

R-DCA-577-2013

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa. San José, a las trece horas del veinticuatro de septiembre de dos mil trece.-----

Recurso de objeción interpuesto por **Sogeosa Sociedad General de Obras S.A.**, en contra del cartel de la **Licitación Pública No. 2013LN-000001-02**, promovida por el Instituto de Desarrollo Rural para la “Construcción de Acueducto en el Asentamiento Campesino Inés Amador”.-----

I.-POR CUANTO: Sogeosa Sociedad General de Obras S.A. interpuso ante esta Contraloría General, recurso de objeción en contra del referido cartel de licitación el día diez de septiembre de dos mil trece.----

II.-POR CUANTO: Mediante auto de las diez horas del doce de septiembre de dos mil trece, esta División confirió audiencia especial a la Administración para que se refiriera al recurso interpuesto por Sogeosa Sociedad General de Obras S.A. y remitiera copia del cartel del concurso. En el plazo conferido, el Instituto de Desarrollo Rural contestó la audiencia mediante oficio número ACS-383-2013 del diecisiete de septiembre de dos mil trece.-----

III. POR CUANTO: Sobre la fundamentación: En relación con la fundamentación en recursos de objeción resulta importante tener presente que el artículo 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA) dispone “*El recurso deberá presentarse con l aprueba que estime conveniente y debidamente fundamentado a fin de demostrar que el bien o servicio que ofrece el recurrente puede satisfacer las necesidades de la Administración. Además debe indicar las infracciones precisas que le imputa al cartel con señalamiento de las violaciones de los principios fundamentales de la contratación administrativa, a las reglas de procedimiento o en general el quebranto de disposiciones expresas del ordenamiento que regula la materia*” . En relación con lo anterior, esta Contraloría ha señalado: “*De manera que, mediante la interposición de este recurso, los potenciales oferentes ayudan a la Administración en la formulación y depuración del pliego de condiciones; por ello son de importancia las razones que la Administración indique en defensa de las condiciones y requerimientos, pues es ella quién, en principio, conoce las necesidades que deben satisfacerse mediante el concurso que promueve, para lo que ha fijado el diverso clausulado cartelario, que debe contar con un adecuado sustento técnico y jurídico para que no devengan en arbitrarios. No obstante, esta posibilidad prevista por el artículo 81 de la Ley de Contratación Administrativa debe ejercerse en forma sustentada, pues quién afirma posee la carga de la prueba. [...]. Al respecto, en resolución R-DAGJ-13-2004 de 8:30 horas del 14 de enero del 2004, señalamos lo siguiente: “... ha de reiterarse la naturaleza que tienen tanto el cartel como el recurso de objeción al cartel. Se presume que la función administrativa del Estado tiene un fin público y que por lo tanto sus actos (en este caso los carteles de una licitación) se presumen dictados apegados al ordenamiento jurídico y básicamente como instrumento de satisfacción de los intereses generales. De tal*

suerte que cada cartel lleva implícita la presunción de apego a los principios de la contratación administrativa y del resto del ordenamiento jurídico, siempre partiendo de la supremacía del interés general sobre cualquier otro. Sin embargo, es claro que no siempre las actuaciones administrativas son tan objetivas y, por lo tanto, el ordenamiento jurídico contempla la posibilidad de que sujetos particulares puedan impugnarlas con el afán de desvirtuar esa presunción, labor que, tal como se indicó líneas atrás, no es simple ya que más allá de las meras consideraciones que pueda tener el objetante se trata del ejercicio jurídico de un recurso procesal que debe estar acompañado de lo que podríamos llamar la carga de la prueba en materia de objeciones al cartel, es decir, para cuestionar y evidenciar que ese acto presuntamente apegado al interés general es contrario a los principios rectores de la contratación administrativa el objetante está en la obligación de traer argumentos y pruebas –ambos- apropiados es decir que respalden su “mero dicho”. Y es que acá debe partirse de otro elemento fundamental que conviene reiterar, los procedimientos de contratación administrativa no son concursos que han de ser abiertos a todo el mercado de manera irrestricta y por encima de las necesidades concretas que tiene cada entidad licitante; ello llevaría no solo al caos comparativo de ofertas que son diametralmente diferentes y por lo tanto incomparables, sino principalmente a un fuerte riesgo de afectación a la satisfacción de las necesidades públicas. [...]Lo anterior aplica al caso concreto y lleva a rechazar el recurso por carecer de la fundamentación adecuada que venga a demostrar las razones por las cuales se limita la participación del recurrente. Recuérdese que no basta con señalar las características del equipo que se está en capacidad de ofrecer y, con ese solo hecho, “fundamentar” el recurso. De frente al cartel de licitación, es preciso señalar los motivos por los cuales se estima existen cláusulas que en forma arbitraria limitan la participación. La Administración expone sus necesidades y, son los eventuales oferentes los que deben ajustarse a ellas, no a la inversa, sea, no es la entidad licitante la que debe ajustar el cartel a los bienes que ofrecen determinados proveedores.” (resolución R-DAGJ-685-2005 de las 12:15 horas del 13 de octubre de 2005). De esa forma, no existe un derecho a objetar sino en forma sustentada, indicando no solo las limitaciones a la participación sino también fundamentando apropiadamente tales aseveraciones, esto es, aportando la prueba pertinente que acredite las diversas afirmaciones que se hagan en el recurso.” (Resolución R-DAGJ-005 del 3 de enero del 2006) Lo anterior resulta de aplicación a la objeción que de seguido se entra a analizar.-----

IV.-POR CUANTO: A) Limitación a que el líquido transportado por la tubería sea agua potable. El objetante considera que la definición de obra similar contenida en el cartel, excluye de manera innecesaria obras similares que son idénticas en lo constructivo a las conducciones que transportan agua potable. Indica también, que al solicitar la Administración una conducción para agua potable, se está imponiendo una limitación innecesaria por cuanto una conducción que pertenezca a un sistema de

abastecimiento de agua potable puede no conducir agua potable. Consideran que, la Administración debe valorar, no solamente aquellas obras en las cuales se hayan realizado conducciones de agua potable, sino también, aquellas en las que se incluya la conducción de agua no potable, como en los sistemas de riego.

La Administración: manifiesta que en relación con el tema de las conducciones de agua que [...] *se debe retomar el concepto de que en un proyecto de agua potable, dependiendo de donde venga esa agua (pozo, nacimiento, río, quebrada, etc.) es necesario potabilizarla, por lo tanto evidentemente un pequeño segmento de ese proyecto, transportaría agua no tratada, pero ese segmento es parte fundamental del proyecto de agua potable como un todo [...]* (folio 28 del expediente de objeción). **Criterio de la División:** En el caso

en estudio resulta relevante la respuesta que brinda la entidad licitante al punto que se objeta, toda vez que señala que se debe retomar el concepto de que en un proyecto de agua potable, dependiendo de donde venga esa agua, es necesario potabilizarla, “*por lo tanto evidentemente un pequeño segmento de ese proyecto, transportaría agua no tratada*”, de donde se puede entender que es posible para efectos de considerar como obra similar las aguas no tratadas, según lo indicado por la Administración. En consecuencia, tomando en consideración la respuesta brindada por el Inder, así como que con la modificación que se propone se posibilita una más amplia participación, se declara parcialmente con lugar este punto del recurso, a efectos de que se consideren las aguas no tratadas según lo expuesto por la entidad licitante.

B) Limitación a que el material de la tubería sea PVC. **El objetante** considera que en el mercado existen diversos materiales comúnmente utilizados para la fabricación de tuberías usadas en el transporte de agua a presión, que los procedimientos constructivos son esencialmente idénticos en la construcción de acueductos con tuberías de PVC y los acueductos con otros tipos de tubería y que por lo tanto la limitación de la definición de obra similar a acueductos construidos con tuberías de PVC no implica sustancialmente un mayor grado de especialización del ofertante, pero que sí podría excluir innecesariamente a posibles oferentes. **La Administración** indica que si bien es cierto desde el punto de

vista del diseño hidráulico puede utilizarse el PVC tanto en un acueducto como en un sistema de riego, lo cierto es que en la parte constructiva esto es diferente, por cuanto las normativas constructivas difieren. Indica que en sistemas de riego se permite la utilización de cédulas o SRD tales como 41 o 60, los cuales son inadmisibles en acueductos, asimismo en sistemas de riego se permite la utilización de polietileno de baja densidad y en acueductos solo polietileno de alta densidad, manifiesta también que las válvulas de compuerta o aire son utilizadas solo en sistemas de riego y que no son permitidas en acueductos. Además señala que la profundidad de la zanja y su sección están claramente establecidas en el material para utilizar en acueductos, pero que en los sistemas de riego estos pueden ser menores, por ejemplo en profundidad, el relleno y la compactación de la zanja en el caso de acueductos sean fundamental ya que las tuberías se instalan por caminos públicos del alto tránsito. **Criterio de la División:** En este caso, la

entidad ha brindado las razones de tal requerimiento que se objeta como que las normativas constructivas son diferentes, la densidad del tipo de polietileno que se usa, los accesorios, las válvulas donde de manera expresa se indica “Las válvulas de compuerta o aire utilizadas en riego no son permitidas en acueductos ya que en riego se permite que tengan cuerpos de plástico por ejemplo y en acueductos su cuerpo debe ser de hierro fundido o hierro dúctil.” (folio 27 del expediente de la objeción), las cuales se encuentran dentro del marco de su discrecionalidad, sin llegarse a acreditar que violenten lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública. Como fue dicho, la entidad licitante realizó un ejercicio de fundamentación técnica, bajo el cual justifica la necesidad de que en el concepto de obra similar, se entienda que deben ser proyectos relacionados con tuberías en PV, ejercicio que no fue llevado a cabo por el objetante en su recurso. Por lo dicho anteriormente procede **rechazar** el recurso presentado en este punto. Sin embargo, en vista de que la Administración en su contestación a la audiencia especial, acepta efectuar una modificación al cartel para el punto A) sobre la definición de obra similar, ésta deberá incorporarse al cartel y comunicarse por las vías correspondientes, para lo cual debe considerarse lo resuelto en el punto anterior. -----

POR TANTO

Con fundamento en lo expuesto y lo dispuesto por los artículos 182 y siguientes de la Constitución Política, 81 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa y 170 y siguientes de su Reglamento General se resuelve: **1) Declarar parcialmente con lugar** el recurso de objeción interpuesto por **Sogeosa Sociedad General de Obras S.A.**, en contra del cartel de la **Licitación Pública No. 2013LN-000001-02**, promovida por el **Instituto de Desarrollo Rural** para la “Construcción de Acueducto en el Asentamiento Campesino Inés Amador”. **2)** Proceda la Administración a modificar el cartel según lo señalado en la presente resolución, observando lo dispuesto en el artículo 172 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.-----

NOTIFÍQUESE.-----

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Marco Antonio Loáiciga Vargas
Fiscalizador Asociado