R-DCA-211-2010

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. **División de Contratación Administrativa.** San José, a las doce horas del quice de diciembre del dos mil diez.----------
Recursos de apelación interpuestos por las empresas **Constructora RAASA S.A.** y **Constructora Meco S.A.** en contra del acto de adjudicación de la **Licitación Pública LN-000003-01** promovida por la **Municipalidad de Carrillo** para la contratación del mejoramiento de la red vial cantonal calles urbanas del cantón de Carrillo, Guanacaste (Recarpeteo y tratamiento superficial calles Filadelfia, sectores norte, centro y sur) recaído a favor de la empresa **Quebradores Pedregal S.A.** por un monto de ¢697.963.700.00.----------

RESULTANDO

I. La empresa **Constructora RAASA S.A**. alegó en su recurso que su oferta se valoró en forma errónea que por ello de realizarse la calificación como corresponde no resultaría ganadora la adjudicataria. En concreto alega que no se otorgó puntaje al ingeniero responsable de la empresa porque no estuvo presente en la visita técnica y que este requisito limita la participación ya que no es posible tal exigencia sin justificación ni fundamento alguno. Señala además que en lo que se refiere a la experiencia de la empresa el estudio técnico únicamente califica uno de los proyectos aduciendo que el listado no se certificó por un Notario en cada uno de estos proyectos y que esta es una valoración formal. Que se da un error material en el estudio técnico pues se indica que el precio es excesivo a pesar de que se señala que es inferior a la estimación. Por otra parte señala en relación con la oferta de la adjudicataria que subcontrata equipo sin hacer referencia de ello en la oferta y, por otra parte, que el estudio técnico no entra a valorar el plazo de ejecución de 24 días ofrecido que es imposible de cumplir por las características que reviste la obra. ----------
II. La empresa **Constructora MECO S.A**. alegó en su recurso que su oferta quedó en segundo lugar por errores groseros de aplicación de los parámetros de evaluación establecidos en el cartel que una vez corregidos su oferta sería la mejor calificada y por ello readjudicataria del concurso. Que de acuerdo con la modificación al cartel la experiencia del profesional responsable se calificaría con 15 puntos; 5 para la cantidad de obras similares en las que el profesional ha sido responsable y 10 para los años de incorporación al Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. Que se cumplió con los requisitos del cartel para demostrar la experiencia, sin embargo, la oferta no fue ponderada ya que se estableció en el

estudio técnico que no se califica la experiencia porque el profesional no estuvo presente en la visita técnica y que no existe en el cartel ninguna disposición que establezca que la no visita al sitio sería penalizada con la eliminación de la experiencia de la compañía y del profesional. ----

III. Mediante auto de las ocho horas del veintidós de octubre del dos mil diez se confirió audiencia inicial de ley a la Administración y a la empresa adjudicataria la cual fue contestada mediante escritos agregados al expediente.----------

IV. Mediante auto de las diez horas del nueve de noviembre del dos mil diez se confirió audiencia especial a las apelantes en relación con las respuestas a la audiencia inicial de la Administración y la adjudicataria la cual fue contestada mediante escritos agregados al expediente.----------

V. Mediante auto de las ocho horas del primero de diciembre del dos mil diez se confirió audiencia especial a la Administración para que certificara el contenido presupuestario disponible y se refiriera a si se consideró que el precio de la oferta de la empresa Constructora MECO S.A. excedió el contenido presupuestario o es excesivo la cual fue contestada mediante escrito y constancia agregados al expediente.----------

VI. Mediante auto de las once horas del seis de diciembre el dos mil diez se confirió audiencia especial a las partes en relación con la respuesta a la audiencia otorgada mediante auto de las ocho horas del primero de diciembre del dos mil diez a la la cual fue contestada mediante escritos agregados al expediente.----------

VII. Mediante auto de las catorce horas del ocho de diciembre del dos mil diez se confirió audiencia especial a la empresa Constructora MECO S.A. en relación con su respuesta al auto de las once horas del seis de diciembre el dos mil diez la cual fue contestada mediante escrito agregado al expediente.----------

VIII. Mediante auto de las ocho horas del diez de diciembre del dos mil diez se confirió audiencia especial a las partes en relación con la respuesta de la empresa Constructora MECO S.A al auto de las catorce horas del ocho de diciembre del dos mil diez la cual fue contestada mediante escritos agregados al expediente de apelación.----------

IX. En los procedimientos se han observado las prescripciones legales y reglamentarias.--- -----

CONSIDERANDO

I. Hechos probados: 1) Que la Municipalidad de Carrillo promovió la Licitación Pública **2010LN-000003-01** para la contratación del mejoramiento de la red vial cantonal calles urbanas del cantón de Carrillo, Guanacaste (Recarpeteo y tratamiento superficial calles Filadelfia, sectores norte, centro y sur) (ver cartel al folio 575 del expediente administrativo). **2)** Que en

dicho concurso participaron las empresas Constructora RAASA S.A., Constructora Meco S.A. y Quebradores Pedregal S.A. (ver ofertas en los folios 650, 924 y 1210 del Expediente Administrativo). **3**) Que el cartel de la presente licitación indica en lo que nos interesa: *"Visita obligatoria de campo, se levantará un acta en el libro legal de visita de campo que tiene la dirección de obras municipales, por lo que el oferente que no se presente a la visita, su oferta será excluida automáticamente (...) 1) Se requiere la presencia en el caso de Persona Jurídica: Del Representante Legal y el Ingeniero Responsable de la empresa que participe como posible oferente en este proceso licitatorio (...) Para legitimar la presencia de la visita de campo ya sea el Representante Legal y el Ingeniero Responsable o solo el Ingeniero responsable deberán firmar en el libro de actas correspondiente tanto en la entrada y salida de la visita, obligatoriamente (...)" 2.1 " Para la selección de las ofertas se utilizará un sistema de evaluación de 100 puntos de la siguiente manera:*

Concepto	*Puntos*	*Total*
1.Precio	*35*	*35*
2.Plazo de entrega	*20*	*20*
3.Experiencia de la persona física o jurídica	*15*	*15*
4.Experiencia del profesional responsable		*15*
4.1. Cantidad de obras similares en las que el Profesional que ha sido responsable	*5*	
4.2. Años de incorporación al colegio federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica	*10*	
5. Evaluación Financiera	*15*	
Total	*100*	*100*

4. Experiencia del Profesional (...)4.1(...)La experiencia del PROFESIONAL COMO RESPONSABLE DE OBRAS, será un requisito de evaluación. El cual deberá aportar documentos idóneos de Instituciones Públicas, donde ha estado como Responsable de Obras similares a este tanto en Sector Público o Privado. Las cuales deberán ser autenticadas por un Notario Público. De no presentarse estos documentos la oferta quedará excluida automáticamente. 4.2. AÑOS DE INCORPORACIÓN AL COLEGIO FEDERADO DE INGENIEROS Y ARQUITECTOS DE COSTA RICA (...)De 13 años o más .....10 puntos (...) Deberán presentar una certificación del Colegio respectivo original. DE NO PRESENTARSE ESTE DOCUMENTO LA OFERTA QUEDARÁ EXCLUIDA AUTOMÁTICAMENTE. " (Ver cartel al folio 575 del expediente administrativo). **4)** Que en el estudio técnico contenido en el

oficio MC-UTGVM-0267-2010 de 13 de setiembre del 2010, suscrito por el Ing. Adrián Vinicio Alfaro Rivera, Ingeniero de la Unidad Técnica de Gestión Vial indica en lo que se refiere a la calificación de la experiencia del ingeniero responsable de la obra de la empresa Constructora Meco S.A. que: "Presentan como Director del Proyecto al ingeniero LUIS FRANCISCO VÍQUEZ SOLÍS IC-5385 incorporado el 23 de Noviembre de 1989. Presenta certificación del CFIA y currículo del profesional, sin embargo la cantidad de años desde su incorporación y la experiencia en proyectos similares no está siendo calificada debido a que no estuvo presente en la visita técnica. " (ver folio 1786 del expediente administrativo) **5)** Que en el estudio técnico contenido en el oficio MC-UTGVM-0267-2010 de 13 de setiembre del 2010, suscrito por el Ing. Adrián Vinicio Alfaro Rivera, Ingeniero de la Unidad Técnica de Gestión Vial indica en lo que se refiere a la calificación de la experiencia del ingeniero responsable de la obra de la empresa RAASA S.A. que: "Presentan como Director del Proyecto al ingeniero FEDERICO BALTODANO ARAGÓN IC-0949 incorporado el 18 de enero de 1973. Presenta certificación del CFIA y currículo del profesional, sin embargo la cantidad de años desde su incorporación y la experiencia en proyectos similares no está siendo calificada debido a que no estuvo presente en la visita técnica. " (ver folio 1789 del expediente administrativo). **6)** Que el Ingeniero LUIS FRANCISCO VÍQUEZ SOLÍS IC-5385 se incorporó al CFIA el 23 de Noviembre de 1989. (ver folio 743 del expediente administrativo). **7)** Que en el estudio técnico contenido en el oficio MC-UTGVM-0267-2010 de 13 de setiembre del 2010, suscrito por el Ing. Adrián Vinicio Alfaro Rivera, Ingeniero de la Unidad Técnica de Gestión Vial se indica en relación con el precio del a oferta de la empresa Constructora Meco S.A. que dicha empresa *"(...) Presenta una oferta total de ¢737.257.965 (Setecientos treinta y siete millones doscientos cincuenta y siete mil novecientos sesenta y cinco colones exactos). Este presupuesto representa un 5% mayor del valor estimado por la MUNICIPALIDAD DE CARRILLO, por lo tanto se encuentra superior la estimación de ¢700,000,000.00 (Setecientos millones colones exactos), lo cual es excesivo para los intereses de la Municipalidad de Carrillo."* (Ver folio 1781 del expediente de apelación) . **8)** Que la Tesorera Municipal hace constar en documento de fecha dos de diciembre del dos mil diez que en el código presupuestario 3-2-06-5-02-02 correspondiente a RECARPETEO Y TRATAMIENTO SUPERFICIAL DE FILADELFIA-PRESTAMO CON BANCO NACIONAL DE COSTA RICA se cuenta con setecientos millones de colones. (ver folio 153 del expediente de apelación) **9)** Que mediante oficio de fecha 3 de diciembre del dos mil diez la Licda. Karla Marina Núñez Ruíz Alcaldesa a.i. señala que no es posible aumentar el contenido presupuestario (ver folio 152 del expediente de apelación). **10)** Que la empresa

Constructora Meco S.A. aceptó ajustar el precio de su propuesta a la suma de 700 millones de colones (ver folio 190 del expediente de apelación). **11)** Que en la valoración de las ofertas realizada por la Administración la empresa Constructora MECO S.A. ocupó el segundo lugar (ver folio 1800 del expediente administrativo) **12)** Que en la valoración de las ofertas realizada por la Administración la empresa Constructora RAASA S.A. ocupó el tercer lugar (ver folio 1800 del expediente administrativo. **13)** Que conforme la modificación del cartel, publicada en La Gaceta No. 164 del 24 de agosto del 2010 se modificó el porcentaje de calificación de algunos rubros de evaluación, entre ellos el de experiencia del profesional (ver folios 304 y 574 del expediente administrativo). **14**) Que la empresa Constructora MECO S.A. obtuvo 15 puntos en la calificación de la experiencia de la empresa (ver folio 1799 del expediente de apelación).-

II. Sobre la audiencia final de conclusiones. Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 182 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, este órgano contralor estimó innecesario brindar la audiencia final de conclusiones; en consideración a que los puntos debatidos por las partes con ocasión de los recursos de apelación han sido discutidos ampliamente.----------

III.- Sobre la legitimación y el fondo: De previo a conocer el fondo del presente recurso es esencial determinar si las apelantes tienen legitimación para solicitar la nulidad del acto de adjudicación. En ese sentido, debe tenerse claro que en aras de una adecuada aplicación de los principios de eficiencia, conservación de los actos y el enunciado jurídico de que no es procedente declarar la nulidad por la nulidad misma, toda empresa que acude ante esta Sede a solicitar la anulación de un acto debe estar en la posición de cumplir con dos aspectos esenciales, por un lado ha de ser una propuesta elegible y por otro, debe de acreditar que en caso de darse la anulación del acto, sería la beneficiaria con la adjudicación. En caso contrario tanto la normativa vigente, artículo 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, como los reiterados pronunciamientos de esta División indican que lo procedente es el rechazo de plano del recurso. Establecido lo anterior, debemos determinar en primer término entonces si las apelantes poseen legitimación para presentar el recurso. **A- Recurso de la empresa Constructora RAASA S.A.** La **apelante** alegó en su recurso que su oferta se valoró en forma errónea que por ello de realizarse la calificación como corresponde no resultaría ganadora la adjudicataria. En concreto alega en relación con su oferta que el cartel indicó: *"visita obligatoria de campo, se levantará un acta en el libro legal de visita de campo que tiene la dirección de obras municipales, por lo que el oferente que no se presente a la visita, su oferta será excluida automáticamente...1) Se requiere la presencia en el caso de Persona Jurídica: Del representante legal y el ingeniero Responsable de la empresa que participa como posible*

oferente en este proceso licitatorio....Para legitimar la presencia de la visita de campo ya sea el Representante Legal y el Ingeniero Responsable o solo el Ingeniero responsable deberán firmar en el libro de actas correspondiente tanto en la entrada y salida de la visita, obligatoriamente..." En la parte de evaluación de las ofertas se otorga en experiencia del profesional 10 puntos que se dividen en 5 por la cantidad de obras similares en las que el profesional ha sido responsable y 5 en los años de incorporación al Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos. Considera que, el estudio técnico efectuado mediante oficio MC-UTGVM-0267-2010 de 13 de setiembre de este año, suscrito por el Ing. Adrián Vinicio Alfaro Rivera, Ingeniero de la Unidad Técnica de Gestión Vial indica en lo que se refiere a la calificación de la experiencia del ingeniero responsable de la obra, que se presenta al Ing. Federico Baltodano Aragón, que que no se califica porque no estuvo presente en la visita técnica. Señala la firma apelante que, no desconoce que esta disposición del cartel pero este razonamiento es ilógico porque el no ser posible presentar al mismo ingeniero no significa que se ocasione ningún perjuicio a la Municipalidad si el nuevo ingeniero cumple con lo requerido. Estima que el requisito limita la participación ya que no es posible tal exigencia sin justificación ni fundamento alguno. Alega que esta actuación contraviene principios básicos de la contratación administrativa, la libertad de participación, la igualdad de trato entre oferentes, el principio de eficiencia y buena fe del oferente; lo que contrasta con lo indicado por la Contraloría General que, ha mantenido que en un concurso público la Administración pretende en primer lugar satisfacer el interés público tutelado y ello haciendo un uso correcto de los fondos públicos donde se realice la obra con la mejor propuesta para los intereses de la comunidad y cita la resolución RC-379-2000 de 14 de setiembre del 2000. Agrega que con esta actuación de la Municipalidad se está dejando de considerar información sobre el ingeniero nombrado como responsable de la obra, que si se analiza puede este calificarse como uno de los mejores profesionales ofrecidos en el concurso y esto se está realizando únicamente por una interpretación antojadiza de un párrafo del cartel, ya que siempre se cumplió con la visita de campo y el ingeniero que en ese momento estaba considerado para ejecutar esa obra, pero que posteriormente fue cambiado lo que no altera los aspectos fundamentales ofrecidos en la oferta**.** Como segundo punto señala la apelante que en lo que se refiere al aspecto de demostrar la experiencia el cartel estableció que: *"La Experiencia del Oferente (Persona Física o Jurídica), será un requisito de evaluación, el cual deberá aportar documentos idóneos de Instituciones Públicas, donde se le han adjudicado obras similares; a esta. Las cuales deberán ser autenticadas por un Notario Público. DE NO PRESENARSE ESTOS DOCUMENTOS LA OFERTA QUEDARÁ EXCLUIDA AUTOMÁTICAMENTE "*. Considera que el estudio técnico

únicamente califica uno de los proyectos aduciendo que el listado no se certificó por un Notario en cada uno de estos proyectos, lo que resulta una valoración formal sin considerar aspectos tan importantes, como que el listado de proyectos fue presentado y que adolecía de un error formal que podría ser subsanado y no se solicitó esa subsanación, aún cuando la oferta tenía el mejor precio. Alega que si bien el cartel establecía que de no presentarse esos documentos la oferta se excluía, pero también señala que no se está en dicho supuesto, en tanto sí se presentó el listado de proyectos, debidamente descritos y con las indicaciones para que de ser necesario por parte de la Administración Licitante se corroborara esa información, que además se pudo haber solicitado subsanación, conforme a la jurisprudencia de este Despacho. Reitera que la calificación efectuada a su representada no se ajusta a los principios de la contratación administrativa y que la Municipalidad desconoce los mismos y procede de manera arbitraria y contraria a la legislación. En criterio de la apelante, de considerarse estos aspectos su oferta puede ser una alternativa viable para la ejecución de la obra a un mejor precio y más acorde a la realidad. Señala adicionalmente que se da un error material en el estudio técnico pues se indica que el precio es excesivo a pesar de que se señala que es inferior a la estimación. Por otra parte señala en relación con la oferta de la adjudicataria que presenta errores y omisiones y señala en primer lugar que subcontrata equipo sin hacer referencia de ello en la oferta. Por ello, estima que la oferta presenta una omisión sustancial, que hace que la Administración contratante no pueda cumplir con los objetivos propuestos y aún cuando posteriormente la misma municipalidad le solicita subsanación, la información brindada no cumple con los requerimientos y aporta información diferente de lo consignado inicialmente en su propuesta original. En ese sentido, apunta que el cartel indica que es obligatorio que el oferente presente documento contractual original debidamente autenticado por notario público, en caso de presentarse una subcontratación, siendo que la Administración establece la misma en un 50% solamente. Además señala que el cartel también indica que se debe aportar en caso de subcontratación certificación de patrono al día y la lista de obreros reportados a la CCSS, así como declaración jurada sobre prohibiciones. Cita además el artículo 69 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa en cuanto indica que se debe presentar un listado de las empresas subcontratadas. De esa forma, alega que en los estudios elaborados por la Administración se indica que la adjudicataria no presenta subcontratos, además señala que no se aportan las certificaciones registrales de la propiedad de la maquinaria y equipo que pone a disposición en la oferta, por lo que se dice que se va a pedir subsanación pero la información que se presenta tiene una serie de incongruencias que no están acordes con la oferta original. Es por ello que afirma, que con la subsanación se puede observar que el equipo que se ofrece no

pertenece en su totalidad a la adjudicataria y además se incluye en la oferta original parte del equipo de año inferior a 1994. De acuerdo con la subsanación se presenta equipo propiedad de Transporte Pedregal S.A., Alejandro Zamora Fernández y Concretos Pedregal que son personas jurídicas diferentes. Además, cuestiona que se presentó un documento mediante el cual el señor Alejandro Zamora Fernández apoderado generalísimo de Transportes Pedregal pone a disposición parte de su equipo, pero aún con ese compromiso de aporte de maquinaria quedan dos interrogantes: Que existe un subcontrato que no fue consignado en la oferta original y el compromiso aportado es únicamente en relación con Transportes Pedregal S.A. y no señala ningún compromiso de Concretos Pedregal S.A. y de la persona física Alejandro Zamora Fernández. Señala como otro aspecto fundamental de la subcontratación, el hecho de que el criterio técnico no determinó que si se considera el equipo originalmente ofrecido por la adjudicataria y se confronta con las certificaciones de propiedad del Registro Público aportadas, se puede concluir que se incumplen las disposiciones cartelarias, legales y reglamentarias ya que se observa que se podría estar en presencia de una subcontratación de un 78% del equipo y maquinaria a otras personas jurídicas. Otro incumplimiento que señala se refiere al plazo de ejecución de la obra, respecto de lo cual señala que el estudio técnico no entra a valorar el plazo de ejecución de 24 días ofrecido, pero que a simple vista se puede observar que éste es imposible de cumplir por las características que revista la obra. Cuestiona que la Municipalidad no consideró que esta obra se realizará en un centro de población donde existen comercios y circulan diariamente gran cantidad de pobladores, por lo que se pueden presentar situaciones como sería un lugar donde no es posible cerrar totalmente la zona, por lo que el plazo de 24 días no está estructurardo a la obra a realizar, todo en aras de la mayor calificación. Al respecto, realiza una consideraci´n respecto del plazo, indicando que la oferta de la adjudicataria presenta para la remoción de caminos un cargador Caterpillar 980 G que por sus dimensiones no se ajustaría a un centro de población, donde hay tendidos eléctricos y el ancho de las calles no permite que pueda maniobrar para cargar vagonetas y adjunta descripción del mismo. De igual forma, en el caso de la niveladora CAT 14m, la cual es sumamente grande para poder trabajar en un centro de población donde va a tener poco espacio para poder maniobrar. Pese a lo señalado, estima que en informe técnico no se hace referencia alguna al análisis de estos aspectos, ni al programa de trabajo, de lo cual se desprende que si se hubiera realizado un estudio serio y detallado, se hubiera determinado que realmente el equipo propuesto por la adjudicataria (especialmente el equipo de acarreo, vagonetas, ya que técnicamente es imposible trabajar con trailetas en este tipo de poblaciones por ser equipos articulados con largos de 0 m de longitud y altura con la góndola levantada de hasta 7 m), será imposible realizar este

proyecto en 24 días. Agrega que, si se observa además que la planta de asfalto y la fuente de material está ubicado a 60 kilómetros de Filadelfia en Nicoya; de acuerdo a as producciones propuestas que adjunta en un cuadro, en algún momento van a tener todas las actividades ejecutándose en forma simultánea de acuerdo al programa de trabajo propuesto en la oferta adjudicataria. En el cuadro 2 que adjunta señala que demuestra que el estudio técnico realizado es poco profundo ya que para poner solo un ejemplo para este trabajo, el adjudicatario necesitaría de por lo menos 39 vagonetas para la realización del proyecto y el adjudicatario únicamente propone en su oferta 15 unidades (mientras que solo 11 son propiedad del adjudicatario), lo cual es 38% del equipo de acarreo necesario para realizar en el tiempo propuesto para la ejecución del contrato. A su vez, en el cuadro 1 que presenta, se demuestra que el adjudicatario al no presentar lista de subcontrataciones y dado que cuenta solo con once vagonetas a nombre de Quebradores Pedregal agrava la situación ya que requieren 39 unidades como mínimo para la ejecución propuesta, lo cual demuestra nuevamente que se cuenta únicamente con el 28% del equipo de acarreo de su propiedad, de acuerdo a la subsanación que presenta donde suministra las certificaciones del Registro de la Propiedad. Finalmente indica en relación con la oferta de la empresa Constructora Meco S.A. que aún cuando fue valorada como que cumplió con todos los requisitos legales, técnicos y financieros, la misma no puede ser considerada por cuanto presenta un monto para realizar la obra superior a las expectativas presupuestarias con que cuenta la Municipalidad de Carrillo; situación que imposibilita su posible adjudicación. La **Adjudicataria** señala que la apelante RAASA S.A. no acredita su pretendido mejor derecho ya que parten de una tabla de evaluación incorrecta y omiten referirse a la supuesta calificación que tendrían en caso de prosperar sus argumentos ya que por ejemplo en el rubro de experiencia de la empresa ni siquiera aluden a los proyectos que en principio pretenderían que se les reconozcan, dejando de indicar también la calificación que obtendrían por lo que al no cumplir con el requisito del artículo 180 del RLCA debe rechazarse de plano su recurso. No obstante señala que en relación con el fondo, la calificación de experiencia no obedece a una indebida aplicación de las reglas cartelarias. En relación con RAASA S.A. en la página 7 de su recurso, aunque ha dado muestras de aceptar y entender el requerimiento cartelario, ahora lo califica de ilógico agregando que el hecho de exigir que el ingeniero que realizó la visita sea el ingeniero responsable de la obra limita la participación. Estima que su participación no se limitó, pero si existía reparo alguno, debió hacerse en el momento procesal oportuno por la vía de la objeción al cartel lo cual está ahora precluído y también por ello debe de rechazarse de plano el recurso. Agrega que, la actuación de los apelantes no obedece a que la cláusula del cartel tuviera algún problema sino a que quizá pretendieron obtener mayor puntaje

pues los profesionales con que se hicieron acompañar con solo consultar los registros del colegio no obtendrían la totalidad del puntaje a distribuir; a diferencia del caso de su oferta, que desde el inicio y sin considerar procedente objeción a cláusula cartelaria alguna, dispuso enviar a la visita al sitio al profesional que propondría como responsable de la obra, comprendiendo la seriedad de la visita. Sobre lo alegado por RAASA S.A. en relación con que su oferta presenta subcontratación por un 78% , aún cuando no se indica la infracción la ordenamiento jurídico, desde la propia oferta y en concordancia con el criterio jurisprudencial de este Despacho hicieron mención a las empresas que conforman un grupo, que por su propia integración y funciones no permiten encasillar la utilización de sus recursos, bajo modalidad de subcontratación. En todo caso, considera que el cartel no impide que en tanto un oferente integre un grupo empresarial, las empresas que lo conformen, se faciliten equipos entre ellas lo que si regula el cartel es que se cuente con ciertos equipos mínimos y en caso de no ser propios, se cuente con contrato de arrendamiento y señala parte de la resolución RC-060-2000 en relación con su grupo empresarial. Sobre el plazo de ejecución señala que las manifestaciones del apelante son subjetivas ya que se presentan a su conveniencia y en algunos casos son inexactas, por ejemplo se afirma que su planta de asfalto y fuente de materiales se ubica a 60 kilómetros de Filadelfia pero eso dista mucho de la realidad y esto repercute en todos los números que presenta. Agrega que su programación fue revisada por la Administración lo que consta en la página 3 del oficio MC-UTGVM-0267-2010 del 13 de setiembre por lo que ratifican el compromiso utilizando todo el personal, equipos y además recursos requeridos al efecto, observando además fielmente los requerimientos cartelarios que, también en este tema se regularon y que implican la aplicación de la cláusula penal, que además el cartel estableció la obligación del contratista de contar con pólizas que aseguren la reparación de cualquier daño que se pudiere irrogar a terceros y que además la apelante no presenta un criterio técnico–profesional que objetivamente acredite y demuestre el infundado cargo que se les formula. Por su parte la **Administración licitante** señala la empresa RAASA S.A. presenta una apelación contra actuaciones cartelarias que fueron establecidas así en el cartel y el momento para objetar el mismo se encuentra precluído por lo que este argumento debe rechazarse. Se indica que la Municipalidad se apegó al cartel y que haber calificado al ingeniero que no se presentó a la visita técnica implica una incorrecta aplicación del sistema de valoración, así como que en el expediente están todos los estudios técnicos, legales y financieros que dieron origen a los puntajes obtenidos por las empresas participantes y en ellos están también claramente establecidos los motivos por los cuales no fue tomada en cuenta la experiencia de la recurrente. Agrega que, es claro que el día de la visita la empresa apelante no participó con la presencia del

Ingeniero Federico Baltodano Aragón y a pesar de que el cartel era lo suficientemente claro en cuanto a los aspectos de los representantes que debían participar en la visita, la recurrente de forma antojadiza aporta como ingeniero dentro de la oferta al citado profesional en contravención a lo establecido en el cartel ocasionando con ello que no se le evaluara la experiencia. Agrega que no es cierto que se esté interpretando el cartel de forma antojadiza y que la interpretación que se ha hecho es apegada en todo a lo que reguló el mismo que el cartel indicó claramente que el ingeniero de la visita debía ser el mismo presentado en la oferta y la recurrente presentó uno distinto. Sobre la experiencia de la empresa el cartel establecía que de no presentarse los documentos indicados la oferta quedaría excluida y la apelante pretende que se le valoren aspectos de experiencia como empresa jurídica cuando presentó información que no cumplía con lo solicitado en el cartel, siendo entonces que no era puntuable dicha experiencia. Explica que, a la apelante solo se le valoró un proyecto porque fue el único que presentó de conformidad con lo solicitado en el cartel y que no se solicitó subsanación ya que la documentación aportada no cumplía en nada y de haber solicitado la misma se hubiera acarreado una ventaja para la apelante sobre los demás concursantes violentando el principio de igualdad de trato. Sobre el error de forma que se señala en cuanto se indica que la empresa tiene un precio excesivo, lo admite y señala que ello no afecta el resultado del estudio técnico. Sobre los defectos que se señalan a la oferta de la adjudicataria a ésta se le pidió subsanar el aspecto de las obras realizadas porque los documentos presentados si cumplían con el cartel aunque eran omisos en ciertos aspectos. En relación con la subcontratación alegada señala que no se puede tipificar la maquinaria como subcontratada por el hecho de que no aparece registralmente a nombre de Quebradores Pedregal S.A. . En cuanto al plazo de entrega no es cierto que el plazo ofrecido sea irreal y si bien es cierto es un plazo bastante corto, será responsabilidad de la empresa cumplir con el mismo y en caso de no cumplir se estarían aplicando las multas o la ejecución de la garantía de cumplimiento y hasta una demanda judicial. Señala también que la Municipalidad consideró que utilizando la maquinaria suficiente, es factible que la obra pueda ser entregada en el plazo y que la empresa adjudicada deberá utilizar la maquinaria que considere necesaria para llevar a cabo la obra dentro de los plazos ofertados sin que ello signifique que en la ejecución de la obra se ponga en riesgo la seguridad de los transeúntes ya que incluso en el contrato se va a exigir una póliza civil con cobertura a terceros. Concluye señalando que el recurso es contra aspectos del cartel por lo que el recurso procedente es el de objeción lo cual está precluído y por ello el recurso debe rechazarse. **Criterio para resolver:** La apelante ocupa el tercer lugar en la calificación (hecho probado 12) por lo que para demostrar su legitimación debe demostrar no solo cómo ganaría a la apelante sino además cómo

ganaría a la empresa que ocupa el segundo lugar en la calificación. En la especie tenemos que la apelante en relación con la empresa que ocupa el segundo lugar en la calificación únicamente señala que aún y cuando fue valorada como que cumplió con todos los requisitos legales, técnicos y financieros; la misma no puede ser considerada por cuanto presenta un monto para realizar la obra superior a las expectativas presupuestarias con que cuenta la Municipalidad de Carrillo; situación que imposibilita su posible adjudicación. Sobre el punto tenemos que el estudio técnico contenido en el oficio MC-UTGVM-0267-2010 de 13 de setiembre del 2010, suscrito por el Ing. Adrián Vinicio Alfaro Rivera, Ingeniero de la Unidad Técnica de Gestión Vial indica en lo que se refiere a la calificación de la experiencia de la empresa Constructora Meco S.A. señala que dicha empresa *"(...) Presenta una oferta total de ¢737.257.965 (Setecientos treinta y siete millones doscientos cincuenta y siete mil novecientos sesenta y cinco colones exactos). Este presupuesto representa un 5% mayor del valor estimado por la MUNICIPALIDAD DE CARRILLO, por lo tanto se encuentra superior la estimación de ¢700,000,000.00 (Setecientos millones colones exactos), lo cual es excesivo para los intereses de la Municipalidad de Carrillo."* (hecho probado 7). En relación con el precio el artículo 30 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa señala: *"Artículo 30.—**Precio inaceptable**. Se estimarán inaceptables y en consecuencia motivo de exclusión de la oferta que los contenga, los siguientes precios: (...) b) Precio excesivo es aquel que comparándose con los precios normales de mercado los excede o bien que supera una razonable utilidad. Igualmente, la Administración, indagará con el oferente cuáles motivos subyacen para ese tipo de cotización, antes de adoptar cualquier decisión. c) Precio que excede la disponibilidad presupuestaria, en los casos en que la Administración no tenga medios para el financiamiento oportuno; o el oferente no acepte ajustar su precio al límite presupuestario, manteniendo las condiciones y calidad de lo ofrecido. En este último caso, la oferta se comparará con el precio original.(...)".* Conforme con lo anterior si bien en el estudio técnico se indica que el precio ofrecido por la empresa Constructora Meco S.A. es un 5% mayor del valor estimado por la Municipalidad de ¢700,000,000.00 (Setecientos millones colones exactos), por lo cual excede la disponibilidad presupuestaria de la Municipalidad de Carrillo, no se evidencia que se haya indagado con el oferente cuáles motivos subyacen para ese tipo de cotización, y tampoco se excluye la oferta la cual es incluso calificada (hecho probado 11). Asimismo no se indica que el precio ofrecido por la empresa Constructora Meco S.A. exceda el disponible presupuestario, lo que se indica es que se excede el estimado, por lo que este Despacho procedió a solicitar a la Municipalidad la certificación de fondos mediante auto de las ocho horas del primero de diciembre del dos mil diez la cual fue contestada mediante escrito y constancia agregados al

expediente(hechos probados 8 y 9), respecto de lo cual se ha indicando que se cuenta con un contenido de setecientos millones de colones y que no se puede reforzar la partida con otros fondos. Así las cosas, estamos ante la situación regulada en el inciso c) del artículo 30 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa citado, el cual permite cuando el precio excede la disponibilidad presupuestaria, en los casos en que la Administración no tenga medios para el financiamiento oportuno; que el oferente ajuste su precio al límite presupuestario, manteniendo las condiciones y calidad de lo ofrecido, disponiendo que este último caso, la oferta se comparará con el precio original. Conforme con lo dicho, siendo que la oferta de Constructora Meco S.A. no resulta inadmisible, y encontrándose ésta en segundo lugar en la calificación realizada por la Administración, y en razón de que la apelante RAASA S.A. no alega ningún incumplimiento adicional de esta oferta y no indica tampoco el puntaje que le correspondería en cuanto a experiencia del profesional responsable, en caso de prosperar su recurso en cuanto al alegato de fondo referido a su oferta, lo cual además calcula con un puntaje que fue modificado y tampoco indica y fundamenta la calificación que le correspondería en cuanto a la experiencia de la empresa por lo que no logra demostrar cómo ganaría, el recurso debe ser rechazado de plano por falta de legitimación. Vale señalar en relación con las respuestas a la audiencia otorgada sobre la manifestación de la empresa Constructora Meco S.A de ajustarse al contenido presupuestario de la Administración, que el artículo 30 inciso c) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa permite una rebaja en el precio para ajustarse a la disponibilidad presupuestaria de la Administración "manteniendo las condiciones y calidad de lo ofrecido" por lo que la aplicación de ese numeral; parte de la presunción de que no se ha desmejorado en modo alguno las condiciones de la oferta, sin que sea obligatoria la manifestación expresa. Adicionalmente, no resulta procedente alegar la pertinencia de tal artículo indicando que ya se conocen el precio y demás condiciones de las ofertas y de ahí una eventual ventaja indebida, pues es claro que se trata de una disposición normativa vigente, que además dispone que las ofertas se valorarán con el precio original y obviamente conservando las demás condiciones originalmente ofrecidas. Por otro lado, al tener que mantener las mismas condiciones y calidad ofrecidas es evidente que el ajuste ofrecido debería salir de los montos previstos en la oferta original para los rubros de imprevistos y utilidad, quedando bajo responsabilidad de la Administración determinar que el remanente de la utilidad sea remunerativa, todo lo cual puede realizar cuando evalúe la oferta de la empresa Constructora MECO S.A.- **B- Recurso de la empresa Constructora MECO S.A**. La **apelante** alegó en su recurso que su oferta quedó en segundo lugar por errores groseros de aplicación de los parámetros de evaluación establecidos en el cartel que una vez corregidos su oferta sería la

mejor calificada y por ello readjudicataria del concurso. Señala que, de acuerdo con la modificación al cartel notificada a todos los oferentes el 29 de julio la experiencia del profesional responsable se calificaría con 15 puntos; 5 para la cantidad de obras similares en las que el profesional ha sido responsable y 10 para los años de incorporación al Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. Estima también, que se cumplió con los requisitos del cartel para demostrar la experiencia, sin embargo, la oferta no fue ponderada ya que se estableció en el estudio técnico contenido en el oficio MC-UTG-267-2010 de 13 de setiembre del año 2010 lo siguiente: *"Presentan como Director de Proyectos al ingeniero: LUIS FRANCISCO VÍQUEZ SOLIS , IC-5365, incorporado el 23 de noviembre de 1989. Presenta certificación del CFIA y currículo del profesional, sin embargo la cantidad de años desde su incorporación y la experiencia en proyectos similares no está siendo calificada debido a que no estuvo presente en la visita técnica".* Alega por ello que, no existe en el cartel, ni en su versión original ni en la modificación del mismo, disposición alguna que establezca que la no visita al sitio sería penalizada con la eliminación de la experiencia de la compañía y del profesional propuesta. Explica además que, la visita al sitio constituye un requisito de admisibilidad de la oferta conforme a los términos del pliego, de donde la sanción por la omisión será esa y no sería posible establecer una suerte de doble sanción; es decir, o es un requisito de admisibilidad o es un requisito de evaluación, pero obviamente no tendría sentido asignar puntaje por visita al sitio si ya el cartel estableció que era requisito de admisibilidad de la oferta. Alega en segundo término que si bien el cartel establece que la visita la debe realizar un representante legal con el profesional sugerido como Director, no se establece cuál es la razón para que ello sea así, pues de hecho las compañías constructoras serias tienen un departamento de presupuestación y no es el profesional asignado para la ejecución, quien usualmente asiste a las visitas ni quien hace los presupuestos y se encarga de la logística del proyecto, etc. En todo caso, lo relevante de este caso es que el Cartel no estableció que la falta de visita del profesional ofrecido en la visita al sitio, sería penalizada con la no calificación del profesional y además de la compañía. De esa forma, considera la recurrente que la forma como la Administración inventa un nuevo requisito de ponderación de las ofertas constituye en términos prácticos agregar o modificar los criterios o parámetros de evaluación o calificación de las ofertas, en clara desventaja o perjuicio para uno de los oferentes, quien desconocía y no tenía forma de saber que ese criterio sería aplicado en la calificación de la oferta, lo que los deja en indefensión, con franca violación de principios constitucionales como seguridad jurídica, eficiencia administrativa y debido proceso entre otros. Y cita como jurisprudencia relacionada con la necesidad de apegarse a lo establecido en el cartel la resolución 91-99 y 50-97. Concluye

señalando que se le deben otorgar los 15 puntos de experiencia dado que la Municipalidad utilizó criterios ajenos al cartel para calificar su oferta lo que ocasiona que el acto de adjudicación se haya basado en un motivo inexistente tal como fue tomado en cuenta para dictar el acto, con lo que se violentan principios fundamentales de contratación administrativa y elementos constitutivos del acto administrativo y ocasiona la nulidad absoluta del acto recurrido. Adicionalmente presenta un cuadro en el que se indica como quedaría la calificación posicionando su oferta en el primer lugar. **La adjudicataria** señala que la empresa MECO excede la disponibilidad presupuestaria lo que le impide resultar readjudicataria y refiere al oficio MC-UTGVM-0267-2010 de 13 de setiembre del 2010 en su página 5. Que en relación con lo que manifiesta MECO aclaran que la penalización no recaía sobre la experiencia de la empresa sino del profesional responsable propuesto y que el cartel si reguló la necesaria presencia durante la visita del responsable de la obra. Señala también que la recurrente atribuye a la Administración haber inventado un nuevo requisito de ponderación y dice que no tenía forma de saber que se penalizaría con la pérdida de puntos, pero precisamente durante la visita este aspecto se aclaró expresamente, lo que consta a los que estuvieron presentes incluida la apelante señalada, dando lugar posteriormente a la suscripción de un acta incorporada al expediente. Por su parte la **Administración licitante** no se refiere a este recurso. **Criterio para resolver:** La oferta de la apelante ocupa el segundo lugar en la calificación (hecho probado 11) y alega que su oferta fue mal valorada, de tal forma que de otorgarse el puntaje que reclama podría resultar readjudicataria del concurso y por ello se considera que tiene legitimación. Ahora bien , en relación con el alegato de fondo, Tenemos que el cartel establece en lo que aquí interesa lo siguiente: "*(...) 1) Se requiere la presencia en el caso de Persona Jurídica: Del Representante Legal y el Ingeniero Responsable de la empresa que participe como posible oferente en este proceso licitatorio (...) Para legitimar la presencia de la visita de campo ya sea el Representante Legal y el Ingeniero Responsable o solo el Ingeniero responsable deberán firmar en el libro de actas correspondiente tanto en la entrada y salida de la visita, obligatoriamente (...)"*(hecho probado 3). Es decir, en el cartel se establece la obligatoriedad de presentarse a la visita de campo e indica que en el caso de las personas jurídicas se requiere la presencia del representante legal y del ingeniero responsable de la empresa que participe como oferente, sin embargo no establece que en caso de que con la oferta se presente otro profesional no se otorgará puntaje alguno. De forma que, al no haberse establecido expresamente esta consecuencia no puede castigarse la oferta de la firma apelante, pues la evaluación de la oferta debe ajustarse estrictamente a lo establecido en el cartel, sin que resulten procedente interpretaciones extra cartelarias ni modificaciones a las condiciones del

mismo que no se ajusten a lo establecido en la regulación establecida al efecto, esto es que sean comunicadas a las partes y en su caso publicadas. Por ello, tampoco resulta procedente señalar, como lo hace la adjudicataria, que esto fue indicado en la visita de preoferta, no solo porque se echa de menos la prueba que así lo acredite; sino por el hecho de que se trata de un aspecto extracartelario que no puede resultar vinculante pues el cartel constituye el reglamento específico de la contratación y la oferta debe ajustarse a éste y no a elementos ajenos mismo (artículo 51 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa). Así las cosas y siendo que la calificación que otorga la Administración a la apelante es de 71.87, a lo cual debería sumarse los puntos que reclama la apelante por concepto de experiencia de la empresa para un total de 15 puntos, ésta resultaría con una calificación superior a la de la adjudicataria que tiene un 80.60. Así entonces, se aprecia con facilidad que, con solo el hecho de que se le sume el puntaje correspondiente a los años de estar inscrito ante el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos que superan los trece años (hecho probado 6) tendría 10 puntos más y superaría la calificación de la adjudicataria al obtener 81.87, por ello su oferta podría resultar readjudicataria en un nuevo análisis en que se considere al profesional ofrecido con la oferta y en consecuencia el recurso debe declararse con lugar. Finalmente, debe aclararse que la firma apelante reclama que no se le valoró el rubro de experiencia de la empresa, respecto de lo cual estima este órgano contralor que después de una lectura del expediente administrativo se evidencia que dicha ponderación sí se realizó (hecho probado 14), por lo que obtendría el mismo resultado final de calificación que ya se ha referenciado, por lo que en este aspecto no lleva razón la apelante. -----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184, de la Constitución Política; artículos 1, 34, y 37, inciso 3), de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República; 29 de la Ley de la Contratación Administrativa y 30 174, 175, 180 y 184 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, ***SE RESUELVE:*** **1**) **Rechazar de plano por falta de legitimación** el recurso de apelación interpuestos por la empresa **Constructora RAASA S.A.** en contra del acto de adjudicación de la **Licitación Pública LN-000003-01** promovida por la **Municipalidad de Carrillo** para la contratación del mejoramiento de la red vial cantonal calles urbanas del cantón de Carrillo, Guanacaste (Recarpeteo y tratamiento superficial calles Filadelfia, sectores norte, centro y sur) **2) Declarar con lugar** el recurso de apelación interpuesto por la empresa **Constructora Meco S.A.** en contra del acto de adjudicación de la **Licitación Pública LN-000003-01** promovida por la **Municipalidad de Carrillo** para la contratación del mejoramiento de la red vial cantonal calles urbanas del cantón

de Carrillo, Guanacaste (Recarpeteo y tratamiento superficial calles Filadelfia, sectores norte, centro y sur) recaído a favor de la empresa **Quebradores Pedregal S.A.** por un monto de ¢697.963.700.00, acto el cual **se anula**. Asimismo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa se da por agotada la vía administrativa.---- **NOTIFÍQUESE**. ----------

Licda. Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Lic. Marco Vinicio Alvarado Quesada
Gerente Asociado

Lic. Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Estudio y redacción: María de los Ángeles Calderón Ferrey.

Rbr/
NN: 12634 (DCA-0935)
NI: 19687, 19716, 19977, 19972, 20149, 20144, 20298, 20647, 20649, 20911, 21490, 21612, 22300, 22295, 23306, 23480, 23569, 23637, 23898, 23918, 23637, 23937, 23898, 24152 y 24173.
G: 2010001934-3