

R-DCA-383-2014

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa. San José, a las ocho horas del nueve de junio de dos mil catorce.-----

Recurso de objeción interpuestos por **CONSTRUCTORA JOHER, S.A.**, en contra del cartel de la **Licitación Pública No. 2014LN-000003-IPIMS**, promovida por el Ministerio de Salud, para la remodelación, ampliación y equipamiento del Área Rectora de Salud de Buenos Aires, Puntarenas.-----

RESULTANDO

I. Que la empresa **CONSTRUCTORA JOHER, S.A.**, interpuso ante esta Contraloría General, recurso de objeción en contra del referido cartel de licitación el día veintisiete de mayo de dos mil catorce.-----

II. Que mediante auto de las nueve horas treinta minutos del treinta de mayo de dos mil catorce, esta División confirió audiencia especial a la Administración, para que se refiriera al recurso interpuesto por la empresa recurrente y para que remitiera copia del cartel del concurso. En el plazo conferido, el Ministerio de Salud atendió el requerimiento, según oficio DFBS-UBS-0535-2014.-----

III. Que en el procedimiento se han observados la disposiciones legales y reglamentarias respectivas.-----

CONSIDERANDO

I.- SOBRE EL FONDO: 1). Punto 1.5, folio 5 del cartel, forma de presentar la oferta económica, que dice “El precio deberá ser firma y definitivo y deberá cotizarse libre de todo tipo de tributos (de los que se encuentra exonerado el Ministerio de Salud/ Ventas y Selectivo de Consumo)”, en relación con lo señalado en el punto 2.8 “Exenciones”. La objetante considera que lo indicado en el punto 1.5, folio 05 del cartel es correcto y consistente con la normativa, no obstante, señala que el punto 2.8, denominado Exenciones textualmente dice “*En el aspecto precio se debe de incluir los montos de los impuesto y ventas del mercado nacional, es decir los montos en impuestos que los oferentes pagarán a terceros por la compra de materiales que necesiten para realizar la obra, ya que no serán tramitadas las solicitudes de exoneración de impuestos en el mercado nacional que sean presentadas por el oferente adjudicatario; por lo que el precio total de la obra debe de incluir dicho monto, el cual dentro de la oferta no se debe de incluir por separado*”. Añade que entiende que cuando el cartel se refiere a las solicitudes de exoneración, se está refiriendo al formulario EXI-003, del Departamento de Gestión de Exoneraciones del Ministerio de Hacienda. Hace ver que el cartel por un lado obliga a presentar una oferta sin incluir tributos y por otra lado se indica que el precio debe incluir los impuestos. Es así que solicita se excluya del cartel todos los puntos donde se evade la responsabilidad de facilitar al proveedor los mecanismos para recuperar los impuestos que por ley no puede transferir al Ministerio de Salud. La Administración señala que el punto

1.5, del cartel está siendo modificado y debidamente notificado a los interesados, por ello se leerá de la siguiente manera *“1.5 Forma de presentar la oferta económica (Precio): El precio de la oferta será firme y definitivo, el mismo deberá cotizarse libre de los impuestos de ventas y selectivo de consumo, por estar el Ministerio de Salud exonerado de su pago”*. De forma complementaria señala que, los impuestos a los que se refiere dicho punto 1.5, son aquellos que por ley exoneran al Ministerio de Salud, “ventas y selectivo de consumo”, y no se requiere de ningún formulario **Criterio de la División:** Como punto de partida ha de indicarse que esta Contraloría General mediante resolución No. R-DCA-333-2014, resolvió otro recurso de objeción interpuesto por la misma empresa recurrente, para otra licitación tramitada por el Ministerio de Salud y que versaba sobre el mismo alegato que se encuentra bajo análisis. Al respecto, en la citada resolución, se indicó: *“En este sentido la Administración indica su razón para no optar por el mecanismo de brindar las exoneraciones, misma que consiste en que no cuentan con el personal suficiente e idóneo que le asegure que todas las cantidades de materiales que sean exoneradas, en forma posterior serán efectivamente utilizadas en la construcción. Pero por otro lado el pliego de condiciones obliga al oferente a cotizar su precio libre de todo tipo de tributos, con lo cual este punto del pliego, estaría dejando al oferente en una condición de afectación económica, dado que se le pide que su cotización sea libre de impuestos porque se trata de materiales por entregar al Ministerio de Salud, sin embargo ellos si deben cancelar este impuesto de ventas a sus proveedores, sin posibilidad luego de obtener el reembolso de ese dinero pagado por concepto de impuesto de ventas, dado que el mismo no procedía por tratarse de un material que finalmente quien lo va a pagar será el Ministerio de Salud, entidad exenta legalmente del pago de dicho tributo. Es decir, el oferente verá reducido su margen de ganancia, ya que se le obliga a cotizar un precio libre de impuestos, pero sus costos sí deben cubrir dichos impuestos. En este orden de ideas, de la lectura de ambas disposiciones cartelarias, observa este Despacho una clara contradicción entre ambas que indudablemente causan una suerte de inseguridad a los potenciales oferentes, toda vez que mientras en la cláusula 1.5 se indica que se debe cotizar libre de impuestos, en la cláusula 2.8 se expresa que este impuesto debe incorporarse dentro del precio, disponiendo simultáneamente la Administración que no tramitará solicitudes de exoneración del adjudicatario, no quedando claro a este Despacho, quien subsume entonces el valor de los impuestos, pues pareciera más bien de la última cláusula que la Administración acepta pagar su costo –a pesar de su exoneración- al indicar que el monto de los impuestos debe agregarse en el precio, aspecto que de por sí genera dudas en cuanto a su procedencia. No siendo justificable en criterio de este Despacho, la razón dada por la Administración en el*

sentido que ello es producto de la carencia de personal calificado para supervisar la obra permanentemente, situación que en todo caso, no parece tener una vinculación lógica con el tema tributario. Es patente entonces como ambas cláusulas del pliego de condiciones que son citadas en la objeción presentada, a saber 1.5 y 2.8 del cartel, resultan ambiguas al realizar una lectura integral de las dos, dado que por un lado se indica que la cotización se debe hacer sin incluir impuestos pero por otro lado se indica que se debe cotizar con impuestos incluidos porque posteriormente la Administración no procederá a resolver solicitudes de exoneración de impuestos cancelados en el mercado nacional por parte del adjudicatario, motivo por el cual la Administración deberá llevar a cabo la revisión de ambas cláusulas a efectos de clarificar con mayor precisión cuál es la voluntad administrativa, y modificando su contenido a efecto que estas sean contestes con la legislación tributaria. Para este propósito la Administración deberá valorar la pertinencia de mantener ambas cláusulas y de ser así, dotarlas de la redacción adecuada a efecto de erradicar cualquier viso de contradicción entre ambas, todo con la finalidad de brindar seguridad y transparencia a los potenciales proveedores, y con ello, evitar las consecuencias que una deficiente redacción cartelaria puede provocar en fase de ejecución contractual. Por lo que viene dicho procede **declarar con lugar el recurso** presentado. Se hace ver que en caso de que la Administración decida que la redacción de la cláusula 2.8 del pliego de condiciones se mantenga, deberá el Ministerio de Salud revisar la legalidad de lo plasmado en la misma, en cuanto a si es posible utilizar la modalidad de que la Administración pague por los impuestos de los cuales se encuentra exenta por disposición legal...”. Ahora bien, tomando en consideración que ambos recursos coinciden con los mismos puntos, (de ambos carteles) que se impugnan, este Despacho debe resolver de igual manera, en el sentido que deberá la Administración analizar ambas cláusulas 1.5 y 2.8 y aclarar qué es lo que en realidad requiere. Cabe agregar, además, que la entidad licitante deberá revisar la modificación cartelaria que propone al punto 1.5, a saber: “*Forma de Presentar la Oferta Económica (Precio): El precio de la oferta será firme y definitivo el mismo deberá cotizarse libre de los impuestos de ventas y selectivo de consumo, por estar el Ministerio de Salud exonerado de su pago*”, ya que no solventa la incertidumbre que genera la redacción de ambas cláusulas 1.5 y 2.8, por cuanto no aclara la contradicción señalada por el objetante. Deberá tener presente la Administración lo indicado en el numeral 51 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa que es claro en señalar, entre otras cosas que el cartel “*Deberá constituir un cuerpo de especificaciones técnicas, claras, suficientes, concretas, objetivas y amplias en cuanto a la oportunidad de participar.*” Así las cosas, un pliego de condiciones bien elaborado, donde se reflejen

adecuadamente las necesidades de la Administración; se permita una amplia participación y su clausulado sea claro, de manera que evite al máximo todo tipo de interpretaciones y no contenga en sí mismo contradicciones; permite que el procedimiento de contratación administrativa discurra de manera más eficiente al minimizar la posibilidad de presentar recursos ya sea en contra del mismo cartel o bien, en contra del acto final, lo cual redundaría en la pronta satisfacción de la necesidad pública. Por lo anterior **se declara con lugar el recurso** y debe la Administración modificar el cartel a fin de eliminar cualquier contradicción, verificando también el ajuste al ordenamiento jurídico. -----

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, **SE RESUELVE: 1) DECLARAR CON LUGAR** el recurso de objeción interpuesto por **CONSTRUCTORA JOHER, S.A .**, en contra del cartel de la **Licitación Pública No. 2014LN-000003-IPIMS**, promovida por el Ministerio de Salud, para la remodelación, ampliación y equipamiento del Área Rectora de Salud de Buenos Aires, Puntarenas. **2) Se da por agotada la vía administrativa.** -----
NOTIFÍQUESE.-----

Licda. Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Licda. Adriana Artavia Guzmán
Fiscalizadora Asociada

AAG/ksa
NI: 11958-12704
NN: 5603 (DCA-1534-2014)
G: 2014001620-1