



R-DCA-01273-2020

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las ocho horas cincuenta y siete minutos del primero de diciembre del dos mil veinte.-----

RECURSO DE OBJECCIÓN interpuesto por la empresa **E.S CONSULTORÍA Y CONSTRUCCIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA** en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 2020LN-000006-0013600001**, promovida por el **FIDEICOMISO 872 MS-CTAMS-BNCR**, a través de la Proveeduría del Ministerio de Salud, para la Construcción y equipamiento del Área Rectora de Salud de Montes de Oro – Puntarenas.-----

RESULTANDO

I. Que el día dieciséis de noviembre del dos mil veinte, la empresa E.S Consultoría Y Construcción Sociedad Anónima presentó ante esta Contraloría General, recurso de objeción en contra del cartel de licitación pública No. 2020LN-000006-0013600001, promovida por el Fideicomiso 872 MS-CTAMS-BNCR, a través de la Proveeduría del Ministerio de Salud.-----

II. Que mediante auto de las doce horas treinta y ocho minutos del diecisiete de noviembre del dos mil veinte, esta División otorgó audiencia especial a la Administración licitante para que se pronunciara sobre el recurso de objeción interpuesto. Dicha audiencia fue atendida mediante oficio MS-DFBS-UBS-1670-2020 del veinte de noviembre del dos mil veinte, el cual 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 LA COMPETENCIA PARA CONOCER EL RECURSO INTERPUESTO: Para efectos de determinar la competencia de este Despacho para conocer el recurso de objeción interpuesto, resulta necesario acudir a lo establecido en el artículo 81 de la Ley de Contratación Administrativa, el cual dispone que contra el cartel de la licitación pública y la licitación abreviada puede interponerse recurso de objeción, de la siguiente forma: *“El recurso se interpondrá ante la Contraloría General de la República, en los casos de licitación pública, y en los demás casos, ante la administración contratante.”* En el mismo sentido, el artículo 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa dispone que: *“El recurso de objeción contra el cartel de las licitaciones públicas se impondrá ante la Contraloría General de la República”*. De conformidad con lo expuesto, la competencia de este órgano contralor para

conocer un recurso de objeción se activa únicamente en aquellos casos en los cuales el cartel que se objeta corresponde al de un concurso tramitado bajo el procedimiento de licitación pública. Siendo que el presente concurso se promueve con recursos del Fideicomiso 872-MS-CTAMS-BNCR, es importante indicar que el mismo fue aprobado por esta Contraloría General en el año 2002 por medio del oficio No. 06061 (DI-AA-1662) del 24 de mayo; siendo que su Adenda No.1, suscrita el 24 de octubre del 2012, también fue aprobada por el órgano contralor mediante oficio No. 13237 (DCA-2946) del 06 de diciembre de 2012. En virtud de la gestión que se tramita, resulta meritorio señalar que en la Cláusula Segunda del Contrato se indica lo siguiente: *“Finalidad del Fideicomiso: Los recursos del Fideicomiso serán utilizados por el Ministerio de Salud en el cumplimiento de los objetivos de la Ley General de Salud y para la operación, fortalecimiento, desarrollo, actualización y mejoras de los servicios programas y actividades que desarrolla el Ministerio de Salud a efecto de que los servicios brindados por este sean oportunos, eficientes y seguros. Los recursos del Fideicomiso serán utilizados previas aprobación del presupuesto anual por parte del Comité Especial, en el pago de la contratación de los siguientes rubros: (...) Para estos efectos la contratación y los procedimientos que lleven a las mismas serán realizadas por las Unidades respectivas el Ministerio de Salud, en acatamiento de las disposiciones contenida por la Ley de Contratación Administrativa (...)”*. De ahí que el presente procedimiento amparado en dicho Fideicomiso, se realiza conforme la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento. Teniendo claro lo anterior y con el fin de determinar la competencia en materia recursiva de las contrataciones con cargo al fideicomiso, resulta conveniente resaltar que en el oficio No. 11092 (DCA-2509) del 19 de octubre del 2012 respecto a la asignación del estrato para el Fideicomiso, este órgano contralor indico: *“(...) Por otra parte, la cláusula segunda del contrato de fideicomiso No. 872 CTAMS-BN indica que los recursos de dicho fideicomiso serán utilizados para el pago de la contratación de servicios no personales y gastos asociados, adquisición de infraestructura, materiales y equipo, entre otros, así como para aquellos otros rubros vinculados a las funciones, competencias y objetivos del Ministerio de Salud. No obstante, en cuanto a los procedimientos de contratación, esa misma cláusula dispone que “la contratación y los procedimientos que lleven a las mismas serán realizadas por las Unidades respectivas el (sic) Ministerio de Salud”*. Además, señala la cláusula tercera que existe un Comité Especial al que le corresponde: *“2) Asumir la condición de Comité Asesor a la Unidad respectiva del Ministerio de Salud, en los procesos de contratación relacionados con los bienes servicios que serán cancelados con los fondos fideicometidos”*. A partir de lo anterior, entiende este órgano

contralor que se trata de un fideicomiso cuya finalidad es la administración de recursos, encargado del pago de los bienes y servicios adquiridos con cargo a los fondos fideicometidos, sin que sea posible desprender del contrato que el citado fideicomiso esté habilitado para realizar procedimientos de contratación de manera autónoma o independiente, sino que por el contrario, lo que se observa es que éstos se deben llevar a cabo a través de las respectivas unidades del Ministerio de Salud. (...) Aunado a lo anterior, no se omite indicar que es responsabilidad de esa Administración verificar que los procedimientos de compra con cargo a los recursos del fideicomiso en mención, se realicen de acuerdo con los límites económicos según el estrato presupuestario –que calcula y publica esta Contraloría General– aplicable a la institución competente para promover dichos concursos.”(El resaltado no es del original). De lo anterior, se entiende que los concursos promovidos con respaldo económico del Fideicomiso 872-MS-CTAMS-BNCR se ubicaran en el estrato correspondiente a la institución que le corresponda promover el concurso, en esta ocasión el Ministerio de Salud, siendo que el mismo se trata de un fideicomiso cuya finalidad es la administración de recursos, encargado del pago de los bienes y servicios adquiridos con cargo a los fondos fideicometidos. Incluso, la Administración con ocasión de la audiencia especial concedida indicó en el oficio MS-DFBS-UBS-1670-2020: “Se aclara que el Fideicomiso 872 MSCTAMS-BNCR no se rige por un reglamento para la contratación de bienes y servicios, en todos los procesos realizados aplica lo dispuesto en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento (se adjunta contrato). Además, para la estimación de la presente contratación la Administración se toma como referencia los límites económicos aplicables al Ministerio de Salud para la contratación de bienes y servicios no personales, determinados a partir del monto del presupuesto.”. A partir de lo anterior, es factible entender entonces que dicho procedimiento es una licitación pública, por lo tanto esta Contraloría General es competente para conocer del recurso de objeción interpuesto.-----

II. SOBRE EL FONDO DEL RECURSO DE OBJECCIÓN PRESENTADO POR LA EMPRESA E.S CONSULTORÍA Y CONSTRUCCIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA. Sobre la limitación a participar por antecedentes negativos.

La objetante desarrolla que el recurso de objeción al cartel es el remedio procesal que tienen los administrados, para impugnar aquellos carteles que de alguna manera restringen o limitan ilegítimamente en su perjuicio la libertad de participación en los procedimientos concursales, o que hacen nugatorios los principios de igualdad de trato y de oportunidades para los oferentes. Respecto al cartel propiamente, indica que el numeral II.16.6 en lo que interesa dice: “El oferente no deberá tener antecedentes negativos ante la

Institución tales como obras inconclusas, con vicios ocultos o empresas en investigación por anomalía". Sobre lo señalado en el pliego, indica que es su caso particular, independientemente de las acciones legales que utilizó o dejó de utilizar, como resultado esencialmente de diferencias de orden técnico con esta Administración, hace más de 8 años, bajo circunstancias que aún no comparte y en donde no acudió a los Tribunales de Justicia porque es público y notorio que a pesar de todos los esfuerzos y reformas, esto implica un costo mayor tanto económico como en tiempo, decidió continuar con su negocio con otras instituciones, pero fue inhabilitado para contratar con el Ministerio de Salud por un período de 5 años, de tal suerte que el texto del cartel transcrito impide su participación, lo cual es contrario a las normas y principios que rigen la materia. Las especificaciones técnicas, en principio le permiten participar cuando en el numeral II. 11 Antecedentes, II.11.1, dice que valorará aquellas ofertas ejecutadas durante los dos años anteriores y dice en el numeral II. 13 Calificación y Adjudicación que los antecedentes tienen un valor del 15%, detallando luego en la sección II.16 Antecedentes del Oferente los datos requeridos para la evaluación de esta experiencia en donde ya se habla de los últimos 3 años, lo que le hace suponer que es un error en el II. 11.1 que menciona 2 años, sobre todo porque en los numerales subsiguientes se habla de 3 años, particularmente en el numeral II.16.5 muy de su interés que dice: *"Se evaluarán aquellas obras que se hayan ejecutado en los tres (3) últimos años y que hayan sido recibidas a satisfacción por el propietario. En caso de que una empresa se encuentre bajo las sanciones impuestas según el artículo 223 (RLCA) y que ya se haya cumplido el período de inhabilitación, únicamente se considerará para el análisis de antecedentes aquellos proyectos que se hayan ejecutado durante el período en el que la sanción finalizo"*. Resulta de su interés lo anterior porque su sanción se cumplió hace más de tres años, por lo que tendría proyectos para someter a evaluación de la Administración, sin embargo, también considera esta es disposición ilegal y arbitraria puesto que sería una extensión de la sanción no prevista en la norma toda vez que en su caso tiene trabajos ejecutados a la Caja Costarricense de Seguro Social, de naturaleza y condiciones similares al de este proceso que ejecutó cuando no podía contratar con el Ministerio de Salud, y no hay razón válida para que esa experiencia no sea considerada. Permitir una limitación como la que establece este pliego de condiciones equivaldría a una sanción perpetua, lo cual claramente no está permitido en un país de derecho como el nuestro y violentas disposiciones de nuestra Carta Magna. Según lo expuesto con todo respeto solicita a este órgano contralor declarar con lugar el recurso, y eliminar el numeral II. 16.6 por las razones fácticas y jurídicas aportadas. Concluye señalando que su empresa tiene amplia experiencia y

participa en muchas obras de la Administración Pública, sin embargo, sin duda alguna con estas disposiciones cartelarias la invitación es a no concurrir y claramente esto es contrario también a la razón de ser de todo procedimiento de contratación, contar con el mayor número posible de ofertas para seleccionar la que sea más conveniente al interés público. No es correcto ni conveniente, establecer condiciones que impliquen un límite a un potencial oferente. Es consciente de que la Administración puede poner límites a la participación en virtud de su potestad discrecional para introducirlos, sin embargo, está claro que esa condición debe ejercerse de forma racional y proporcionada de manera tal que las restricciones busquen garantizar la adecuada satisfacción del interés público lo que no sucedería en la especie según ha desarrollado en su escrito. La Administración por su parte manifiesta en la respuesta a la audiencia especial, en primer lugar el recurso de objeción presentado se hace alusión a la discrepancia de criterios para la validación de la experiencia del posible oferente. En el Folleto de Especificaciones Técnicas propiamente en el apartado II.11 Antecedentes. Luego, en los apartados II.16.1 y II.16.5 de ese Folleto en el apartado sobre calificación y adjudicación, se indica que, para la ponderación de la experiencia dentro de la metodología de calificación, se considerarán y valorarán todos aquellos proyectos realizados por el oferente durante los últimos tres años, de manera que es claro que, por un error involuntario, se estableció el plazo de 2 años en el apartado II.11.1, cuando en realidad debe leerse: *“II.11.1 Para la valoración de la experiencia del oferente, se deberá presentar un listado de proyectos similares acompañados con certificación del propietario. Se valorarán aquellas obras que fueron ejecutadas durante los tres años anteriores contados a partir de la fecha de apertura de esta contratación. Ver apartado sobre calificación y adjudicación, para más detalles al respecto.”*. En segundo lugar, se hace mención al apartado II.16.5 del Folleto de Especificaciones Técnicas, al respecto se debe apuntar a lo contemplado en la norma aplicable: *“Artículo 56.-Experiencia. Cuando la Administración, solicite acreditar la experiencia, se aceptará en el tanto ésta haya sido positiva, entendida ésta, como los bienes, obras o servicios recibidos a entera satisfacción, debiendo indicar el cartel la forma de acreditarla en forma idónea. Igual regla se seguirá cuando se trate de experiencia obtenida en el extranjero”*. En este sentido, el apartado II.16.5 indica que se valorarán aquellas obras que hayan sido recibidas a satisfacción por el propietario, en concordancia con lo indicado en el artículo 56 del RCLA. Asimismo, el artículo 223 del Reglamento a la Ley de Contratación señala: *“Artículo 223.-Sanciones a particulares. La sanción a particulares puede ser apercibimiento o inhabilitación. El apercibimiento consiste en una formal amonestación escrita dirigida al particular, a efecto de que corrija su conducta,*

cuando fuere posible, sin perjuicio de la ejecución de garantías o aplicación de cláusula penal o multas, cuando así procediere y constituye un antecedente para la aplicación de la sanción de inhabilitación por la causal del artículo 100, inciso a) de la Ley de Contratación Administrativa. La sanción de inhabilitación consiste en el impedimento para participar en procedimientos en los que la decisión inicial se haya dictado con posterioridad a la firmeza de la sanción, según la cobertura establecida en los artículos 100 y 100 bis de la Ley de Contratación Administrativa.”.

Explicando la Administración que es criterio de la parte técnica que lo establecido en el apartado II.16.5 del Folleto de Especificaciones Técnicas con respecto a la validación de antecedentes considerando los períodos de inhabilitación de una empresa dada, se ajusta a lo establecido por la normativa y no es ilegal ni arbitraria tal y cual lo manifiesta la objetante, por cuanto el artículo 223 es claro que dichas sanciones se rigen por las coberturas establecidas en los artículos 100 y 100 bis de la Ley de Contratación Administrativa en donde se establece claramente los ámbitos de cobertura y prescripción, dependiendo de los causales que genere dicha inhabilitación (es decir, si la inhabilitación corresponde únicamente con la entidad que impuso la sanción, o bien dicha inhabilitación cubre todas las contrataciones que se realicen en toda la Administración Pública, independientemente de quien haya impuesto la sanción). De este modo, y con la información concerniente al plazo y tipo de inhabilitación impuesta a un posible oferente, se podría discriminar cuales proyectos pueden o no ser considerados para la valoración de los antecedentes. Por último, se hace referencia al numeral II.16.6 del Folleto de Especificaciones Técnicas, atendiendo a los principios de eficiencia, eficacia y libre competencia la parte técnica reconoce que dicho texto puede prestarse a confusión, por cuanto el fondo del mismo se refiere a la posibilidad de que una empresa se encuentre inhabilitada para contratar con la Administración, por lo que es criterio de la Unidad Técnica dejar sin efecto el numeral II.16.6 al que hace referencia la objetante. Atendiendo a los principios de eficiencia, eficacia, buena fe, libre competencia que deben regir todo proceso de contratación administrativa, es criterio de la Administración avalar la solicitud de la objetante en cuanto a la eliminación del apartado II.16.6 del Folleto de Especificaciones Técnicas. **Criterio de División:** Del planteamiento de la objetante se tiene que solicita se elimine el apartado II.16.6 del pliego. A lo cual la Administración ha señalado que el mismo puede presentar una confusión, decidiendo en base a los principios de eficiencia, eficacia y libre competencia eliminar la cláusula objetada por la recurrente. De manera tal, se tiene un allanamiento por parte de la Administración motivo por el cual se **declara con lugar** el recurso. Asimismo, dentro de la respuesta brindada por la Administración, se observa que la misma decide modificar el apartado

II.11.1, pues por un error involuntario, se estableció el plazo de 2 años, debiendo leerse: “II.11.1 Para la valoración de la experiencia del oferente, se deberá presentar un listado de proyectos similares acompañados con certificación del propietario. Se valorarán aquellas obras que fueron ejecutadas durante los tres años anteriores contados a partir de la fecha de apertura de esta contratación. Ver apartado sobre calificación y adjudicación, para más detalles al respecto”. Si bien la objetante menciona la cláusula anterior, del planteamiento no se entiende una objeción como tal, siendo que no determinó ni demostró el perjuicio que le ocasiona e incluso que pretendía al mencionarla en el desarrollo de su recurso. Sin detrimento de lo anterior, deberá la Administración incorporar a su cartel las modificaciones correspondientes procurando brindar la publicidad necesaria.-----

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 CON LUGAR** el recurso de objeción interpuesto por la empresa **E.S CONSULTORÍA Y CONSTRUCCIÓN SOCIEDAD ANÓNIMA** en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 2020LN-000006-0013600001**, promovida por el **FIDEICOMISO 872 MS-CTAMS-BNCR**, a través de la Proveduría del Ministerio de Salud, para la Construcción y equipamiento del Área Rectora de Salud de Montes de Oro – Puntarenas. **2)** Deberá a Administración incorporar las modificaciones al cartel y brindarles la debida publicidad. **3).** Se da por agotada la vía administrativa. **NOTIFÍQUESE.** -----

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

Ariany Fuentes Mora
Fiscalizadora Asociada

AFM/mtch
NI: 34824, 35624
NN: 18798(DCA-4519-2020)
G: 2020004184-1
Expediente: CGR-ROC-2020007449

