros de contratación, lo cual no se cumple en el caso concreto, ya que los oferentes no saben a qué atenerse cuando solo indica cuatro factores ponderables y no indica la numeración de la norma ISO e indica que puede ser una similar sin una base de referencia. La Administración manifiesta que lo indicado no procede, por cuanto las objeciones deben ser presentadas en contra de las últimas modificaciones efectuadas al cartel y no sobre cláusulas consolidadas en las versiones anteriores de este. Añade que cualquier alegato que verse sobre el contenido del pliego de condiciones no sujeto a variación, se encuentra precluido, ya que el momento procesal para objetar era una vez conocida la versión original del cartel. Expone que la preclusión se entiende como la pérdida de de la facultad legal, por lo que no es posible admitir para conocimiento alegatos que estén precluidos, ya que eso atentaría contra la agilidad y eficiencia que debe imperar en la fase de elaboración y depuración del cartel. Afirma que se mantienen todos los elementos señalados en el cartel, sin que se compartan los alegatos del recurrente. Dispone que el cartel establece un sistema de evaluación de 5 factores ponderables con sus respectivos puntajes, a saber: 1) resultado del desempeño financiero de la empresa, 20 puntos. 2) experiencia de la empresa en las labores de estiba, desestiba, carga y descarga y manejo de mercancías, 20 puntos. 3) experiencia de las personas que laboran en la parte operativa, 40 puntos. 4) experiencia de otros empleados operativos, 10 puntos. 5) presentar carta de compromiso de que se implementará un plan de responsabilidad social. Solicita que se rechace ese extremo del recurso de objeción. Ahora bien, respecto a la norma ISO, indica que se comete un error material al agregar los asteriscos, debiendo decir norma ISO 26000 o similar.

Criterio de la División: En relación con este punto de la acción recursiva, considerando la similitud con lo resuelto previamente, debe estarse a lo indicado en el "Criterio de División" del punto 1) del recurso de objeción presentado por Estibadora Limonense. Así las cosas, procede **declarar sin lugar** este extremo del recurso de objeción. **2) Sobre la presentación de un plan de responsabilidad social.** El objetante establece que en la página 15 del cartel, en el punto 5 del acápite "METODOLOGÍA PARA LA EVALUACIÓN DE OFERTAS", se solicita lo siguiente: "*Presentación de un Plan de Responsabilidad Social Empresarial que esté siendo aplicado en la empresa, considerando la norma ISO 26000 y los principios del Pacto Global de las Naciones Unidas: máximo 10 puntos*". Por otra parte, indica que en el punto 5 de la página 21 se consigna que: "*Los oferentes deben presentar carta de compromiso de que la empresa implementará un*

Plan de Responsabilidad Social Empresarial, considerando aspectos de la Norma ISO 26000, y los principios del Pacto Global de las Naciones Unidas y o norma INTE- G35 "Sistema de Gestión de Responsabilidad Social y/o los objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas." Manifiesta que el cartel viola los principios de legalidad, igualdad de trato, racionalidad y seguridad jurídica al establecer una puntuación máxima de 10 puntos contra la presentación de un plan de responsabilidad y por otro lado mencionar que se trata de una carta compromiso, sin que se establezca si hay una ponderación inferior a quien presente esa carta compromiso frente a quien presente propiamente el plan. Añade que esa particularidad podría llevar a una evaluación diferente y favorecer a ciertos oferentes en relación con otros. Indica que en la descripción de los criterios de evaluación se introduce la norma INTE-G35 Sistema de Gestión de Responsabilidad Social, la cual no se indicó en el sistema de evaluación, lo que igualmente viola los principios de legalidad y de seguridad jurídica. La Administración expone que en la ronda anterior de objeciones se aceptó modificar el pliego de condiciones para que se presentará una carta de compromiso donde se indique que dentro del plazo de un año se va a presentar certificación de cumplir con la Norma ISO 26000 o Norma INTE-G35. Indica que efectivamente la Administración comete un error material en no agregar al sistema de evaluación el punto 5 que debe de leerse de la siguiente forma: *"5. Los oferentes deben presentar carta de compromiso de que la empresa implementará un Plan de Responsabilidad Social Empresarial, considerando aspectos de la Norma ISO 26000 y los principios del Pacto Global de las Naciones Unidas y/o Norma INTE-G35 "Sistema de gestión de responsabilidad social" y/o los objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas".* **Criterio de la División:** En relación con este punto de la acción recursiva, considerando la similitud con lo resuelto previamente, debe estarse a lo señalado en el "Criterio de División" del punto 2) del recurso de objeción presentado por Estibadora Limonense. Así las cosas, procede **declarar parcialmente con lugar** este extremo del recurso de objeción. **3) Sobre el proceso judicial pendiente.** El objetante afirma que no están tomando en cuenta que el sindicato de JAPDEVA ha interpuesto un proceso contencioso administrativo, el cual fue acogido para revisión por parte del juzgado. Indica que si se le da la razón al sindicato, todo el estudio económico que hizo JAPDEVA no tendrá razón, en cuanto a los volúmenes y empresas que pueden dar el servicio. La Administración manifiesta que lo indicado no procede, por cuanto las objeciones deben ser presentadas en contra de las últimas modificaciones efectuadas al cartel y no sobre cláusulas consolidadas en las versiones anteriores de este. Añade que cualquier alegato que verse sobre el contenido del pliego de

condiciones no sujeto a variación, se encuentra precluido, ya que el momento procesal para objetar era una vez conocida la versión original del cartel. Expone que la preclusión se entiende como la pérdida de de la facultad legal, por lo que no es posible admitir para conocimiento alegatos que estén precluidos, ya que eso atentaría contra la agilidad y eficiencia que debe imperar en la fase de elaboración y depuración del cartel. Indica que la medida cautelar presentada por el sindicato intenta proteger a los trabajadores afiliados de un despido, por la disminución de la carga. Agrega que si bien JAPDEVA brinda servicios portuarios, realiza esfuerzos para atraer nuevos clientes. Señala que la medida interpuesta no tiene incidencia con la opción de obtener carga adicional, pues no se trata de un tema legal, sino de mercado y tarifas. Añade que los trabajadores que queden protegidos por la medida, tampoco se les garantiza que JAPDEVA adquiera nuevas cargas, por lo que el estudio está fundamentado en la carga que actualmente se manipula, con la finalidad de que las empresas que sean concesionadas cuenten con un volumen de negocios que les permita acceder a una porción razonable del mercado. **Criterio de la División:** En cuanto a este punto de la acción recursiva, el objetante se limita a indicar que existe un proceso judicial pendiente el cual podría variar el estudio económico de JAPDEVA, en cuanto a los volúmenes y las empresas que pueden dar el servicio. Sin embargo, el mismo no indica de manera particular una cláusula del pliego de condiciones que sea desproporcionada o limite su participación, sino que lo aseverado parece más a modo de comentario. Sobre lo anterior, debe recordar que el recurso de objeción está previsto en el ordenamiento jurídico 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 que se impone como deber del objetante exponer las razones en las razones de su impugnación, ejercicio que debe hacerse de forma fundamentada. En este sentido, el numeral 178 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa 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.”* En el caso concreto, el recurrente no ha acreditado de manera fehaciente de que forma las regulaciones

actuales patentes en el pliego de condiciones le limitan su participación, por lo que se impone **declarar sin lugar** este extremo del recurso.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en los artículos 81 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa, 178, 179 y 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se resuelve: **1) DECLARAR SIN LUGAR** el recurso de objeción interpuesto por **COOPERATIVA AUTOGESTIONARIA ACCIÓN RL**, en contra de las modificaciones al 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 PARCIALMENTE LUGAR** los recursos de objeción interpuestos por **ESTIBADORA LIMONENSE S.A.** y **COMERCIALIZADORA ANFO S.A.**, en contra de las modificaciones al 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. **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 citado Reglamento. **4) Se da por agotada la vía administrativa.**-----

NOTIFÍQUESE. -----

ORIGINAL FIRMADO

Fernando Madrigal Morera
Asistente Técnico

ORIGINAL FIRMADO

Rosaura Garro Vargas
Fiscalizadora

RGV/mjav
NI: 31319-31320-31352-32165-32215.
NN:18158 (DCA-4370-2019)
G: 2019003844-2

