



Banco de Costa Rica, San José, a las 14 horas del 26 de julio del 2017.
Recurso de revocatoria en contra del acto de adjudicación de la Contratación Directa #2017CD-000041-01 "Servicios de localización de personas y notificación de deudores en cobro judicial".

.....

POR CUANTO,

- I. La Gerencia de Servicios Corporativos y la Gerencia de Control Interno en nota del 23/5/2017, acordaron adjudicar la contratación directa en referencia a favor de la empresa Consultores e Investigaciones Jurídicas M y M S.A.
- II. Mediante escrito visible a folios #0505 al #0511 del expediente administrativo, el Sr. Julio Quirós Espinoza., interpuso recurso de revocatoria en contra del acto de adjudicación de la Contratación Directa #2017CD-000041-01.
- III. Dado que el recurso se presentó en tiempo y forma, se procede a resumir los alegatos del recurrente:

"...Señala el recurrente que del expediente denotan que parte de los requisitos del cartel de la indicada contratación era aportar cartas de referencia que demostraran la experiencia de realización de labores de localización y notificación en entidades financieras supervisadas por la SUGEF, y la empresa que resultó adjudicataria presento una carta del BAC de la que se puede extraer:

a) *En el párrafo segundo, "...la calidad del servicio recibido desde hace un año aproximadamente".*

b) *"Dichos servicios son proveídos directamente a los Bufetes encargados de la gestión judicial".*

En posición de lo anterior, indica que los requisitos del cartel se incumplen con ambos puntos ya que se requería una experiencia de tres años y que en la referencia solo se cita que fue por un año y, por otro lado, la referencia es indirecta ya que el servicio que se otorga al BAC es para los bufetes que prestan las gestiones de cobro y que no es un servicio supervisado directamente por dicho ente.

Y así, el recurrente indica que de hacerse la corrección debida con los porcentajes de las ofertas quedaría con un 94% la recurrente y sería la que según sus argumentos resultaría la adjudicataria.."

IV. Se le dio audiencia a la empresa adjudicataria Consultores e Investigaciones Jurídicas M y M S.A., la cual indicó lo siguiente: (ver folios #512, #520 al #522).

"...Al responder el recurso la empresa adjudicataria señala que conforme a la referencia de los tres años de experiencia en el servicio de la documentación aportada se indica que:

a) El 5 de abril de 2017 se emitió una carta por parte de Rina Ortega Ortega Jefe de Oficina de Cobro Judicial e insolutos del Banco de Costa Rica, en la cual se indica se otorgó un servicio basado en la Contratación Directa #2012CD-000316-01 por un periodo que abarca entre el 8 de marzo del 2013 y el 7 de marzo del 2017.

b) Además otro de los puntos es, basado en el requisito de brindar un servicio a dos entidades financieras supervisadas por la SUGEF queda demostrado con la nota anteriormente citada y agregando la que emitió el la Licda. Eugenia Corrales U. Subgerente de Operaciones de Crédito del Banco Bac San José, S.A. ambas entidades supervisadas por la SUGEF.

Por último, relacionado con lo que indicó la recurrente acerca la supervisión indirecta del servicio otorgado a los bufetes externos del BAC indica la adjudicataria que el BAC no realiza gestiones internas de gestoría de cobro judicial que esta función es meramente ejecutada por los bufetes externos ya contratados por la entidad financiera mencionada.

V. Se le dio audiencia a la Oficina Cobro Judicial e Insolutos, la cual en nota del 31/5/2017 respondió lo siguiente: (ver folio #518 y #519).

"...a) Basado en la experiencia de al menos tres años en los servicios de localización y notificación en entidades financieras supervisadas por la SUGEF y de conformidad con la documentación que aporta la empresa adjudicataria, indica esta administración que ese requisito no tiene que ser taxativo con cada entidad financiera de las que se aporta referencia.

b) Relacionado con el segundo agravio señalado por la recurrente basada en la supervisión indirecta por parte del BAC, por el hecho de que sean Bufetes externos los que se hagan cargo de la labor de cobro judicial. Concluye esta administración que el hecho de que los servicios sean prestados a través de los bufetes encargados de la gestión de cobro es una asignación de casos de abogados externos de la entidad financiera como directores de estos procesos judiciales, teniéndose como beneficiado la entidad financiera que como se cita anteriormente es la que resulta beneficiaria de lo mismo.

Así las cosas, la administración concluyó que la adjudicación a favor de la empresa Sociedad Consultores e Investigaciones Jurídicas M Y M S.A. cumple con las condiciones establecidas en el cartel de la presente contratación..."

VI. Se solicitó criterio de la Gerencia Corporativa Jurídica, oficina que nos remitió su opinión en Oficio GCJ-NHM-0174-2017 del 13/7/2017, en el cual se indica: (Ver folios del #0566 al #0573 del expediente administrativo).

“...En virtud de que esta Gerencia consideró que del recurso interpuesto se podía estar en presencia de un vicio de nulidad absoluta no alegado por el recurrente se solicitó que se otorgara audiencia a las partes, a fin de que se refirieran al tema, de conformidad con lo que dispone el artículo 168 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), en virtud de lo cual la Oficina de Contratación Administrativa del Banco de Costa Rica, mediante oficio del 23 de junio del año en curso concedió la audiencia indicada, siendo que las empresas respondieron lo siguiente:

- El Consorcio Localizaciones BCR, representado por Federico Calvo Perez y José Abarca Fernández manifestaron compartir el criterio de la Gerencia Jurídica de que exista una nulidad absoluta, pero bajo el fundamento de que la experiencia debe verse como una ventaja comparativa o un requisito de admisibilidad, en su caso como una mezcla de ambas, para el caso concreto, indican que la administración no fue específica en definir lo que debía entenderse por experiencia, ni los aspectos que se requieren para evaluarlo o si bien conforme a su tratamiento.

- La empresa Gestionadora Internacional Servicrédito S.A. señaló que el proceso de evaluación de la experiencia, en la oferta fue ponderado de manera indebida según el art. 54 del RLCA, ya que la misma debe fungir como una condición invariable que no puede ser conmutada con un factor de evaluación del 40%. Por lo que el proceso de evaluación según la empresa Servicrédito, es erróneo.

- La empresa Servicio de Notificaciones Notariales Senn de Costa Rica S.A. manifestó que según el art. 176 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, deben ser analizadas las cláusulas respectivas al cartel de la licitación.

- El recurrente Julio Quiros Espinoza manifestó que las entidades financieras supervisadas por la SUGEF, exige un requisito mínimo de experiencia de tres años para que las ofertas califiquen como admisibles, por lo que para cada oferente en base a este requisito debe acreditar que tiene al menos esta experiencia con las cartas de referencia que se solicitaron, por lo que esto debe ser valorado en la Tabla de Calificación para otorgar los puntos necesarios. Así también, indica que se queda con lo ya fundamentado en su recurso de revocatoria.

V.- Sobre la legitimación.

De conformidad con el artículo 85 de la Ley de Contratación Administrativa, en relación con el artículo 184 del reglamento a dicha ley, toda persona que ostente un interés legítimo, actual, propio y directo podrá interponer el recurso de apelación. Igualmente, estará legitimado para recurrir quien haya presentado oferta en nombre de un tercero que ostente cualquier tipo de representación.

En el presente caso, el recurrente presentó formal oferta en la contratación impugnada y ocupó el segundo lugar en la calificación, motivo por el cual ostenta un interés legítimo y directo en la presente contratación y, en consecuencia, debemos señalar que sí cuenta con la legitimación necesaria para impugnar el acto de adjudicación.

VI. Sobre el fondo del recurso:

Cita la recurrente que el porcentaje de la experiencia que se tomó para adjudicar no va acorde con lo que establecía el cartel. Para mayor claridad nos permitimos transcribir lo requerido en el cartel en cuanto a la experiencia requerida en los servicios solicitados:

"Los oferentes deberán contar con experiencia de al menos 3 años en la realización de labores de localización y notificación de personas con entidades financieras supervisadas por la SUGEF. Para acreditar dicha experiencia, deberá aportar al menos dos cartas de referencia de entidades financieras, las cuales deben de ser cartas originales o copias certificadas. Por cada carta se asignarán 20% hasta alcanzar un máximo de 40%.

- Las cartas deben contener al menos la siguiente información:
- Nombre de la entidad financiera que extiende la constancia
- Fecha de inicio de la contratación y plazo contractual. Indicar claramente el servicio prestado.
- Teléfono, fax, y correo electrónico de la entidad que emite, con suficiente conocimiento del servicio prestado.
- La fecha de emisión del oficio no debe exceder de 30 días naturales con respecto al día de la apertura de las ofertas"

De lo anterior se concluye que para acreditar la experiencia era necesario aportar al menos dos cartas de recomendación que cumplieran con los requisitos indicados anteriormente, entre ellos, la fecha de inicio de la contratación y el plazo contractual, así como el nombre de la entidad financiera que extendía la constancia. No menos importante es que cada carta, que cumpliera con los requisitos indicados, sería calificada con 20%, para un total de 40%, de modo que si presentaba más de dos cartas el máximo puntaje a otorgar sería este último.

Así las cosas, el recurrente alega que a la carta presentada por la empresa adjudicataria emitida por el Bac San José no le correspondía puntaje, en virtud de que expresamente en ella se indica que los servicios se prestan por menos de los 3 años que solicitó el cartel, así como que si bien es una entidad financiera la que rinde la constancia esta se refiere a servicios que no fueron prestados directamente al banco, sino a un bufete que tiene la relación con la entidad, es decir, se trata de servicios brindados en forma indirecta.

La administración por su cuenta señala que el cartel no indicó que la experiencia debía ser en cada entidad financiera donde presta los servicios, razón por la cual asignó la totalidad del puntaje correspondiente a la experiencia, a pesar de que una no acreditó los tres años solicitados en el cartel.

A partir de lo antes expuesto resulta evidente que la Administración solicitó que los oferentes debían contar con un mínimo de 3 años de experiencia, la cual se debía probar con dos cartas de recomendación que debían cumplir con ciertos requisitos, tal y como se transcribió.

El recurrente cuestiona el acto de adjudicación por una incorrecta evaluación de la oferta ganadora respecto de una carta de recomendación, por lo que no le debió haber correspondido el puntaje asignado.

Del análisis de los argumentos del recurrente, así como de la revisión del expediente de la contratación, en especial el cartel y la recomendación de adjudicación resulta claro para esta asesoría que si bien

el cartel indicó una experiencia mínima, la cual constituye una condición invariable, no obstante esta se consideró en el sistema de evaluación, lo cual constituye una violación a la normativa que regula la materia. Dispone el artículo 55 del reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, en lo que interesa, lo siguiente:

Artículo 55.-Sistema de evaluación. En el cartel se establecerá un sistema de evaluación, el cual deberá contemplar los factores ponderables, el grado de importancia de cada uno de ellos, así como el método para valorar y comparar las ofertas en relación con cada factor.

La Administración, podrá incluir otros factores de calificación distintos al precio, en el tanto impliquen una ventaja comparativa para la selección de la oferta más conveniente. No podrán ser ponderados como factores de evaluación los requisitos mínimos legales, técnicos o financieros, que resulten indispensables para la contratación.

Asimismo, en concordancia con lo anterior, el numeral 54 del citado reglamento dispone lo siguiente:

Artículo 54. Condiciones invariables. En el cartel se deberá exigir el cumplimiento obligatorio de aquellos requisitos, cuando corresponda. Dentro de estas condiciones invariables y según el objeto de que se trate, se podrán establecer aspectos tales como, capacidad financiera, especificaciones técnicas y experiencia. Las condiciones invariables deben orientarse a la selección de la oferta más conveniente a los intereses de la Administración.

De la relación de ambas normas se concluye que la experiencia es un requisito de cumplimiento obligatorio que constituye un requisito mínimo legal de la contratación, motivo por el cual no puede ser regulada como tal, es decir, como condición invariable, en el sistema de evaluación, no solo por prohibirlo el ordenamiento jurídico, sino porque se genera un trastorno en el resultado de la contratación, ya que el incumplimiento de la experiencia constituye un motivo de exclusión de la oferta y, por consiguiente, la inelegibilidad de esta, mientras que el mismo incumplimiento pero regulado en el sistema de evaluación puede dar como resultado que la oferta ganadora no tenga experiencia.

Situaciones como esta han sido analizadas por la Contraloría General de la República, llegando al extremo de considerar que producen la nulidad del procedimiento. En tal sentido ha señalado el Ente Contralor, en la resolución R-DJ-072-2010, del 26 de febrero de 2010, en resumen, lo siguiente:

Dicho lo anterior, no queda la menor duda de que la Junta Administrativa del Liceo Llano Bonito, incumplió con el citado artículo 55 del RLCA, por cuanto dispuso como elementos de calificación, una serie de aspectos que habían sido establecidos como factores mínimos que resultaban indispensables para la contratación, es decir se duplicaron los requisitos de admisibilidad y se establecieron a su vez, como elementos de evaluación, lo cual conforme a la normativa indicada no es factible. Expuesto lo anterior, debemos analizar si se está en presencia de una nulidad absoluta, evidente y manifiesta. Como punto de partida, debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley de Contratación Administrativa que dice: ...El régimen de nulidades de la Ley General de la Administración Pública se aplicará a la contratación administrativa... La Ley General de la Administración Pública (LGAP) en su artículo 166 señala: Habrá nulidad absoluta del acto cuando

falten totalmente uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente. En el caso que se analiza, se observa un vicio en un elemento del acto como lo es el contenido, toda vez que se contemplaron dentro del sistema de evaluación aspectos de admisibilidad, contrariando lo dispuesto en el numeral 55 del RLCA, como fue dicho. Por otra parte, se denota que el método de calificación de ofertas no se ajusta a lo establecido en el cartel, por cuanto en el pliego cartulario se fijó un sistema cuya calificación máxima podrían ser 100 puntos (hecho probado 2), en tanto las ofertas sometidas a concurso, en su calificación total obtuvieron unas calificaciones de 522 y 385 puntos para el adjudicatario y el apelante, respectivamente (hecho probado 5). Lo anterior lleva al convencimiento que se está en presencia de una nulidad absoluta que lleva a la anulación del procedimiento. Al respecto, la doctrina apunta: La doctrina está conteste en que el acto administrativo cuyo objeto o contenido resulten desarmónicos con el orden jurídico vigente, es un acto inválido, caracterizado como nulo, de nulidad absoluta. (MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p 534). Establecido lo anterior, se impone realizar el análisis de si tal nulidad absoluta, es a la vez, evidente y manifiesta. Para dilucidar el punto, debe recurrirse a lo indicado en el artículo 223 de la LGAP, que dice: 1. Sólo causará nulidad de lo actuado la omisión de formalidades sustanciales del procedimiento./ 2. Se entenderá como sustancial la formalidad cuya realización correcta hubiera impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes, o cuya omisión causare indefensión. En el caso concreto, se determina que, efectivamente, de no haberse establecido en el sistema de calificación aspectos de admisibilidad, el resultado final pudo haber sido diferente y, a su vez, el apartarse del sistema de calificación -con base 100 causa indefensión e indeterminación acerca del mecanismo de evaluación. Lo antes expuesto permite concluir que se está en presencia de una nulidad absoluta, evidente y manifiesta que llevan a declarar la nulidad del acto de adjudicación, del cartel y consecuentemente del procedimiento realizado. En razón de lo anterior, instamos a esa Junta para que elabore un cartel en forma cuidadosa, observando para ello las disposiciones contenidas en los artículos 51 y siguientes del RLCA, donde no se repliquen en el sistema de evaluación aspectos propios de admisibilidad y, además, se pidan requisitos que las partes puedan válidamente cumplir.

De esta forma, el hecho de que el cartel haya regulado la experiencia mínima en el sistema de evaluación constituye una violación a las normas indicadas, ya que de aplicarse de la forma prevista daría lugar a que eventualmente la ganadora del concurso sea una empresa sin experiencia, cuando la consecuencia de dicho incumplimiento es la exclusión de la oferta del concurso. De hecho, en la recomendación de adjudicación se excluyen algunas ofertas por no cumplir con la experiencia, lo cual confirma que el requisito para la Administración era de admisibilidad (como en derecho corresponde), y por otro se otorgó puntaje a una de las cartas de recomendación que de acuerdo con el cartel no cumplía con los requisitos exigidos, ya que no acredita que el mínimo de años solicitados.

Si bien es cierto que se ha permitido que los sistemas de evaluación contemplen aspecto de admisibilidad esto ha sido posible cuando se califican condiciones superiores a los mínimos solicitados, es decir, en el caso concreto, se puede premiar con puntos a los oferentes que teniendo el mínimo exigido acrediten mayor experiencia.

En virtud de lo anterior, esta Gerencia considera que sí se configura el vicio de nulidad absoluta no alegado por el recurrente, motivo por el cual se impone declarar la nulidad del acto de adjudicación, así como

del cartel y, por consiguiente, del procedimiento en su totalidad, a fin de que la Administración vuelva a promover el concurso que interesa, corrigiendo los aspectos aquí analizados y cualquier otro que sea de su interés, de frente a la nueva contratación que realice...”

POR TANTO

Con base en este informe y de acuerdo con lo establecido en el artículo 193 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y lo señalado por la Gerencia Corporativa Jurídica, se resuelve:

1. Declarar la nulidad del acto de adjudicación, así como del cartel y, por consiguiente, del procedimiento en su totalidad.


Lic. Mariano Benavides Sánchez
Gerencia de Servicios Corporativos


Lic. Gontrán Quirós Vasquez, Gerente
de Control Interno.

FHM/ar*

Ffe