

R-DCA-1260-2019

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa San José, a las trece horas treinta y un minutos del cinco de diciembre del dos mil diecinueve. -----

RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por **EMPRESAS BERTHIER EBI DE COSTA RICA SOCIEDAD ANÓNIMA** en contra del acto de adjudicación de la **Licitación Pública 2019LN-000001-0021000001** promovida por la **MUNICIPALIDAD DE SANTA CRUZ** para la contratación del "servicio de operación del relleno sanitario mecanizado del Parque Tecnológico Ambiental de Santa Cruz, Guanacaste", acto recaído a favor del **ASEO GENERAL AG SOCIEDAD ANONIMA** por un monto de $\text{¢}8.800$ (ocho mil ochocientos colones) por tonelada métrica, cuantía inestimable. -----

RESULTANDO

I. Que el veintiséis de setiembre del dos mil diecinueve, Empresas Berthier Ebi de Costa Rica S.A., presentó ante la Contraloría General de la República recurso de apelación en contra del acto de adjudicación de la licitación pública 2019LN-000001-0021000001 promovida por la Municipalidad de Santa Cruz. -----

II. Que mediante auto de las diez horas treinta y nueve minutos del treinta de setiembre del dos mil diecinueve, esta División solicitó el expediente administrativo de la contratación recurrida; requerimiento que fue atendido mediante oficio No. PROV-051-2019 del primero de octubre del dos mil diecinueve. -----

III. Que mediante resolución R-DCA-1021-2019 de las doce horas veintidós minutos del diez de octubre de dos mil diecinueve, este órgano contralor rechazó de plano por inadmisibile el recurso de apelación interpuesto por la empresa CTM Corporación Tecnológica Magallanes S.A. A su vez, mediante resolución indicada, esta División otorgó audiencia inicial a la Municipalidad licitante y a la empresa adjudicataria con el objeto de que manifestaran por escrito lo que a bien tuvieran con respecto a los alegatos formulados por la empresa apelante y para que ofrecieran las pruebas que consideraran oportunas. Finalmente, mediante dicha resolución se solicitó a la empresa Radiográfica Costarricense S.A., poner a disposición la integridad del expediente electrónico de la licitación a los responsables del caso, así como certificar si existe resolución motivada por parte de la Municipalidad Licitante para declarar confidencial algún documento del expediente

electrónico. Dicha audiencia fue atendida por todas las partes mediante escritos incorporados al expediente de la apelación. -----

IV. Que mediante auto de las doce horas treinta minutos del once de noviembre del dos mil diecinueve, este órgano contralor le ordenó a RACSA poner a disposición del equipo encargado del caso la integralidad del expediente electrónico. Dicha solicitud no fue atendida por la parte. -----

V. Que mediante auto de las nueve horas trece minutos del veinticinco de noviembre del dos mil diecinueve, este órgano contralor confirió audiencia especial a la Municipalidad licitante a efecto de referirse a los documentos que han sido declarados confidenciales en el expediente administrativo, remitiera el acto razonado mediante el cual clasificó los documentos con carácter confidencial y finalmente, ponga a disposición la integridad del expediente electrónico de la Licitación Pública. Dicha audiencia fue atendida según escrito incorporado al expediente de la apelación. -----

VI. Que de conformidad con lo establecido en el artículo ciento noventa del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se consideró que no era necesario otorgar audiencia final a las partes, en vista de que durante el trámite del recurso se tenían todos los elementos necesarios para su resolución. -----

VII. 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. HECHOS PROBADOS: Con vista en el expediente electrónico que consta en el Sistema Integrado de Compras Públicas y en el expediente del trámite del recurso de apelación, para efectos de la presente resolución se tiene como hechos probados de interés: **1)** Que la Municipalidad de Santa Cruz promovió una licitación pública con el objeto de contratar el "servicio de operación del relleno sanitario mecanizado del Parque Tecnológico Ambiental de Santa Cruz, Guanacaste", concurso en el cual participaron cuatro ofertas, a saber: CTM Corporación Tecnológica Magallanes S.A., Empresas Berthier Ebi de Costa Rica Sociedad Anónima, Aseo General AG Sociedad Anónima y el Consorcio WPP Coriclean Los Pinos Waste Disposal S.A. & WPP Continental De Costa Rica S.A. (según consta del expediente electrónico de la licitación, apartado "3. Apertura de Ofertas"). **2)** Que en el caso, hay ofertas que presentan información clasificada como confidencial, así: **a)** Empresas Berthier Ebi de Costa Rica S.A. presentó oferta que consta de cinco archivos clasificados todos como confidenciales (según consta del expediente electrónico de la licitación, apartado "3.

Apertura de Ofertas”/ posición No. 1 Empresas Berthier EBI de Costa Rica Sociedad Anónima/ Consulta de ofertas/ Archivos adjuntos No. 1 de la Oferta denominado “Oferta Santa Cruz.pdf”, No. 2 de los Anexos denominado “Anexos 1 Santa Cruz.pdf”, No. 3 del Anexo 2 denominado “Anexos 2 Santa Cruz.pdf”; No. 4 del Anexo 3 denominado “Anexos 3 Santa Cruz.pdf” y No. 5 del Anexo 4 denominado “Anexos 4 Santa Cruz.pdf); **b)** la empresa CTM Corporación Tecnológica Magallanes S.A. presentó oferta que consta de un único archivo clasificado como confidencial (según consta del expediente electrónico de la licitación, apartado “3. Apertura de Ofertas”/ posición No. 2 CTM Corporación Tecnológica Magallanes Sociedad Anónima/ Consulta de ofertas/ Archivo adjunto No. 1 de la Oferta CTM denominado “oferta CTM.pdf”); **c)** la empresa Aseo General AG S.A. presentó oferta que consta de quince archivos, cuatro de ellos clasificados como confidenciales (según consta del expediente electrónico de la licitación, apartado “3. Apertura de Ofertas”/ posición No. 3 Aseo General AG Sociedad Anónima/ Consulta de ofertas/ Archivos adjuntos No. 1 de la Vagoneta denominado “Vagoneta.pdf”; No. 2 de la Excavadora denominado “Excavadora.pdf”; No. 7 de las Razones Financieras denominado “Certificación Razones Financieras.pdf” y No. 8 de los Estados Financieros Auditados denominado “Estados auditados 1-fusionado.pdf”) **3)** Que mediante Acuerdos adoptados por el Concejo Municipal de Santa Cruz, el primero de ellos en Sesión Ordinaria No. 35-2019, Artículo 01 celebrada el día 27 de agosto del año 2019 y Acuerdo No. 37-2019, Artículo 06 celebrada el 10 de setiembre de 2019, se valida la oferta de la empresa Aseo General AG S.A. y se dispone adjudicar la misma por un precio de ¢8.800 por tonelada. (según consta del expediente electrónico de la licitación, apartado 4. Información de Adjudicación/ “Acto de Adjudicación”/ “Información de Publicación” y consulta de los archivos adjuntos No. 1 denominado “SM-1192-ORD.35-2019 DE LA CONTRATACION DE SERVICIO DE OPERACION DEL RELLENO SANITARIO MECANIZAO PTA SANTA CRUZ.pdf” y No. 2 denominado “SM-1240-Ord.37-2019 VALIDACION DE OFERTA ACUERDO SM-1192-ORD35-2019.pdf”) **4)** Que mediante oficio No. DMS-0073-2019 de fecha 2019-10-18, la empresa Radiográfica Costarricense S.A. certificó: *“que en dicho expediente no consta resolución motivada por parte de la Municipalidad de Santa Cruz declarando confidencial algún documento de dicho expediente (...) la única oferta en la cual no se adjuntaron archivos con documentos clasificados como confidenciales es la oferta (...) presentada por WPP – CORICLEAN, Los Pinos WASTE DISPOSAL, S.A. (...) las Instituciones bajo su entera responsabilidad y siguiendo los procedimientos que*

correspondan, pueden reclasificar la condición de confidencialidad que ha establecido el proveedor comercial en la presentación de la oferta y permitir así que dichos documentos sean consultados públicamente desde el expediente electrónico por cualquier interesado” (según consta a folio 99 del expediente de los recursos de apelación). 5) Que mediante oficio No. PROV-063-2019 de fecha 26 de noviembre de 2019, la Municipalidad licitante manifestó: “No consta en el expediente acto razonado mediante el cual se clasificaron documentos confidenciales, lo anterior debido a que las ofertas se dejaron tal cual fueron presentadas por parte de los oferentes, quienes en ningún momento solicitaron hacerlas públicas. Se procederá a poner a disposición la integridad del expediente” (según consta a folio 159 del expediente de los recursos de apelación) -----

II. SOBRE EL FONDO DEL RECURSO. a) Sobre la información confidencial y el acceso al expediente administrativo. Manifiesta la empresa apelante, que en el caso constan documentos clasificados como confidenciales para las ofertas entre éstas de la adjudicataria, la cual contiene elementos referidos a la vagoneta y la excavadora sin que se logre visualizar una justificación en el expediente administrativo. Afirma que uno de los principios fundamentales en materia de contratación administrativa lo es la publicidad, que garantiza la transparencia y corrección en la tramitación del procedimiento. Estima que esta posición genera nulidad absoluta de todo lo actuado, por cuanto no sólo tuvo restricción para acceder a la oferta de la empresa adjudicataria sino además a la oferta de la empresa de la oferente Magallanes, que según se desprende del análisis de ofertas es el mismo equipo que el ofertado por la adjudicataria. Por su parte, la empresa adjudicataria manifiesta que en su caso la indicación de confidencialidad fue un error y que en todo caso, la empresa recurrente posee la misma circunstancia de presentar elementos confidenciales en la oferta. Estima que ello no enerva a la recurrente de conocer las cualidades de sus equipos por lo que no habría indefensión alguna. La Administración manifiesta que en caso de que la empresa recurrente hubiera considerado el estado de indefensión que aquí defiende, debió activar los mecanismos legales ante la propia administración lo cual no sucedió durante el proceso de contratación administrativa y por lo tanto el momento para alegarlo se encuentra precluído. **Criterio de la División:** En el caso de análisis, consta que la Municipalidad de Santa Cruz promovió una licitación pública con el objeto de contratar el "servicio de operación del relleno sanitario mecanizado del Parque Tecnológico Ambiental de Santa Cruz, Guanacaste", concurso en el cual participaron cuatro ofertas, a saber: CTM Corporación Tecnológica Magallanes S.A., Empresas Berthier

Ebi de Costa Rica Sociedad Anónima, Aseo General AG Sociedad Anónima y el Consorcio WPP Coriclean Los Pinos Waste Disposal S.A. & WPP Continental de Costa Rica S.A. (hecho probado 1). Al respecto, se desprende de los Acuerdos adoptados por el Concejo Municipal de Santa Cruz, el primero de ellos en Sesión Ordinaria No. 35-2019, Artículo 01 celebrada el día 27 de agosto del año 2019 y Acuerdo No. 37-2019, Artículo 06 celebrada el 10 de setiembre de 2019, que se valida la oferta de la empresa Aseo General AG S.A. y se dispone adjudicar la misma por un precio de ¢8.800 por tonelada. (hecho probado 3). Es de frente al acto adoptado a favor de la citada empresa Aseo General AG S.A., que la recurrente ha venido a impugnar la adjudicación por considerar que en el caso la información arrojada en tales acuerdos resultó ser insuficiente para tener por acreditada la elegibilidad de esta oferta. Como parte del ejercicio que le corresponde de examinar la oferta contra quien alega, el apelante ha señalado una imposibilidad por verificar todos los documentos que integran la plica adjudicada por cuanto no tuvo acceso a piezas declaradas confidenciales. En concreto, de una verificación de las piezas del expediente, ciertamente se observa que para el caso, la empresa Aseo General AG S.A. presentó oferta que consta de quince archivos, cuatro de ellos clasificados como confidenciales referidos al equipo y a razones financieras (hecho probado 2 inciso a). Dicho lo anterior, conviene realizar una serie de precisiones en lo que atañe al tratamiento de confidencialidad de la información en general. En primer orden, conviene partir del mandato constitucional del libre acceso a la información que consta en oficinas públicas tal cual lo recoge el artículo 30 de la Constitución Política de Costa Rica, que en lo literal señala: *“Se garantiza el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público. Quedan a salvo los secretos de Estado”*. De lo anterior, la regla fijada por el constituyente lo es el acceso pleno a la información, salvo en casos de excepción como bien lo señala la norma, puede tratarse de secreto de estado. Con ello, que el tratamiento y acceso libre a la información encuentra límites en aquellos casos que señale el legislador, lo cual ha sido reseñado incluso por la Procuraduría General de la República: *“En nuestro ordenamiento la información confidencial se constituye en un límite para el acceso a la información que consta en oficinas públicas. Por ende, al derecho de acceso a la información pública. Es por ello que más allá de la información privada o de interés privado, la confidencialidad debe ser definida por el legislador. (...) Considerando lo anterior, podría decirse que la información confidencial es, en principio, información no pública ya que normalmente es información privada. Por otra parte, otro de los límites está*

referido a la divulgación de esta información. Ello en el tanto se requiere la autorización del derecho habiente o en su caso, disposición legal con base en un interés público. Es por ello que si se autoriza a quien ha registrado la información, verbi grati la Administración, a transferir esa información, la persona que la recibe debe guardar la confidencialidad. Se sigue de lo anterior que la confidencialidad de una determinada información se constituye en un límite al derecho de acceso a la información, consagrado en el artículo 30 de la Constitución Política. Este derecho ha sido considerado uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, en cuanto posibilita la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones políticas. El principio es que la información constando en la Administración Pública es pública, en tanto no esté protegida por la reserva establecida en el artículo 24 constitucional o se trate de un secreto de Estado (Sala Constitucional, resolución N° 7885 -2002 de 14:45 hrs. de 20 de agosto de 2000). Por consiguiente, ese acceso está denegado cuando se trata de información confidencial. A contrario sensu, si la información es de interés público no puede recibir la protección que asegura la confidencialidad de la información, salvo que existan motivos superiores definidos por el legislador que justifiquen esa confidencialidad. En ese sentido, corresponde al legislador definir cuándo una información pública será confidencial. Lo que deberá sujetarse a los principios de razonabilidad y proporcionalidad propios de las restricciones a los derechos (sic) fundamentales. En ejercicio de sus competencias, el legislador ha definido que información comercial, económica, industrial constituye información confidencial” (ver Opinión Jurídica No. 062-J del 21 de julio de 2019). De esta forma, la restricción al libre acceso a la información no constituye una posibilidad discrecional de la Administración frente a la sola petición de parte, sino que obedece a una justificación razonable de quien solicita impedir la divulgación de la información. En ese sentido, continúa indicando la Procuraduría General que: “En determinadas circunstancias mantener cierta información bajo carácter confidencial permite a una compañía obtener una ventaja competitiva respecto de terceros, dado que la menor divulgación de un conocimiento puede derivar en el aumento de su valor. Ante esta realidad, la tutela de la información confidencial se ha transformado en un tema de especial relevancia. Las empresas son titulares de distintos secretos; algunos técnicos, como la descripción detallada de un método de fabricación; otros son de índole comercial, como una lista de nombres y direcciones de clientes que podría interesar a un competidor. Algunos secretos son extremadamente valiosos, por ejemplo, la fórmula para la fabricación de algún

producto específico como puede ser una bebida, por ejemplo. Otros más sencillos, pueden consistir en una sola palabra, como el nombre de una empresa que se prevé adquirir, otros más complejos, como los detalles de una nueva campaña publicitaria. El elemento común es que todos ellos pueden ser protegidos. Para estos efectos, se considera como confidencial a aquella información que no es generalmente conocida en una actividad industrial o comercial determinada, que además tiene valor económico y que es objeto de medidas adecuadas para preservar su carácter secreto (delimitación de áreas de acceso restringido, preservación de documentos en cajas de seguridad, acceso a base de datos a través de una clave de identificación, celebración de convenios de confidencialidad). En una entidad comercial puede abarcar -por ejemplo- los datos obtenidos para la mejora de un proceso de manufactura, una nueva fórmula, planes de comercialización, datos financieros, un nuevo programa de computación, política de precios, informe sobre proveedores y suministro de materiales, lista de clientes y sus preferencias de consumo. En nuestro ordenamiento jurídico la Ley de Información No Divulgada, Ley N° 7975 del 4 de enero del 2000, protege la información no divulgada relacionada con los secretos comerciales e industriales". Corolario de los diferentes escenarios a los que remite la Procuraduría y que han sido definidos por el legislador como aquellos en los que podría ser factible reservar el conocimiento de la información, se lee del artículo 2 de la Ley No. 7975: "**Ámbito de protección.** Protégese la información no divulgada referente a los secretos comerciales e industriales que guarde, con carácter confidencial, una persona física o jurídica para impedir que información legítimamente bajo su control sea divulgada a terceros, adquirida o utilizada sin su consentimiento por terceros, de manera contraria a los usos comerciales honestos, siempre y cuando dicha información se ajuste a lo siguiente: a) Sea secreta, en el sentido de que no sea, como cuerpo ni en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para las personas introducidas en los círculos donde normalmente se utiliza este tipo de información. b) Esté legalmente bajo el control de una persona que haya adoptado medidas razonables y proporcionales para mantenerla secreta. c) Tenga un valor comercial por su carácter de secreta. La información no divulgada se refiere, en especial, a la naturaleza, las características o finalidades de los productos y los métodos o procesos de producción. Para los efectos del primer párrafo del presente artículo, se definirán como formas contrarias a los usos comerciales honestos, entre otras, las prácticas de incumplimiento de contratos, el abuso de confianza, la

instigación a la infracción y la adquisición de información no divulgada por terceros que hayan sabido que la adquisición implicaba tales prácticas o que, por negligencia grave, no lo hayan sabido. La información que se considere como no divulgada deberá constar en documentos, medios electrónicos o magnéticos, discos ópticos, microfilmes, películas u otros elementos similares". De esta forma, se hace especial énfasis en la importancia que tiene la adecuada fundamentación en cuanto a la clasificación confidencial de la información, por cuanto no es cualquier circunstancia la que puede restringir derechos fundamentales como lo es el acceso pleno a la información pública, que solo encuentra límite ante el secreto de estado, secreto comercial o industrial. Y es que precisamente estos límites no solo se sustentan en la naturaleza de la información, sino que por imperativo constitucional la información de las oficinas públicas resultan de interés público en la medida que constituyen insumo de fiscalización de la actuación pública. Este dimensionamiento ha sido recogido incluso en la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública No. 8422 en su artículo 7 que expone: "**Artículo 7º-Libre acceso a la información.** *Es de interés público la información relacionada con el ingreso, la presupuestación, la custodia, la fiscalización, la administración, la inversión y el gasto de los fondos públicos, así como la información necesaria para asegurar la efectividad de la presente Ley, en relación con hechos y conductas de los funcionarios públicos. No obstante, la Contraloría General de la República solo podrá revisar documentos de carácter privado según lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución Política y en el artículo 11 de la presente Ley*". Este principio de libre acceso a la información ha sido impregnado a su vez en la materia de contratación administrativa, por cuanto el artículo 6 de la Ley de Contratación Administrativa dispone la obligación de otorgar acceso al expediente al administrado, así: "*Principio de publicidad. Los procedimientos de contratación se darán a la publicidad por los medios correspondientes a su naturaleza. Todo interesado tendrá libre acceso al expediente de contratación administrativa y a la información complementaria*". En esta misma línea, el artículo 40 de la citada Ley destaca: "**Artículo 40.- Uso de medios digitales.** *Toda la actividad de contratación regulada en la presente ley, así como aquella que se regule bajo cualquier régimen especial, deberá realizarse por medio del Sistema digital unificado de compras públicas. Dicho sistema de gestión será único y centralizado y su administración estará a cargo del Poder Ejecutivo. El sistema deberá reproducir toda la información relativa a cada una de las etapas del procedimiento de compras. Asimismo, el Sistema digital unificado de*

compras públicas garantizará la total transparencia y publicidad de cada uno de los procedimientos, documentos e información relacionada con dichos procesos de compras, para lo cual el sistema debe reproducir la información en formatos digitales aptos para que el público pueda descargarlos, copiarlos, manipularlos y reproducirlos. Para realizar los actos previstos en esta ley, la administración y los particulares deberán ajustarse a las regulaciones de la Ley N.º 8454, Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, de 30 de agosto de 2005". De la misma manera, el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa destaca en el artículo 11 párrafo segundo cual es la excepción al libre acceso: "Quedan excluidos del acceso a los documentos declarados confidenciales por la Administración contratante los participantes y el público en general, dichos documentos se mantendrán dentro del expediente electrónico de la contratación, teniendo acceso a ellos únicamente la Administración y el oferente que los aportó". Valga mencionar, que en el numeral 63 del citado cuerpo normativo el reglamentista estableció cual es la oportunidad durante la cual puede mantenerse la condición de confidencialidad sea hasta tanto se practique la apertura respectiva: "Artículo 63.-Presentación. La oferta deberá presentarse en el Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP), debidamente firmada por quien tenga poder suficiente para ello en los términos del Reglamento de Uso del Sistema. Deberá garantizarse siempre la confidencialidad de las ofertas hasta que se practique la apertura". Por último y no menos importante, resulta fundamental traer a colación que los principios de publicidad y libre acceso antes desarrollados también se materializan en lo dispuesto en los artículos 4 y 10 del Reglamento para la utilización del Sistema Integrado de Compras Públicas SICOP (Decreto Ejecutivo No. 41438 del 12 de octubre de 2018). En concreto, el artículo 10 señala: "En cada procedimiento de contratación administrativa que se realice en SICOP, el expediente será electrónico y contendrá todos los documento electrónicos que se generen en el trámite del procedimiento que se efectúe en el Sistema. Cada documento agregado deberá estar numerado y ordenado cronológicamente. Todo interesado tendrá libre acceso al expediente electrónico del procedimiento de contratación, el cual podrá ser consultado en línea. El expediente estará foliado mediante un índice de asientos consecutivos. Mediante acto razonado por la institución usuaria, los documentos y los procedimientos calificados como confidenciales, secreto comercial, industrial o económico, de oficio o a solicitud de la parte interesada según lo regulado por la normativa especial aplicable a la institución usuaria, serán de acceso restringido. Salvo a solicitud de la Contraloría General de la

República que por sus competencias, solicite a la institución contratante la visualización de estos documentos". Considerando el asidero jurídico antes mencionado, la restricción al acceso público de la información solo puede ocurrir en aquellos casos en que se haya documentado por escrito mediante acto razonado de la Administración, las circunstancias que sustentan dicha decisión y que no pueden ser otras más que las que ya han sido dispuestas por el legislador tal cual se desarrolló en líneas anteriores. Por lo que en adelante, se analizará si en el caso concreto, la información que se encuentra en el expediente determinada como confidencial se ampara a las reglas indicadas para afirmar si en el caso ha existido una lesión al recurrente tal cual lo afirma en su recurso. Sobre el particular, mediante resolución R-DCA-1021-2019 de las doce horas veintidós minutos del diez de octubre de dos mil diecinueve, este órgano contralor le solicitó a **RADIOGRÁFICA COSTARRICENSE S. A. (RACSA)**, en su calidad de proveedor ante el Estado de la plataforma tecnológica que sirve de base para el Sistema SICOP al tenor de lo dispuesto en los artículos 119 y 201 del Reglamento al Título II de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones (Decreto Ejecutivo N° 35148-MINAET del 24 de febrero de 2009), certificar si existe resolución motivada por parte de la Municipalidad Licitante para declarar confidencial algún documento del expediente electrónico, sobre lo cual manifestó en el oficio No. DMS-0073-2019 de fecha 2019-10-18, la empresa Radiográfica Costarricense S.A. certificó: *"que en dicho expediente no consta resolución motivada por parte de la Municipalidad de Santa Cruz declarando confidencial algún documento de dicho expediente (...) la única oferta en la cual no se adjuntaron archivos con documentos clasificados como confidenciales es la oferta (...) presentada por WPP – CORICLEAN, Los Pinos WASTE DISPOSAL, S.A. (...) las Instituciones bajo su entera responsabilidad y siguiendo los procedimientos que correspondan, pueden reclasificar la condición de confidencialidad que ha establecido el proveedor comercial en la presentación de la oferta y permitir así que dichos documentos sean consultados públicamente desde el expediente electrónico por cualquier interesado"* (hecho probado 4). De esta forma, se advierte en primer término que en el expediente electrónico no solamente constan elementos clasificados como confidenciales desde la oferta adjudicada, sino que constan otras dos de las oferta, entre ellas la oferta aquí recurrente que poseen documentos con este mismo tratamiento, lo cual fue corroborado por este órgano contralor y así se tuvo por acreditado del expediente, en la medida que Empresas Berthier Ebi de Costa Rica S.A. presentó oferta que consta de cinco archivos

clasificados todos como confidenciales y por otra parte, la empresa CTM Corporación Tecnológica Magallanes S.A. presentó oferta que consta de un único archivo clasificado como confidencial (hecho probado 2). De las manifestaciones obtenidas por RACSA a su vez se comprobó que en el caso, el expediente electrónico no registró el acto motivado por parte de la Administración en el cual se hicieren las valoraciones correspondientes en cuanto al tratamiento de la información. En este sentido, este órgano contralor requirió a la Administración según auto de las nueve horas trece minutos del veinticinco de noviembre de dos mil diecinueve, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 4, 10, 90, 91 y 92 del Reglamento para la utilización del Sistema Integrado de Compras Públicas SICOP (Decreto Ejecutivo No. 41438 del 12 de octubre de 2018) referirse a los documentos que han sido declarados confidenciales en el expediente administrativo, sobre lo cual se le solicitó remitir el acto razonado mediante el cual clasificó los documentos con carácter confidencial. En respuesta, se emitió el oficio No. PROV-063-2019 de fecha 26 de noviembre de 2019, la Municipalidad licitante manifestó: *“No consta en el expediente acto razonado mediante el cual se clasificaron documentos confidenciales, lo anterior debido a que las ofertas se dejaron tal cual fueron presentadas por parte de los oferentes, quienes en ningún momento solicitaron hacerlas públicas. Se procederá a poner a disposición la integridad del expediente”* (hecho probado 5). De las manifestaciones de la Administración se reafirma que para el caso de análisis, la información seleccionada como confidencial no fue objeto de valoración por parte de la Administración responsable de custodiar y administrar en este caso el expediente de la contratación, sobre lo cual no media justificación alguna para haber impedido el acceso de las piezas a la parte que aquí lo reclama, lo cual representa vicio suficiente para anular el acto de frente a la posibilidad limitada que tuvo la parte para ejercer de forma plena su derecho a la impugnación del acto, esgrimiendo para ello la información completa en el expediente. De especial relevancia resulta también, que en el caso concreto no solo la plica de la empresa adjudicataria presentaba esta condición, sino que la presencia de información confidencial también se verificó en la oferta de la empresa recurrente, lo cual incluso fue traído a colación en el caso por Aseo General AG S.A., siendo que en su respuesta a la audiencia inicial claramente mencionó: *“efectivamente mi representada presento (sic) grado de confidencialidad a ciertos documentos, lo cual se generó por error y no es de objeto negarlo por nuestra parte, igualmente aunque no es argumentación de debate, cada una de las ofertas de las otras empresas hicieron exactamente lo mismo, incluyendo a la misma*

recurrente que subió e incorporó un único archivo de manera confidencial (...) llama la atención que invoca como un acto "cuestionable" lo que de manera idéntica realizó (folio 115 del expediente administrativo de la contratación). A pesar de que la empresa adjudicataria no manifiesta agravio alguno de frente a esta situación, este órgano contralor no pierde de vista que en un plano de igualdad, de la misma manera en que a la recurrente se le lesiona su derecho a impugnar en forma completa el acto final por cuanto no tuvo acceso a todos los documentos relevantes, esta misma situación la plantea en forma indirecta la empresa adjudicataria en el presente trámite por cuanto no podría oponer alguna defensa en lo que a la legitimación del apelante se refiere, considerando que en su caso tampoco tuvo el acceso oportuno a la información. La negatoria que en este caso se ha constatado por parte de la Administración de no haber brindado la publicidad de las piezas sin haber mediado declaratoria al amparo de la normativa vigente, implica precisamente una lesión sustantiva al ejercicio del derecho de impugnación; en la medida que es a través de la verificación oportuna de la información completa de las ofertas (que consta en registros y archivos administrativos como ocurre en este caso desde el expediente electrónico de la contratación), que las partes pueden examinar la actuación administrativa y cuestionar el resultado obtenido para cada una de ellas y en este caso además, la selección de la oferta ganadora. De esta forma, al estar en presencia de documentos que no fueron del conocimiento de las partes, cuya condición confidencial se mantuvo incluso en esta sede, en tanto no fue sino hasta la emisión del oficio No. PROV-063-2019 de fecha 26 de noviembre de 2019 en que la Administración resuelve poner a disposición la integralidad del expediente a todas las partes (hecho probado 5). En consecuencia, se ha vulnerado en este caso la debida tutela de defensa por cuanto no podría exigirse a los oferentes activar los mecanismos de impugnación que el ordenamiento les permite para gestionar en forma fundada la revisión de los criterios conforme a los cuales se determinó la elegibilidad o inelegibilidad de las plicas, entre ellas la de Aseo General tal cual lo plantea la recurrente en este caso. De esa forma, las posibilidades de respuesta que podría brindar en el trámite del procedimiento de apelación en la medida que hay aspectos que desconocen de las ofertas presentadas a concurso, lo cual enerva a todas luces la capacidad de análisis que puedan emitir al respecto para requerir a un tercero imparcial como lo es en este caso la Contraloría General, pronunciarse sobre aspectos que desconocen en el propio trámite. En consecuencia, se **declara parcialmente con lugar** este extremo del recurso en los términos que lo reclama

la recurrente de que no ha podido ejercer adecuadamente la posibilidad de impugnación. Por ello, se impone **anular** el acto de adjudicación recaído a favor de Aseo General AG S.A. el recurso. En virtud de lo antes expuesto, no se entran a resolver los alegatos restantes que han sido argumentados por la parte. -----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 84y siguientes de la Ley de la Contratación Administrativa, 182 y siguientes del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, **SE RESUELVE: 1) DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR** el recurso de apelación interpuesto por interpuesto por **EMPRESAS BERTHIER EBI DE COSTA RICA SOCIEDAD ANÓNIMA** en contra del acto de adjudicación de la **Licitación Pública 2019LN-000001-0021000001** promovida por la **MUNICIPALIDAD DE SANTA CRUZ** para la contratación del "servicio de operación del relleno sanitario mecanizado del Parque Tecnológico Ambiental de Santa Cruz, Guanacaste", acto recaído a favor del **ASEO GENERAL AG SOCIEDAD ANONIMA** por un monto de ₡8.800 (ocho mil ochocientos colones) por tonelada métrica, cuantía inestimable, **acto el cual se anula. 2)** De conformidad con el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa se da por agotada la vía administrativa. -----

NOTIFÍQUESE. -----

ORIGINAL FIRMADO

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

ORIGINAL FIRMADO

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

ORIGINAL FIRMADO

Edgar Herrerra Loaiza
Gerente Asociado

MMQ/chc
NI: 25959, 26077, 26687, 28857, 30011, 30040, 30109, 30129, 31890, 33561, 32824.
NN: 19138 (DCA-4618-2019)
G: 2019003578-2

