

R-DCA-636-2015

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las quince horas con cincuenta minutos del diecinueve de agosto de dos mil quince.-----

Recurso de apelación interpuesto por **MONSESA MyS S.A.**, en contra del acto de adjudicación de la **Licitación Abreviada 2015LA-000006-89300** promovida por el **Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones** para la “contratación de programas de capacitación dirigidos a comunidades y entidades privadas para el Ministerio de Ciencia y Tecnología y Telecomunicaciones”, recaído a favor de la empresa Tecnologías Express S.A. por un monto de ¢76.528.000,00 (setenta y seis millones quinientos veintiocho mil colones exactos).-----

RESULTANDO

I. Que la firma **MONSESA MyS S.A.**, presentó el día veinticuatro de junio de dos mil quince, ante esta Contraloría General de la República, recurso de apelación en contra del acto de adjudicación de la licitación referida.-----

II. Que mediante auto de las ocho horas del siete de julio de dos mil quince, se confirió audiencia inicial a la empresa adjudicataria y la Administración, la cual fue atendida mediante escritos agregados al expediente de apelación.-----

III. Que mediante auto de las catorce horas treinta minutos del cinco de agosto del dos mil quince, se le requirió a la Administración que ampliara su contestación a la audiencia inicial, requerimiento que fue contestado mediante documento agregado al expediente de apelación.---

IV. Que mediante auto de las nueve horas cuarenta y cinco minutos, del diez de agosto de dos mil quince, se confirió audiencia especial a la apelante, la cual fue contestada mediante documento agregado al expediente de apelación.-----

V. Que según Resolución R-CO-092-2015 emitida por el Despacho de la Señora Contralora a las nueve horas del 6 de agosto del 2015, -la cual puede ser consultada en el sitio web institucional-, se determinó "*(...) suspender para efectos de cómputo del plazo de todas las gestiones que atiende la División de Contratación Administrativa, el día siete de agosto de 2015, reanudándose los plazos el día diez de agosto siguiente. Esta suspensión operará tanto para las gestiones ingresadas antes del día siete de agosto del dos mil quince, como para aquellas que se presenten ese mismo día (...)*" Motivo por el cual la presente resolución se tiene por emitida en tiempo.-----

VI. Que en la presente resolución se han observado las prescripciones constitucionales, legales y reglamentarias.-----

CONSIDERANDO

I. **Hechos probados:** Para la resolución del presente caso, se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** Que la Administración realizó análisis técnico de las ofertas, en donde entre otras cosas indicó: “(...)-----

CARACTERISTICAS DEL CARTEL	CUMPLE	NO CUMPLE
Oferta No. 2 MONSESA		
<i>Presupuesto por Región</i>		X
<i>Machote de entrega de Materiales</i>	X	
<i>Machote Tiquete de alimentación y refrigerio</i>		X
<i>Machote de Visita a cada Región</i>		X
<i>Planilla de Personal</i>	2 personas	
<i>Declaración Jurada libre Sanciones Administrativas</i>	X	
<i>Planilla de INS</i>	X	
<i>Impuesto de Sociedades al Día</i>	X	
<i>Impuesto de Renta al día</i>	X	
<i>Fotos</i>	X	
<i>Carta certificada por abogado con capacidad de atender a 9 ferias simultáneas</i>	X	
<i>Machote evaluación de servicios</i>	X	
<i>Fotos de mobiliario</i>	X	
<i>Carné de manipulación de alimentos</i>	1 carné al día	
<i>Muestra Calcomanía</i>		X
<i>Garantía</i>	“Mínimo 12 meses”	
<i>Precio</i>	¢72.100.000	

Nota: Oferta No. 2: 1) Hay varios documentos que se solicitaron antes del cierre del cartel pero no fueron presentados. Además, hay una parte donde el oferente pone el presupuesto en general y está cobrando un rubro de imprevistos por un monto de ¢3.075.080. Se hace la consulta al Departamento de Asesoría Legal y nos indican textualmente lo siguiente: “No es

procedente cobrar un rubro determinado "imprevistos", porque el oferente debe cotizar lo que es solicitado en el cartel. Así las cosas, al momento de la respuesta del análisis de la oferta se debe indicar claramente el rechazo de ese rubro por improcedente y además incrementaría sin justificación alguna los costos". ADJUNTO CORREO. 2) Al ver que solo hay dos personas en la planilla se determina que se va a realizar más del 50% en subcontratación para este servicio. (...) 3) MONSESA presenta las certificaciones de participación uno de los requisitos es que tenga 2500 como mínimo en participantes y dicha empresa presenta dos certificaciones que cumplen con lo requerido" (...) (Ver expediente digital certificado, aportado por la Administración mediante disco compacto, carpeta "Análisis Técnico", documento "Análisis Técnico", páginas 4, 5 y 6). 2) Que junto con su análisis técnico, la Administración aportó impresiones de una serie de correos electrónicos, en donde entre otras se indica: **a)** "(...) Buenos días doña Mónica (...) En el cartel debió estar indicando todo lo que era requerido en la contratación y la estimación del monto presupuestado para los efectos, es decir quien dice lo que puede pagar y lo que necesita es la administración y no el oferente. No es procedente cobrar un rubro denominado "imprevistos" porque el oferente debe cotizar lo que es solicitado en el cartel. Así las cosas, al momento de la respuesta del análisis de la oferta se debe indicar claramente el rechazo de ese rubro por improcedente y además incrementarían (sic) sin justificación alguna los costos. (Se observa que el correo electrónico fue enviado desde la dirección asesoría.legal@micit.go.cr, a la dirección monica.ramirez@micit.go.cr) (Ver expediente digital, aportado por la Administración mediante disco compacto, carpeta "Análisis Técnico", documento "Análisis Técnico", página 7) **b)** "(...) Buenos días compañeros quería hacer una consulta, se está haciendo el análisis de los proveedores para la contratación de las Ferias Científicas y uno de ellos esta (sic) cobrando imprevistos por un monto de ₡3.075.080 (...) Eso se puede cobrar, si se le esta (sic) dando toda la planificación de las cosas que se van a hacer? Esto no va por cuenta del proveedor (sic) Y si no pasa ningún imprevisto igual se le debe pagar ya que la orden de compra saldría por el monto total ofertado. Favor indicarme si esto se puede hacer?" (Se observa que el correo electrónico fue enviado desde la dirección monica.ramirez@micit.go.cr) (Ver expediente digital, aportado por la Administración mediante disco compacto, carpeta "Análisis Técnico", documento "Análisis Técnico", página 7). 3) Que la Administración, en la recomendación de adjudicación, respecto a la oferta de Monsesa M y S

S.A., indica que “aceptada” no obstante, en el apartado de “razón” indica: *“No cumple por cuanto el oferente en el presupuesto en general cobra un rubro de imprevistos y Asesoría Legal indica textualmente lo siguiente: “No es procedente cobrar un rubro de “imprevistos”, porque el oferente debe cotizar lo que es solicitado en el cartel. Así las cosas al momento de la respuesta del análisis de la oferta se debe indicar claramente el rechazo de ese rubro por improcedente y además incrementaría sin justificación alguna los costos”. Al ver que solo cuentan con dos personas en planilla se determina que se va a realizar más del 50% en subcontratación para este servicio. Según el artículo 69 del Reglamento de la Ley de contratación administrativa. Además en la confección del cartel no se indica que se puede hacer subcontratación por un monto mayor del 50%. Por lo tanto MONSESA presenta 2 certificaciones de 2.500 personas cómo minimo (sic). Mediante análisis técnico efectuado por la Dirección de Capital Humano con oficio MICITT-DCHCT-OF-027-2015 (...)”* (Ver expediente digital aportado por la Administración mediante disco compacto, carpeta “Adjudicación”, documento “recomendación de adjudicación”, páginas 1 y 2). **4)** Que en su oferta, la empresa Monsesa M y S S.A., aportó documentos titulados “142843_22_PRESUPUESTO_DETALLADO_POR_REGION_MICITT_FINAL (1)” y “142843_22_PRESUPUESTO_DETALLADO_POR_REGION_MICITT_FINAL” en donde se observa presupuesto detallado para el ítem 1, regiones: Aguirre, Grande de Térraba, Liberia, Limón, San José Oeste, Zona Norte Norte, Desamparados, Puntarenas, ítem 2, regiones: Coto, Heredia, Nicoya, San Carlos, San José Norte, Sulá, Turrialba, ítem 3, regiones: Cañas, Cartago, Guápiles, Occidente, Pérez Zeledón, San José Central, ítem 4, regiones: Alajuela, Los Santos, Peninsular, Puriscal, Santa Cruz, Sarapiquí. (Ver expediente digital, aportado por la Administración mediante disco compacto, carpeta “ofertas”/ “Oferta No.2 Monsesa M y S S.A” documentos “142843_22_PRESUPUESTO_DETALLADO_POR_REGION_MICITT_FINAL”, y 142843_22_PRESUPUESTO_DETALLADO_POR_REGION_MICITT_FINAL (1)”, páginas 1 y 2). **5)** Que en su oferta, la empresa Monsesa M y S S.A, indicó: *“(...) El total del costo de esta oferta es de ₡72.100.000 (setenta y dos millones cien mil colones exactos), aportando el siguiente desglose:-----*

RUBROS	DESGLOSE DE PRECIO	PORCENTAJE %
GASTOS OPERATIVOS (incluye alimentación, mobiliario y equipo, kit	₡60,024,920	83.25%

<i>de limpieza, materiales de capacitación, transporte)</i>		
MANO DE OBRA	¢2,000.000	2.77%
SUMINISTROS	¢1,000,000	1.39%
IMPREVISTOS	¢3,075,080	4.27%
UTILIDAD	¢6.000.000	8.32%
COSTO TOTAL	¢72.100.000	100%

(...)" (Ver expediente digital, aportado por la Administración mediante disco compacto, carpeta "ofertas"/ "Oferta No.2 Monsesa M y S S.A" documento 142843_21_OFERTA_MICITT_2015LA-000006-89300 (2), página 2). -----

II.-Sobre la audiencia final en el presente caso: Siendo que en el presente caso, se cuenta con suficiente argumentación para resolver el presente asunto, la cual ha sido debidamente analizada por este Despacho, se prescinde del otorgamiento de la audiencia final de conclusiones prevista en el artículo 182 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, la cual es facultativa para este órgano contralor otorgarla, aspecto que conviene señalarlo a las partes.-----

III.-Sobre el fondo del recurso. 1) Sobre los imprevistos en el desglose del precio global.

La apelante indica que el departamento de capital humano rechazó su oferta por indicar que dicho rubro (imprevistos) no debían incluirse porque aumentaría los costos y además porque estos no fueron solicitados. Indica que de acuerdo con el artículo 26 y 27 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), que establece que el oferente debe presentar el desglose de la estructura del precio junto con un presupuesto detallado y completo de los elementos que lo componen, y que dado que su representada, con el valor de responsabilidad y conocedora del servicio que se pretende brindar, fue que dentro de su oferta, valoró aparte de los costos en alimentación, mobiliario y materiales (gastos operativos), costos obligatorios en el servicio, como lo son utilidad e imprevistos. Considera que sería irresponsable en servicios de logística y producción, no considerar este rubro, porque dejaría a la Administración imposibilitada a tomar decisiones en casos fortuitos o fuerza mayor. Indica también, que en distintas resoluciones de la Contraloría General de la República, le ha indicado a la Administración que, este rubro debe ser considerado como parte del desglose general para evitar dilaciones y procesos engorrosos internos. Manifiesta que señalan como referencia el desglose de precios

que hicieron en la licitación abreviada 2014LA-000003-74900, en donde su propuesta fue realizada con un desglose de precio, y que para ese momento el mismo Departamento Técnico de Capital Humano, no hizo ninguna corrección, por lo que se pregunta qué diferencia hay en un año, para que ahora se les cuestione el desglose del precio, además de que no se les indicó que debían presentar alguna aclaración o subsanación, con lo cual se interpretó su oferta, de forma tal que al incluir imprevistos, debía rechazarse ad portas, creando discrepancia en los criterios reiterados de la Contraloría. Finalmente, indica que al excluir su oferta por haber presentado imprevistos, se están violentando los artículos 4 y 5 de la Ley de Contratación Administrativa (LCA), con el propósito de garantizar el uso eficiente de recursos institucionales y básicamente por no conservar la oferta en las condiciones beneficiosas para el interés general tratándose de la oferta más conveniente en precio, experiencia, antigüedad y consecución de los aspectos ofertados para el servicio ofrecido en el pliego de condiciones. **La adjudicataria** indica que resulta ser el precio cotizado por MONSESA M y S S.A. el que se ajusta al artículo 30 del RLCA, por inaceptable al haber intentado la empresa, sorprender y obtener la ventaja de la Administración, cotizando rubros no admitidos en el cartel, lo cual ulteriormente considera, conllevaría a que el MICITT de resultar adjudicataria la apelante y en un eventual reajuste o revisión de precios, deba tenerlos en cuenta, se hayan presentado o nos algunos imprevistos o servicios. Por lo que indica que una vez considerada, la evaluación efectuada por el Ministerio de Ciencia y Tecnología fue correcta y apegada a derecho, al rechazar los rubros de imprevistos y asesoría legal que se estipularon en el precio, por no haberse adherido la apelante a lo expresamente solicitado en el cartel. **La Administración** manifiesta que el Departamento de Capital Humano rechaza la oferta por indicar el rubro de imprevistos, y que cabe indicar que el artículo 25 RLCA señala que el precio debe ser cierto y definitivo y que en el cartel, se brinda la información necesaria para que los oferentes pueda realizar la planificación de las actividades solicitadas y así poder presentar su propuesta a la contratación según los parámetros indicados por la Administración. Indica además, que si se considera el tema de los imprevistos, queda la duda, en el caso de no darse ningún imprevisto, ¿de qué forma la empresa apelante, devolvería al Estado, dichos recursos?; ya que el cartel no indica nada al respecto, por lo que el precio de la apelante, ya no sería firme y definitivo. Indica además que es importante destacar que los imprevistos se consideran en casos muy específicos como obra pública o proyectos donde

verdaderamente se amerite, las cuales conlleva varios riesgos y por la magnitud de los proyectos se toman en cuenta los imprevistos. Indica que siguiendo esa misma línea, en el caso de la resolución R-DCA-239-2011, la empresa CEMEX COSTA RICA, debe solicitar imprevistos, porque la licitación tiene como fin, temas de construcciones, donde por naturaleza de la actividad pueden existir situaciones que afecten la obra. Señala que para el tema de la presente contratación, en el supuesto que surgiera un caso específico a nivel país que pudiera afectar la contratación se podría realizar por medio de lo establecido en los artículos 25 y 31 del RLCA, respecto a la revisión o reajuste de precios. Indica que en el cartel se solicitó el presupuesto detallado por región, documento que MONSESA no presenta, sino que les presenta el presupuesto en general, lo cual considera que es un punto importante para resaltar, ya que cuando se realizó el estudio de mercado para la presente contratación y dicha empresa presentó su cotización, no indicó el tema de imprevistos. Señala que en lo referente al tema de las aclaraciones, no se solicitó subsanes al respecto, por cuanto lo indicado en la propuesta por MONSESA modificaría lo solicitado en el cartel, en el aspecto de precio. Señala que el cartel es muy claro al respecto al indicar la importancia de experiencia de eventos, esto con el fin de asegurar que las empresas puedan hacer la previsión de los aspectos requeridos en la contratación que son sumamente claros en sus diferentes componentes, tanto de alimentación mobiliario y materiales, los cuales además tienen un detalle mucho más explícito al ser solicitados en cantidad por región, por lo que una empresa que ha realizado actividades similares, ya debería de tener contemplado todos los aspectos necesarios para lograr cumplir con lo solicitado y que queda muy claro en todos los requerimientos del cartel. Finalmente, indica que la Administración busca garantizar el uso adecuado de los recursos institucionales y es por ello que se hace el estudio técnico buscando la empresa que cuente con los elementos fundamentales para lograr el éxito de tan importante proyecto, como el presente, y en este caso, en tema de imprevistos y experiencia que van muy ligados, son los dos puntos indicados en el análisis a la empresa MONSESA. **Criterio de la División:** En primer lugar, y de previo a realizar el análisis de este extremo del recurso, resulta necesario indicar que el artículo 26 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, indica: *"(...) El oferente deberá presentar el desglose de la estructura del precio junto con un presupuesto y detallado con todos los elementos que lo componen. Esta disposición será obligatoria para los contratos de servicios y de obra pública; además,*

para cualquier otro objeto contractual que lo amerite cuando así lo exija el cartel (...). Ahora bien, respecto al tema de imprevistos, esta Contraloría General de la República, mediante oficio 05043-2015 (DCA-1382) del 26 de mayo de 2015, indicó en lo de interés que: *"(...) Como punto de partida, es necesario precisar el concepto de "imprevistos", para lo cual conviene citar la definición de dicho término contenida en el Manual Técnico para el Desarrollo de Proyectos de Obra Pública de la Contraloría General de la República, emitido en julio de 1998, "...los imprevistos: es un monto que el contratista considera para cubrir cualquier error en la estimación del presupuesto o cualquier eventualidad que recaiga bajo su responsabilidad y pueda afectar aspectos del proceso constructivo, tales como atrasos en el suministro de materiales, mano de obra y equipos, accidentes, extravíos y robos, escasez de materiales, mano de obra o equipos, etc."* De lo citado debe recalarse que dicho rubro forma parte del precio y es incorporado con el fin de cubrir contingencias del contratista durante la ejecución de la obra, es decir el mismo contratista es quien lo estima y lo incorpora como parte del precio ofertado, cálculo que realiza tomando en cuenta que dicho rubro podrá ser eventualmente utilizado para cubrir circunstancias que recaigan bajo su ámbito de responsabilidad, al ser provocadas por su acción u omisión. Así, de entrada, debe aclararse que el sentido de este componente no es cubrir situaciones provocadas por la Administración ni derivadas de una situación imprevisible. Ahora bien, dado que el rubro de los imprevistos, entendido en los términos indicados, forma parte integral del precio cotizado, en el momento en que se adquiere el derecho al pago integral del precio, ello contempla todos sus componentes, sea, costos directos, costos indirectos, utilidad e imprevistos. De manera tal que, no resultaría procedente condicionar el pago del rubro de imprevistos a la comprobación de si en la práctica acontecieron las eventualidades para las cuales el mismo fue establecido, pues ya el contratista tiene un derecho sobre ese monto, siendo que en aplicación del principio de riesgo y ventura, el contratista debe soportar la mayor onerosidad sobrevenida en el cumplimiento de su prestación producida por alguno de esos riesgos, de la misma manera que se beneficiará cuando el resultado de la ejecución le sea más beneficioso. En otros términos, si no se presenta ninguna contingencia sujeta a su responsabilidad, ello será en su beneficio, en la misma forma en que si se presentan situaciones que superan el monto establecido igualmente será en su perjuicio. Ahora bien, tal y como lo ha señalado anteriormente esta Contraloría General el rubro de imprevistos forma parte del precio pero éste no es reajutable (...)". Asimismo, y mediante resolución R-DJ-045-2010 de las nueve horas del ocho de febrero del dos mil diez , esta órgano contralor manifestó: *"(...) En razón de lo anterior, se consideró necesario requerir el criterio del Equipo de Gestión y Asesoría Interdisciplinaria (EGAI), al cual se le pidió criterio técnico, mismo que se recoge en el oficio DJ-0303-2010, el cual fue puesto en conocimiento de las partes. El criterio de citado, indica en el aspecto*

que aquí interesa: "... los imprevistos: es un monto que el contratista considera para cubrir cualquier error en la estimación del presupuesto o cualquier eventualidad que recaiga bajo su responsabilidad y pueda afectar aspectos del proceso constructivo, tales como atrasos en el suministro de materiales, mano de obra y equipos, accidentes, extravíos y robos, escasez de materiales, mano de obra o equipos, etc. (...)/ De lo anterior, se desprende que los imprevistos son un monto estimado por los concursantes dentro del precio de su oferta para atender, en principio, eventuales situaciones imprevistas que surgen durante la ejecución del contrato, que no son causadas por la Administración y por consiguiente, recaen bajo el ámbito de responsabilidad del contratista; permitiéndole la suma estimada en este rubro cubrir eventuales afectaciones a las finanzas de su contrato (...)". Así las cosas, si bien lo referido en los extractos anteriores, se encuentra enmarcado dentro de proyectos de obra pública, puede concluirse para la generalidad de los casos, que el rubro de imprevistos forma parte del precio del contratista, el cual lo define dentro de su propia estructura para cubrir situaciones no previstas por este al momento de elaborar su oferta, es decir, tiene la finalidad de cubrir contingencias del contratista durante la ejecución, y por ende el contratista tiene el derecho de que le sean pagados como parte de su precio, al igual que los otros componentes del mismo, tales como costos directos, costos indirectos y utilidad; sin que sea procedente condicionar el pago de los imprevistos a la existencia o no de tales contingencias, por lo cual, en caso de no ocurrir ninguna eventualidad se beneficiaría del monto, de la misma forma que en caso de presentarse, y resultar mayor de lo previsto, será igualmente de su perjuicio. Ahora bien, analizando todo lo anterior para el caso concreto se tiene en segundo término, que la Administración realizó un estudio técnico de las ofertas, y en el caso específico de la apelante, mediante un cuadro le señaló una serie de incumplimientos, entre los que se encuentra no haber presentado presupuesto, así como tampoco machote de tiquete de alimentación y refrigerio, ni machote de visita a cada región, y tampoco calcomanía. Posteriormente en el mismo estudio técnico, la Administración indicó que no era procedente cobrar un rubro de imprevistos y que al indicar la apelante que solo tenía dos personas en su planilla, se iba a subcontratar más el 50% del servicio y finalmente, que la empresa apelante presentaba solo dos certificaciones de experiencia que cumplan con lo mínimo (hecho probado 1). No obstante lo anterior, en la recomendación de adjudicación se observa que se indica en primer lugar, que la oferta ha sido aceptada, sin embargo, posteriormente señala que no es procedente cobrar un rubro de imprevistos, que se iba a

subcontratar más del 50% del servicio, al tener solo dos personas en planillas y que MONSESA presenta 2 certificaciones de 2.500 personas como mínimo (hecho probado 3). Ahora bien, también observa este Despacho, que la Administración en su estudio técnico, se refiere a una serie de incumplimientos que no son tomados en cuenta o siquiera mencionados en la recomendación de adjudicación (como lo son el machote de visita a cada región, la calcomanía, etc.), asimismo, tanto de la recomendación de adjudicación, como del estudio técnico, no quedan completamente claras las razones por las cuales se excluye a la apelante, más allá de señalar la presentación del rubro de imprevistos en su precio. Bajo este orden de ideas, considera esta Contraloría General de la República, que el solo hecho que la empresa apelante haya presentado en el desglose de su precio un rubro para imprevistos (hecho probado 5) no puede ser por sí solo un elemento suficiente para que la Administración haya tenido por incumpliente su oferta y por esa razón excluirla del concurso. Lo anterior por cuanto en primer término, no se observa del contenido del pliego cartelario restricción alguna en ese sentido, sea, que se haya establecido expresamente en este la imposibilidad para los oferentes de asignar un rubro de imprevistos en su oferta. En segundo término, tampoco la Administración en el análisis que realiza de la oferta apelante, estableció un análisis claro para concluir que por la naturaleza del objeto contractual no fuera posible de origen, destinar algún rubro de imprevistos a este, sino que más bien el criterio de la Administración se centra en indicar que la incorporación de este rubro hace que el precio de la oferta de la apelante se convierta en incierto y definitivo, aspecto sobre el que este Despacho discrepa, pues debe tomarse en cuenta conforme fue indicado en los antecedentes citados, que el rubro de imprevistos en una oferta no es que convierta al precio en incierto, toda vez que este componente efectivamente forma parte del precio, y bajo esa consideración debe ser reconocido al contratista. Lo que sucede es que si los hechos generadores que implican activar este factor se producen, simplemente ya fueron previstos por el contratista para cubrirlos en su momento con este rubro, y si los costos derivados de esas situaciones fueron mayores a esa previsión, los debe absorber el contratista, pero si no se producen, igualmente deben reconocerse a su favor, visto que son parte del precio, pero no sucede como la duda planteada por la Administración en el sentido que si no se dan, de qué forma se reintegran a la institución, pues se insiste, que este rubro lo define el oferente de su precio para cubrir situaciones no previstas por el, en otras palabras, una proporción de su precio

la destina para cubrir estas contingencias, pero esta, sigue siendo parte de su precio. Sobre otro particular, resulta de interés señalar, que el análisis que antecede a la exclusión de la oferta de la apelante, se trata de un estudio carente de la profundidad exigida para estos casos, en el que se determinarían las razones y justificaciones necesarias para excluir a la apelante, sino que por el contrario, se basa fundamentalmente en el intercambio de correos electrónicos entre la asesoría legal y la unidad usuaria (hecho probado 2), que después fueron tomados como base para la exclusión de la empresa apelante (hechos probados 1 y 3). Así las cosas, no puede decirse que exista un estudio detallado en donde se indique de qué forma, lo presentado por la apelante, no se trata de un precio cierto y definitivo, así como tampoco esto se desprende de la respuesta de la Administración, por lo cual, la justificación para excluir a la empresa apelante, por haber presentado un rubro de imprevistos, no se encuentra debidamente razonada. Asimismo, indica la Administración que el apelante no presentó el presupuesto detallado por región, no obstante de la revisión del expediente digital aportado se observa, que esta presentó un documento titulado "presupuesto detallado por región", en donde se cotizan los cuatro ítems del concurso, así como las regiones indicadas en cada uno (hecho probado 4), con lo cual, se observa que la Administración no lleva la razón en cuanto a que la apelante no presentó dicho presupuesto, en tanto el mismo se encuentra en la oferta digital de la empresa en cuestión. De igual manera, debe tener presente la Administración, que la presentación de una cotización como parte de un estudio de mercado previo, y la presentación de una oferta formal dentro de un procedimiento de compra, se trata de dos momentos y situaciones claramente distintos y por ende, el hecho de que la apelante no presentara un rubro de imprevistos a la hora de presentar su cotización como parte de la etapa estudio de mercado, y sí en su oferta, dentro del trámite del presente concurso, no puede ser un tema que se le deba atribuir como irregular a la empresa apelante, en tanto como se indicó, se trata de momentos distintos, siendo lo verdaderamente relevante para el concurso, lo presentado en la oferta propiamente dicha. Así pues, se concluye que la exclusión que realizó el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones de la oferta apelante en punto a este aspecto, sea el considerar que la asignación de un rubro de imprevistos tornaba el precio de su oferta como incierto, no se encuentra debidamente fundamentado, pues se echa de menos una análisis claro que determinare por ejemplo, por qué razón por el tipo de objeto contractual o modalidad de ejecución, la asignación de este rubro no

resultaba justificado o de qué forma este, convertía su precio en incierto y no definitivo. Así las cosas, **se declara con lugar** este extremo del recurso. **2) Sobre la subcontratación de personal.** **La apelante** indica que en ningún momento pretende subcontratar más del 50% como lo indica subjetivamente al término de la exclusión de la oferta, ya que en términos de materia laboral, el Código de Trabajo establece la posibilidad de contratos por obra o por destajo amparados en el término de ocasionales (que indican son regulados en el artículo 26 del Código de Trabajo) y en ese sentido precisamente, su productora está con toda la capacidad legal y técnica de contratar empleados bajo esa modalidad laboral y realizar las planillas adicionales ante la CCSS y el INS, y en el momento de tener un proyecto de esta índole, precisamente una institución como la CCSS, habilita la plataforma para proceder a incorporar las cargas sociales, por el tiempo requerido y sería parte de su nómina, por lo que pasarían a ser empleados por la temporalidad que se ocupe. Además, de que indica que tienen la experiencia de años anteriores, en donde realizaron las 26 ferias nacionales. Indica que la legislación costarricense permite un contrato por obra determinada, y que es ilógico que su representada vaya a tener una planilla de 27 trabajadores en todo el año, para cumplir un servicio de coordinación y logística en plazos determinados, en 27 regiones del país, para ello indica, se dispone de un cronograma de trabajo elaborado con la contraparte institucional, que asegura la planificación de éstos, pero en ningún momento, asumió que los demás, van a ser subcontratados, sino que, indica, para esas fechas se podrá utilizar la modalidad de contratación laboral por obra determinada. **La adjudicataria** no se refiere a este punto. **La Administración** indica que el solicitar la planilla completa de las personas que laboran en la empresa y que presentaron el servicio, les permite verificar que estén al día con la CCSS con todos sus empleados y con el seguro del INS, además de darles la seguridad de que puedan cumplir con la cantidad de ferias a realizar en todo el país, ya que en algunos casos se requiere que se hagan 9 ferias simultáneamente. Manifiesta que al analizar los puntos del apartado documentación requerida, al presentar el cartel, se dejar ver algunos puntos donde la apelante incumple al indicar que sólo cuenta con dos personas en planilla, además de que incumple con el punto 6 del cartel: *“presentar planilla del INS, esto para garantizar que el personal encargado de cada región tenga su seguro respectivo por alguna eventualidad”*. Finalmente indica, que la contratación además de las personas encargadas por región, requiere mucha mayor logística en aspectos de mobiliario, alimentación y materiales y al no garantizar el

personal necesario, según los puntos antes descritos, deja prever que se va a realizar más del 50% de subcontratación, detalle que no se autoriza en este cartel. **Criterio de la División:** La subcontratación implica el acuerdo del adjudicatario con un tercero, para la realización de una actividad determinada del contrato que este no puede suplir por sí mismo, este se entiende como un contrato privado entre el adjudicatario y un particular (que es ajeno a la relación contractual pública entre el adjudicatario y la Administración), con la finalidad de obtener una prestación secundaria, que se requiere para cumplir el objeto del contrato principal con la Administración. Al respecto, el artículo 69 del RLCA indica que el oferente podrá subcontratar hasta un máximo del 50% del monto adjudicado. Ahora bien, para el caso en cuestión, debe tenerse presente en primer lugar, que el pliego de condiciones no requirió de manera expresa, que debía contarse con una determinada cantidad de personal para poder resultar adjudicataria, sino que, de manera genérica solicitó que debía entregarse un documento en donde se garantizara el personal con el que contaba cada oferente para realizar las ferias en cuestión (punto 4 del apartado "documentos requeridos al presentar el cartel", de las especificaciones técnicas, página 12 del cartel), sin que se indicara que debía existir un requisito mínimo de personas que debían tenerse en planillas, para poder resultar con una oferta elegible. Ahora bien, y tal y como indica la apelante, y dado que el cartel no lo pedía de esta forma, los participantes no debían tener en su planilla una cantidad determinada de trabajadores, sino que bien podrían contratar posteriormente a los trabajadores necesarios para hacerle frente a una determinada feria o actividad, sin que esto a su vez fuera prohibido en el pliego de condiciones. Bajo esta lógica, es claro que por el tipo de evento que se pretende cubrir con el objeto contractual, no resulta razonable que un oferente al momento de presentar su oferta, deba tener contratada a la totalidad del personal estimado o necesario para cubrir el evento, pues eso implicaría que este oferente debería mantener durante la tramitación del proceso de contratación -fase recursiva incluida- a un personal ocioso que no podría utilizarse para otras actividades, generando desde luego, los respectivos costos de pago de salarios y planillas para ese personal por parte de este oferente, convirtiendo en irrazonable y desproporcionada la petición en ese sentido. Por otra parte debe enfatizarse, que el cartel no estableció una cantidad mínima o determinada de personas que debieran estar contratadas al momento de oferta, pues más allá de la determinación de las regiones a cubrir con el personal asignado, lo cierto del caso es que este

personal se va a requerir hasta el momento de la ejecución del contrato, siendo requerido únicamente en el cartel, el compromiso de cada oferente de tener el personal disponible al momento de la ejecución. Así las cosas, no podría la Administración excluir a una empresa participante, exigiéndole un requisito que el pliego de condiciones no establecía, siendo que en el presente caso que para realizar dicha exclusión se utilizó un criterio subjetivo, sin mayor desarrollo por parte de la Administración, bajo el cual se concluyó de la información de su oferta, que la apelante iba a subcontratar más del 50% del objeto contractual. Así las cosas, y dado que el cartel no requería un mínimo de personas en planillas, lo cierto es que la Administración no podía excluir a la empresa en cuestión, por tener un determinado número de personas en su planilla, máxime que dicha exclusión no fue precedida de un estudio a profundidad que detallara las razones del por qué, el apelante llevaría a cabo una subcontratación por más del 50% del objeto contractual. Por todo lo anteriormente dicho, considera este órgano contralor, que la Administración excluyó de manera errónea a la empresa apelante por este tema, en tanto el pliego de condiciones no estableció una cantidad definida de personas en planilla o bien existentes al momento de oferta y por ende, la Administración no podría excluir del concurso a una empresa en particular por esa razón. Así las cosas, se **declara con lugar** este extremo del recurso. **3) Sobre la utilidad de la adjudicataria.** La apelante indica que una de las cosas más delicadas de la presente licitación, es que del análisis de la oferta de la adjudicataria, se desprende que se aporta un global total de ¢76.528.875,00, siendo a su criterio, la oferta no solo menos conveniente en precio para el fin público, sino que además establece un desglose en el cual no se indica utilidad. Indica que no podría saberse la calidad de los productos que se entregarán, si se desconoce cuánto es su utilidad, imprevistos, insumos, entre otros, y más aún, ni siquiera el costo individual de cada rubro por persona, sino en general. Indica que tratándose de una sociedad anónima como lo es la adjudicataria, cuya naturaleza jurídica es lucrativa, es evidente a su criterio, la irresponsabilidad de participar con gastos operativos de costos en alimentación, mobiliario y materiales sin indicar elementos necesarios como el de utilidad, más bien atenta contra el artículo 30 RLCA, en cuanto al precio ruinoso o no remunerativo. Indica que del detalle por región que hace la adjudicataria, todo se contempla para alimentación, mobiliario y materiales, por lo que se desprende que la adjudicataria estaría realizando su trabajo sin contemplar ninguna utilidad, lo cual hace que el precio de la apelante sea inaceptable. Indica que

la Administración realizó una interpretación errónea, ya que por un lado los excluyó por agregar un rubro lógico en temas de servicios, como son los imprevistos, pero por otro lado, no indaga por qué en el desglose de la estructura del precio, la adjudicataria no contempla el rubro de utilidad, con lo cual existe una desigualdad de condiciones para ambas ofertas. Por lo que se apela el hecho de no considerar este aspecto de fondo, que a su criterio, es tan importante como lo es la estructura del precio, ya que estaríamos ante lo que considera una competencia desleal, con la complacencia del MICITT en interpretar que la oferta únicamente debe indicar los costos directos del servicio dejando por fuera la utilidad. **La adjudicataria** indica que su representada ofertó el precio de los servicios conforme a las cláusulas 1.6.9 y 1.6.10 del cartel y que detalló el precio por cada una de las líneas cotizadas, en el entendido de que los servicios ofrecidos, engloban lo que se ha determinado que cubre sus costos y les deja un margen de beneficio que hace sostenible su operación, sin necesidad de especificar cuánta utilidad les reporta el negocio, no solo por concebirse la utilidad en el precio ofertado. Indica que sí es necesario identificar en qué cláusula del cartel indicado, la expresión del margen de utilidad no es exigible por la Administración licitante. Señala que en razón de lo anterior, no es de recibo lo reclamado por la apelante como parte de sus agravios, el que su empresa no haya detallado el porcentaje de utilidad del negocio, circunstancia que toma la apelante, como criterio de precio ruinoso, y que estima que debe ser rechazado rotundamente, en tanto la razón principal por la que se le otorgó menos puntaje a la apelante fue la inclusión como parte del precio, de los rubros de imprevistos y asesoría legal, los cuales además de incrementar sin justificación alguna los costos, como lo acotó el MICITT en su evaluación- tampoco estaban contemplados como elementos del precio dentro de los límites del cartel. Por lo que estima que la evaluación realizada por el Ministerio, fue correcto y apegada a derecho, al rechazar los rubros de imprevistos y Asesoría Legal que se estipularon en el precio, por no haberse adherido la apelante, a lo expresamente solicitado en el cartel. **La Administración** al contestar la audiencia inicial indicó que no se iba a referir al respecto, por respeto a ambas empresas, debido a que cada una de ellas, realiza su desglose de precio incluyendo los componentes que consideran adecuados, por lo que no podría interpretar que no incluyen la utilidad en cada rubro ofrecido. Sobre el tema de precio ruinoso indica que la apelante, al momento de realizar un estudio de mercado presentó distintos precios en sus diferentes cotizaciones, por tanto el precio ruinoso se daría en el caso de que una de las

empresas demuestre incumplimiento de las obligaciones indicadas en el cartel, por insuficiencia de la retribución establecida y si se compara el estudio de mercado y las proformas brindadas por la misma empresa apelante, donde se observa que para cumplir con lo requerido se requiere de un presupuesto no menor a los ¢87.602.049,00 y se observa la oferta final es mucho menor, por lo que podría generar la duda que el precio ruinoso se podría más bien considerar en el caso de la empresa que indica el menor costo en la contratación. Posteriormente, al completar su respuesta a la audiencia inicial, la Administración señala que el MICITT al realizar la solicitud de servicio, hace referencia a lo que necesita del mismo, y que en ninguna parte de la contratación se solicitó que las empresas indicaran cuánto iban a tener de utilidad, por no estimarlo necesario ni condicionante de la calidad de los servicios a prestar por el oferente. Además, de si este punto se hubiese solicitado no sería un parámetro justo de evaluación, ya que cada empresa tiene distintos proveedores por lo que este momento podría variar de uno a otro. Señala que en ese sentido, si la utilidad constituyera un elemento a valorar, para realizar la comparación de una manera coherente, entre ambos oferentes, los mismos debería tener iguales proveedores y manejar idénticas marcas de los productos, aspectos que de exigirse serían restrictivos al principio de libre competencia, y que aunado a lo anterior el criterio de utilidad no fue estipulado por el cartel de esta licitación, que constituye el marco de referencia de la presente contratación, por así disponerlo el artículo 4 numeral h) del RLCA. Asimismo, señala que es importante aclarar que el cartel no requirió a los oferentes que indicaran la utilidad que obtendrían por cada una de las 27 regiones, y que lo único que demandó, fue el presupuesto por región de cada uno de los siguientes rubros: alimentación, materiales y mobiliario, información que la empresa apelante no presentó, apartándose de lo indicado en el cartel. **Criterio de la División:** En primer lugar, resulta importante indicarle a la Administración, que se encuentra en la obligación, una vez que esta Contraloría General de la República le ha conferido audiencia sobre un recurso de apelación, referirse a todos y cada uno de los aspectos de ese recurso según se deriva de lo dispuesto por el artículo 182 del RCA y por ende, indicar por ejemplo, que no se va a referir a una parte del recurso incoado, "por respeto a las empresas participantes", no resulta de recibo, sino que por el contrario, constituye su obligación pronunciarse sobre la integridad de los extremos del recurso, sobre el cual este órgano contralor le haya otorgado audiencia. Ahora bien, la utilidad, entendida como el beneficio que el contratista proyecta obtener mediante la

entrega de los productos o la prestación de los servicios contratados, es uno de los elementos que componen el precio, y por ende, tal y como lo exige el artículo 26 RLCA debe presentarse como parte del desglose del precio, en los contratos de obra y de servicios. Ahora, si bien es cierto el pliego de condiciones no exigía puntualmente que se presentara un rubro de utilidad en las ofertas, lo cierto es que el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa es claro sobre la necesidad de la presentación del desglose del precio, que como se indicó, incluye la utilidad. Sobre este mismo tema, este órgano contralor, mediante resolución R-DCA-413-2015, de las diez horas con cincuenta y tres minutos del tres de junio de dos mil quince, indicó en lo de interés que: *"(...)Es decir, considerando lo anteriormente normado, si bien la Administración licitante consideró en su cartel que la presentación del desglose del precio, resultaba ser una obligación para el adjudicatario, no debe perderse de vista que por norma, para el caso particular, el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa exige la presentación del desglose del precio, por todos los oferentes, disposición normativa que priva incluso sobre el mismo cartel según lo establecido en el artículo 4° del citado reglamento, en punto a la jerarquía normativa de las normas en la materia de contratación administrativa. Sobre este tema, esta División ha indicado en la resolución R-DCA-920-2014, de las ocho horas con treinta y ocho minutos del diecinueve de diciembre del dos mil catorce, en lo de interés, lo siguiente: "...Así las cosas, no se ha llegado a acreditar que la adjudicataria haya presentado el presupuesto detallado según lo indicado líneas atrás, lo que de frente a lo dispuesto en el numeral 26 del RLCA, genera la exclusión de tal propuesta. En relación con lo anterior y la aplicación del citado numeral al caso concreto, resulta necesario señalar que el artículo 4 del RCLA establece la jerarquía de las normas, ubicándose en un rango superior el RLCA sobre el cartel, por lo que la norma reglamentaria resulta de aplicación, independientemente que se encuentre o no contenida en el pliego cartelario...". Es ante ello, considerando lo estipulado en el artículo 26 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, que se concluye que en los procedimientos para la contratación de servicios y de obra, todo potencial oferente debe necesariamente presentar el desglose de la estructura del precio junto con un presupuesto detallado y completo con todos los elementos que lo componen. Ahora bien, debe tenerse presente que la presentación del desglose del precio con la oferta tiene su razón de ser, pues con dicho desglose del precio, la Administración puede analizar la razonabilidad del precio y con ello saber la economicidad del objeto contractual, así como además, con dicho desglose puede proyectarse un mejor discernimiento real, sobre las propuestas sometidas a estudio, tomando en consideración que cada erogación futura que haga la Administración, proviene de fondos públicos y por lo tanto ha de ser sumamente cuidadosa en conocer a fondo los verdaderos alcances de cada propuesta económica. Bajo*

ese contexto no puede limitarse el ámbito de actuación -de la Administración- a un mero conocimiento general del precio sin que pueda indagarse sobre los verdaderos componentes de una propuesta. Dicho lo anterior, se cita criterio de este Despacho mediante resolución no. R-DAGJ-283-2003, de las doce horas del veintidós de julio de dos mil tres que entre otros aspectos, señaló: "...el precio no es una cifra antojadiza que fijan los particulares a su mero capricho, sino que ha de ser el reflejo de un pausado y bien fundamentado estudio que hace una firma seria acerca de todos los costos en los que ha de incurrir para llevar a cabo una buena tarea, así como la utilidad razonable que tiene proyectada. Incluso, muchos de esos elementos esenciales constitutivos del precio no pueden ser fijados libremente a la voluntad del proponente sino que pueden tener regulaciones especiales, ya sea de carácter cartelario o incluso legal...". Es en virtud del razonamiento esbozado, lo que permite afirmar a esta División, que la presentación del desglose del precio efectivamente debe darse con la oferta. No obstante tampoco obvia este Despacho que el citado numeral 26 del Reglamento, establece la posibilidad de que este aspecto sea subsanado, indicando lo siguiente "...Podrá subsanarse la omisión del desglose de la estructura de precios, únicamente si ello no genera una ventaja indebida para el oferente incumpliente...", es decir, ante la casuística de cada caso se permite la subsanación de dicho desglose dentro del procedimiento, mientras no genere una ventaja sobre los demás oferentes (...)" De lo anteriormente dicho, puede concluirse en primer lugar, que tal y como se ha venido indicando, el artículo 26 del RLCA establece que el desglose del precio -siendo la utilidad uno de los elementos que lo componen- para las contrataciones obra pública y servicios resulta obligatorio, y por ende, la utilidad debió ser un elemento a indicar dentro del desglose del precio para la presente contratación, que justamente el adjudicatario omitió presentar, sin que sea dable aceptar, que por no haberse establecido en el cartel su presentación ello no sea posible de requerirse Así las cosas, no resulta de recibo lo dicho por la recurrente, en el sentido de que no indicó la utilidad por cuanto el cartel no se lo pedía, ya que, como se indicó líneas arriba, el artículo 4 del RLCA, es claro en posicionar a este Reglamento, en una jerarquía superior a la del cartel de la licitación, y por ende, la adjudicataria debió presentar el desglose correspondiente de su precio, incluyendo el rubro de utilidad, tal y cual lo exige el artículo 26 RLCA. Ahora bien, no obstante lo anterior, el hecho de que no se haya indicado utilidad en la oferta de la adjudicataria, no necesariamente debe significar la exclusión de esta del concurso, sino que este es un elemento que bien puede llegar a ser objeto de subsanación, siempre y cuando ello no genere una ventaja indebida a alguno de los participantes, aspecto que deberá ser valorado por la Administración. Asimismo,

debe tener presente la Administración, que tanto la utilidad, como el desglose de precios en general, son de elevada importancia para el análisis del precio que la oferente aporta, visto que a través de estos elementos puede analizarse, entre otras cosas, la razonabilidad del precio. Así las cosas, se **declara con lugar** el recurso, en el sentido de que la adjudicataria no presentó en su oferta la respectiva utilidad, no obstante, la exclusión o no de la oferta, dependerá del análisis que realice la Administración respecto al eventual cumplimiento del requerimiento de subsane y la valoración que se haga de esta una vez atendida. **4) Sobre la experiencia de los oferentes.** **La apelante** indica que realizó un estudio técnico de las certificaciones presentadas por su empresa, y por la adjudicataria, para ver algunos aspectos de nulidad que el Departamento de Desarrollo Humano omitió. Señala que la Administración les indicó que solo se presentaron dos certificaciones de 2500 personas como mínimo, lo cual estima que no es cierto, ya que debió tomar en cuenta no solo las certificaciones presentadas de instituciones públicas y entidades privadas, sino además la declaración jurada presentada en el expediente electrónico señalado como documentos técnicos, y de esta forma su empresa estaría cumpliendo sobradamente con el pliego de condiciones, para el tema de experiencia. Asimismo, aporta un cuadro con la mención de varias actividades, los servicios que prestó en estas, la fecha y la cantidad de participantes. Posteriormente del estudio realizado, considera que existen ciertas certificaciones que inducen a error al Estado y presentan alteraciones importantes. Así pues, señala que a folio 63 de la oferta de la adjudicataria, aparece un número 2, agregado a mano, presumiendo una participación de 2500 personas, señala también que a folios 73 y 74, no se indica el número de participantes en la XXXI edición de los Juegos Nacionales, sin embargo la misma actividad programada fue para 1200 personas, y no puede entrar dentro de la puntuación de calificación de las ofertas. Finalmente indica que la certificación de folio 76, no aparece firmada y carece de legitimación activa para dar por válida dicho número de participantes. Señala que este tipo de errores debieron revisarse en la etapa de estudio técnico para los efectos de sanear el procedimiento. **La adjudicataria** manifiesta que es preciso hacer notar que la Administración licitante requirió 11 o más certificaciones de experiencia en la ejecución de Ferias Regionales de Ciencia y Tecnología, y que su empresa presentó 17 de ellas, concretamente en el rubro de alquileres, alimentación y materiales de capacitación para las 27 regiones cotizadas, además de que dichos atestados son documentos formulados por las mismas empresas que los emiten y

están refrendados por sus representantes legales; señala también que fueron admitidos y evaluados por el MICITT sin haber puesto reparos o solicitado aclaraciones respecto a los textos o firmas en ellas plasmadas. Por lo tanto, a su criterio, se colige que todas estaban en orden y apegadas a los requisitos de esa cartera de Estado, y por ende, refuta y rechaza lo argumentado por la apelante, por lo que considera que el estudio que realizó el MICITT de las cartas, estuvo conforme al principio de legalidad contemplado en los artículos 11 de la Constitución Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública. Indica finalmente que no es trascendente en este escenario el criterio del menor precio alegado por la apelante, por cuanto el MICITT no indicó que la evaluación se basaría en un 100% precio, y por ende lo jurídicamente procedente era optar por la oferta de su representada, por resultar la más conveniente para la Administración. **La Administración** indica que para esta contratación se habían solicitado certificaciones que indicaran experiencia en actividades que fueran similares a las que se va a realizar, de al menos los últimos 4 años, y que contaran con un mínimo de 2500 personas. Indican que de la revisión de las 16 cartas indicadas por el apelante, se logra analizar que 12 fueron presentadas con la oferta y que no comprende de donde salieron las otras 4 cartas y que se le da la razón en que de las cartas presentadas en el tiempo correspondiente, 7 sí cumplen con los requerimientos establecidos. Indica que es importante que la Proveeduría Institucional revise lo presentado. No se refirió en la contestación a la audiencia inicial la Administración, respecto a los argumentos en contra de las cartas de experiencia de de la adjudicataria. Posteriormente, al ampliar la contestación a la audiencia inicial, sobre este tema indicó que el detalle de las cartas de Tecnología Express S.A., ya fue indicado en la nota del 14 de julio, en donde claramente se hace un análisis de este aspecto, detallando cada una de las cartas y se le da la razón en que 7 cumplen con los requerimientos establecidos. Indica también que la evaluación del cartel indicaba 50% precio y 50% cartas de experiencia, por lo que a pesar de que MONESA MyS S.A., tenía el precio más bajo cotizado, no exhibió una mayor cantidad de cartas de referencia para superar la oferta de Tecnología Express S.A. **Criterio de la División:** Observa este Despacho que existen una serie de incongruencias y omisiones en el análisis de la experiencia que realizó la Administración, tanto de la empresa adjudicataria, como de la empresa apelante. En relación a la empresa apelante, la Administración indicó originalmente en el estudio técnico y en la recomendación de adjudicación que solamente se presentaron dos certificaciones

de experiencia que cumplieran con lo requerido en el cartel (hechos probados 1 y 3). No obstante, al contestar la audiencia inicial, la Administración indicó que: "(...) De la revisión de las 16 cartas indicadas en la apelación se logra canalizar lo siguiente: "(...) Se da la razón en que las cartas presentadas en el tiempo correspondiente, 7 si cumplen con los requerimientos establecidos (...)" (Folios 68 y 68 vuelto del expediente de apelación). Es decir, a pesar de que la Administración en el estudio técnico mencionado había considerado como válidas solamente dos certificaciones de experiencia, al contestar la audiencia inicial reconoció siete de las cartas aportadas, sin indicar no obstante, cuáles fueron las cartas que tomó como válidas y por qué razón. Por otro lado, se tiene que al contestar la audiencia inicial, la Administración no se manifestó respecto a los argumentos de la recurrente, en contra de la experiencia de la empresa adjudicataria. Ante esta omisión, este órgano contralor procedió a requerirle mediante auto de las catorce horas treinta minutos del cinco de agosto de dos mil quince que se refiriera entre otras cosas, a las cartas de experiencia de la adjudicataria. No obstante, al contestar este requerimiento, la Administración indicó que ya se había referido a este punto al contestar la audiencia inicial. A pesar de lo dicho por el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones, lo cierto es que a la fecha, no se ha referido aún respecto a los argumentos que le atribuye la empresa apelante a las cartas de experiencia de la adjudicataria. Así por ejemplo, la Administración no se manifestó sobre las supuestas alteraciones a la carta de experiencia de la adjudicataria que según el apelante, consta a folio 63 de la oferta de aquella, así como tampoco respecto a las cartas de experiencia de folios 73, 74 y 76 de la oferta de la adjudicataria -según indica la apelante-, a pesar de que tenía la obligación de hacerlo al contestar la audiencia inicial, y que además, posteriormente se le previno a que se manifestara respecto a este y a otros puntos, en los cuales fue omisa. Asimismo, ni en el expediente administrativo, ni en el expediente de apelación, se observa que exista un análisis respecto a cuales cartas de experiencia, tanto de la apelante, como de la adjudicataria, deben tomarse como válidas, estudio que debió ser realizado por la Administración en aras del principio de legalidad y por transparencia en el manejo del análisis de las ofertas; y por ende, hasta el momento se desconoce las razones por las cuales, se rechazan unas cartas y se aceptan otras. Así las cosas, ante la incongruencia y omisión que se reflejan del actuar de la Administración en este tema, el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones, deberá analizar con la profundidad que el caso exige, cada una de las cartas de experiencia

presentadas tanto por el apelante como el adjudicatario, debiendo a su vez hacer constar en el respectivo expediente este análisis -debidamente motivado-, el cual debe reflejar e identificar con claridad cuáles cartas y por qué motivos, son aceptadas o rechazadas de cada una de las participantes, todo de conformidad con los requerimientos establecidos en el cartel. Por todo lo anteriormente dicho se **declara con lugar** este extremo del recurso. **Consideración de oficio:** Del estudio del expediente administrativo realizado por este órgano contralor, se han detectado una serie actuaciones por parte de la Administración, que evidencian un manejo inadecuado del expediente de la contratación. Así las cosas, se tiene que por ejemplo, que se manejan dos expedientes administrativos, uno en físico y otro en digital, cuando en realidad el procedimiento ha sido tramitado por el Sistema de Compras Públicas CompraRed, asimismo se tiene que la aclaración al pliego de condiciones que aporta la tabla con la cual se debía cotizar para las distintas sedes regionales, no consta en el expediente físico, sino, solamente en el digital. Se observa también que el presupuesto detallado por región de la empresa apelante, constaba en el expediente electrónico, que fue aportado por la Administración mediante disco compacto, sin que esto fuera verificado por la Administración. Asimismo, se manejaron incongruencias en el estudio de las cartas de experiencia, sin que se tenga certeza respecto a cuáles son las cartas que se tomaron con válidas para la apelante y adjudicación. De igual manera, a pesar de que la recomendación de adjudicación indica que la oferta fue aceptada, posteriormente se señalan una serie de incumplimientos que ameritaron la exclusión de la empresa apelante, y finalmente se indicaron una serie de errores en la oferta de la apelante que finalmente no tuvieron transcendencia, como por ejemplo, la falta de machotes de visita y alimentación y calcomanía, entre otros. Así pues, la Administración se encuentra obligada, por los principios de legalidad y transparencia, a manejar el expediente administrativo de una forma ordenada y transparente estableciendo un único expediente completo y debidamente ordenado en orden secuencial, el cual pueda ser de acceso libre por las partes interesadas y estas tengan certeza respecto a los contenidos de este. Asimismo, la Administración debe ser unívoca en el análisis de las ofertas, sin dar paso a actuaciones que signifiquen ambigüedades o interpretaciones varias. Lo anterior, deberá ser tomado en cuenta por la Administración al analizar nuevamente las ofertas del presente concurso, así como dentro del trámite del concurso en general.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución política, 33, 34 y 37 inciso 3) de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, 84 y 85 de la Ley de Contratación Administrativa, 174, 182, y 183 de su Reglamento, se resuelve: **1) Declarar con lugar el recurso de apelación** interpuesto por **MONSESA Mys S.A.**, en contra del acto de adjudicación de la **Licitación Abreviada 2015LA-000006-89300** promovida por el **Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones** para la “contratación de programas de capacitación dirigidos a comunidades y entidades privadas para el Ministerio de Ciencia y Tecnología y Telecomunicaciones”, recaído a favor de la empresa Tecnologías Express S.A. por un monto de **¢76.528.000,00** (setenta y seis millones quinientos veintiocho mil colones exactos), **acto que se anula.** **2)** De conformidad con el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa, se da por agotada la vía administrativa.-----
NOTIFÍQUESE. -----

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Estudio y Redacción: Marco Antonio Loáiciga Vargas.

MALV/yhg

NN: 11919 (DCA-2065-2015)

NI: 16099-16519-18136-18128-18232-18160-20708-21295

Ci: Archivo central

G: 2015002115-2