

R-DCA-955-2015

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa. San José, a las diez horas del veinticuatro de noviembre del dos mil quince.-----

Recurso de apelación interpuesto por **GRUPO OROSI S. A.**, en contra del acto de adjudicación de la **Licitación Pública No. 2015LN-000002-MUNIPROV**, promovida por la **Municipalidad de Cartago**, para la construcción de los trabajos de rehabilitación y drenaje menor del camino 3-01-0332, acto recaído a favor de **Constructora Hermanos Brenes**, por la suma de **¢280.0478.459,62**. -----

RESULTANDO

- I. Que GRUPO OROSI S. A., el dieciocho de agosto de dos mil quince, presentó ante esta Contraloría General, recurso de apelación en contra del acto de final de la referida licitación pública.-----
- II. Que mediante auto de las quince horas del veintiuno de agosto dos mil quince, fue solicitado el expediente administrativo lo cual fue atendido mediante oficio No. AM-OF-823-2015 del veinticuatro de agosto de dos mil quince.-----
- III. Que mediante auto de las nueve horas del primero setiembre de dos mil quince, se otorgó audiencia inicial, la cual fue atendida de conformidad con los términos de los escritos que constan agregados al expediente de apelación.-----
- IV. Que mediante auto de las nueve horas del veintiocho de setiembre de dos mil quince, se otorgó audiencia especial al apelante para que se refiera exclusivamente a las manifestaciones que en relación con su oferta realizó la Administración en el escrito de respuesta a la audiencia inicial, lo cual fue atendido de conformidad con los términos del escrito agregado al expediente de apelación.-----
- V. Que mediante auto de las a las trece horas veinte minutos del veintiuno de octubre de dos mil quince, se otorgó audiencia especial a la Administración y al apelante para que se refirieran exclusivamente a la defensa que el adjudicatario realiza en su escrito de respuesta a la audiencia inicial, respecto de la memoria de cálculo del renglón de pago CR 415.03 "Escarificación del pavimento (recuperación)", la cual fue atendida según los términos de los escritos que constan agregados al expediente de apelación.-----
- VI. Que mediante oficio No. DCA-2718 del veintiséis de octubre de dos mil quince, se requirió criterio técnico al Equipo Gestión y Asesoría Interdisciplinaria.-----
- VII. Que mediante auto de las catorce horas del veintiséis de octubre de dos mil quince,

este órgano contralor comunicó la solicitud de criterio técnico formulada mediante oficio No. DCA-2718 y prorrogó el plazo para resolver.-----

VIII. Que mediante oficio No. DCA-2762 del veintinueve de octubre de dos mil quince, el Equipo de Gestión y Asesoría Interdisciplinaria, atendió la solicitud de criterio formulada mediante el oficio No. DCA-2718.-----

IX. Que mediante auto de las trece horas del treinta de octubre de dos mil quince, se otorgó audiencia especial a todas las partes para que se refieran al criterio emitido por el Equipo de Gestión y Asesoría Interdisciplinario, mediante oficio No. DCA-2762 del veintinueve de octubre del presente año, audiencia que fue atendida según escritos que constan agregados al expediente de apelación.-----

X. Que mediante auto de las quince horas treinta minutos del dieciséis de noviembre de dos mil quince, se otorgó audiencia final, la cual fue atendida de conformidad con los escritos que constan agregados al expediente de apelación.-----

XI. Que la presente resolución se dicta dentro del plazo establecido por ley, habiéndose observado durante su tramitación todas las prescripciones constitucionales, legales y reglamentarias correspondientes.-----

CONSIDERANDO

I. Hechos probados: Para la resolución del recurso se tiene por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** Que del acta de apertura de ofertas, se desprende que para el concurso presentaron oferta Grupo Orosi S. A., y Constructora Hermanos Brenes S. A. (Folio 657 y 658 del expediente administrativo). **2)** Que Constructora Hermanos Brenes S. A., con su oferta consignó:

| | | | |
|---|---|--------|--------------------|
| Memoria de cálculo oferta económica ..00001 | | | |
| Licitación Nº | Licitación Pública No. 2015LN-000002-MUNIPROV | | |
| Empresa: | Constructora Hermanos Brenes | | |
| Proyecto: | "Contratación para llevar a cabo los trabajos de rehabilitación de la superficie de ruedo y drenaje menor del camino 3-01-332 conocido como "Calle Cerrillos" | | |
| Renglón | Descripción | Unidad | Cantidad requerida |
| CR 415.03 | Escarificación del pavimento (recuperación) | km | 1,09 |

| Maquinaria - Equipo | | | | | | |
|---------------------|---------------------------------------|-------------------|---------------------------|----------------|----------------|-------------|
| Nº equipos | Descripción/marca/modelo/potencia(HP) | Rendimiento total | Unidad medida rendimiento | Cantidad horas | Costo por hora | Monto |
| 1 | Recuperadora de caminos | 5,0 | km | 8,80 | ₡59.858,00 | ₡105.350,08 |
| 1 | Compactadora | 5,0 | km | 7,00 | ₡27.000,00 | ₡37.800,00 |
| 1 | Tanque de agua | 5,0 | km | 7,00 | ₡11.500,00 | ₡16.100,00 |
| 1 | Back Hoe | 5,0 | km | 7,00 | ₡18.000,00 | ₡25.200,00 |
| 2 | Vagoneta 12 m3 | 5,0 | km | 20,00 | ₡21.300,00 | ₡85.200,00 |
| Subtotal | | | | | | ₡269.650,08 |

| Personal (mano de obra) | | | | | | |
|-------------------------|--------------------------|-------------------|---------------------------|----------------|----------------|------------|
| Nº | Descripción | Rendimiento total | Unidad medida rendimiento | Cantidad horas | Costo por hora | Monto |
| 6 | Peones (4 banderilleros) | 5,0 | km | 52,80 | ₡1.000,00 | ₡10.560,00 |
| 1 | Encargado | 5,0 | km | 8,80 | ₡2.500,00 | ₡4.400,00 |
| Subtotal | | | | | | ₡14.960,00 |

| | |
|--------------------------|-------------|
| Subtotal | ₡284.610,08 |
| Subtotal precio unitario | ₡284.610,08 |
| Imprevistos | ₡11.384,40 |
| Administración | ₡14.230,50 |
| Utilidad | ₡22.768,81 |
| Precio unitario | ₡332.993,79 |

| Estructura de costos por renglón de pago | | |
|--|--------------------|----------------|
| Detalle del rubro | Monto (¢) | Porcentaje (%) |
| Costos fijos | ₡70.319,43 | 21,12% |
| Repuestos | ₡48.448,42 | 14,55% |
| Llantas | ₡56.061,75 | 16,84% |
| Combustibles | ₡82.362,32 | 24,73% |
| Lubricantes | ₡12.458,17 | 3,74% |
| Mano de obra | ₡14.960,00 | 4,49% |
| Materiales | ₡0,00 | 0,00% |
| Imprevistos | ₡11.384,40 | 3,42% |
| Administración (insumos) | ₡4.269,15 | 1,28% |
| Administración (MO) | ₡9.961,35 | 2,99% |
| Utilidad | ₡22.768,81 | 6,84% |
| Precio Unitario Propuesto | ₡332.993,79 | 100% |

(Folio 137 del expediente administrativo). **3)** Que en la oferta de Grupo Orosi S. A. se aprecia lo siguiente: **3.1)** En el cuadro denominado “CUADRO DE OFERTA ECONOMICA” (sic), en lo que resulta de interés consigna:

| Renglón de pago | Descripción | Unidad | Cantidad | Precio Unitario | Precio total |
|-----------------|---------------------|--------|----------|-----------------|--------------|
| CR.201.01 | Limpieza y desmonte | Km | 1.19 | ¢ 800.000,00 | ¢ 952.000,00 |

(Folio 323 del expediente administrativo). **3.2)** Aporta un cuadro denominado “Maquinaria y equipo propuesto por el oferente”, en el cual entre otros, consignó los siguientes números de matrícula: EE-31767, C-162680, C-158980, EE-32780, C-158740, C-153601

(Folio 641 del expediente administrativo). **4)** Que mediante oficio No. PROV-OF-578-2015 del 01 de julio de 2015, la Administración requirió a la empresa Grupo Orosi S. A., lo siguiente: “(...) *respecto a la Brigada de Equipo y maquinaria ofrecida en el presente procedimiento de contratación, favor adjuntar los respectivos permisos de ley que garanticen el buen funcionamiento de la misma (títulos de propiedad y revisión técnica vehicular al día)*” (Folio 675 del expediente administrativo). **5)** Que Grupo Orosi S. A., mediante documento sin número del 03 de julio de dos mil quince, en respuesta al oficio No. PROV-OF-578-2015, aportó documentación de la cual se desprende que la maquinaria con número de placa: EE-031767 es propiedad de Transportes Orosi Siglo XXI S. A., C-162680 es propiedad de Transabre de Costa Rica S. A., C-00158980 es propiedad de Transportes Orosi Siglo XXI S. A., EE-032780 es propiedad de Transportes Orosi Siglo XXI S. A, C-00158740 es propiedad de Scottia Leasing CR S. A., C-153601 es propiedad de Transportes Orosí Siglo XXI S. A (Folios 679, 684, 686, 692, 700, 753, 762 del expediente administrativo). **6)** Que de acuerdo a la aplicación del sistema de evaluación realizado por la Administración, se obtuvo:

| LICITACION PUBLICA Nº2015LN-000002-MUNIPROV CONTRATACION PARA LLEVAR A CABO LOS TRABAJOS DE REHABILITACION DE LA SUPERFICIE DE RUEDO Y DRENAJE MENOR DE CAMINO 3-01-322 CONOCIDO COMO "CALLE CERRILLOS" | | |
|--|-------------------|-----------------------------------|
| Factores a Evaluar | Oferta Nº1 | Oferta Nº2 |
| | Grupo Orosi S.A. | Constructora Hermanos Brenes S.A. |
| Precio: 70% | ₡ 295.481.556,90 | ₡ 290.478.459,62 |
| Plazo de entrega: 10% | 70 días naturales | 59 días naturales |
| Experiencia de la empresa: 10% | 25 proyectos | 69 proyectos |
| Experiencia del Profesional responsable: 10% | 15 años | 18 años |
| EVALUACION DE OFERTAS | | |
| Precio | 68,80 | 70,00 |
| Plazo de entrega | 8,40 | 10,00 |
| Experiencia de la empresa | 10,00 | 10,00 |
| Experiencia del Profesional responsable | 10,00 | 10,00 |
| TOTAL | 97,20 | 100,00 |

(Folio 858 del expediente administrativo).-----

II. SOBRE LA LEGITIMACIÓN. 1. Sobre el mejor derecho. La Administración, al atender la audiencia inicial, indica que la apelante no demostró mediante porcentajes, prueba y documentación, el mejor derecho, rebatiendo y acreditando la aptitud de resultar adjudicataria, de frente al sistema de evaluación. Señala que de prosperar el recurso, no sería válidamente beneficiada con una eventual adjudicación, dado que de agregársele hipotéticamente los ¢7.642.360.05, el monto de la oferta sería ¢297.757.856.88, obteniendo por el rubro precio un 59.46% el adjudicatario y el apelante un 70% del precio, pero las notas totales serían para el adjudicatario 99,46% y para el apelante 98.40%. La apelante indica que con sustento en el artículo 30 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, no resulta necesario cuestionar los porcentajes de la tabla de evaluación, pues de prosperar su tesis, la empresa adjudicataria no tendría que ser sometida a comparación, debido a la exclusión de la oferta. El mejor derecho no devendría de superar a la competidora en la calificación, sino de su exclusión. **Criterio de la División:** De frente al alegato formulado por la Administración, resulta de interés señalar que al concurso únicamente se presentaron dos oferentes, a saber, la apelante y adjudicataria (hecho probado 1) y que ambas fueron evaluadas (hecho probado 6). Así las cosas, en el tanto la apelante en su recurso consigna: *“Según se verá, nuestra tesis para recurrir se resume en que la empresa adjudicataria debió haber sido excluida del concurso, al haber cotizado un precio ruinoso (...)”* (folio 14 del expediente de apelación), no se estima que a efectos de acreditar su mejor derecho la apelante debía realizar un ejercicio de frente al sistema de evaluación, por cuanto de prosperar sus alegatos, la adjudicataria se tornaría inelegible. En vista de lo que viene dicho, se declarar sin lugar el alegato formulado por Administración. **2. Sobre el precio excesivo del apelante en renglón de pago CR.201.01.** La Administración en la audiencia inicial indica que la oferta del apelante es excesiva en el renglón de pago CR.201.01 *“Limpieza y Desmante”*, dado que ofertó un costo unitario de ¢800.000, mientras que para la licitación abreviada No. 2015LA-000035-MUNIPROV, ofertó el mismo renglón de pago por un costo unitario de ¢443.755,00. Es decir el costo de limpieza o desmante ofertado en la Licitación Pública No. 2015LN-00002-MUNIPROV, se incrementa cerca de 80,25%, respecto del renglón adjudicado para el mismo renglón de pago en la referida licitación abreviada. La apelante señala que la Administración no hizo el señalamiento antes y que eso afecta su derecho de defensa dado que el artículo 30 del Reglamento a la Ley de Contratación

Administrativa exige la oportunidad de explicar el precio que se cotizó. Agrega que la actividad del renglón CR.20101, varía sustancialmente entre un proyecto y otro, no se puede comparar una licitación con otra, las labores cambian. No se pueden comparar las labores en una calle de una urbanización (cordón, acera y caño) con una calle abierta sin urbanizar, como en este caso, que es calle abierta y no tiene obras de infraestructura. Las labores de la presente licitación son más graves que las de la licitación abreviada referida por la Administración. **Criterio de la División:** En el caso bajo análisis, se observa que la Administración alega que el precio ofertado por la apelante para esta contratación respecto del renglón de pago CR.201.01 *“Limpieza y Desmonte”*, -el cual asciende a la suma total de ¢ 952.000,00 (hecho probado 3.1)-, resulta excesivo, por cuanto es 80,25% más caro que el ofertado para la licitación abreviada No. 2015LA-000035-MUNIPROV. De frente a lo anterior, resulta de interés señalar que el artículo 177 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), establece: *“El apelante deberá aportar la prueba en que se apoyen sus argumentaciones, y cuando discrepe de los estudios que sirven de motivo para adoptar la decisión, deberá rebatir en forma razonada tales estudios (...)”*. En cuanto al deber de fundamentación este órgano contralor, en la resolución No- R-DCA-753-2015 de las quince horas con treinta minutos del veinticinco de setiembre del dos mil quince, precisó: *“(...) con sustento en [...] el artículo 88 de la Ley de Contratación Administrativa, en concordancia con el 177 del RLCA, en la resolución R-DCA-718-2015 de las quince horas con treinta minutos del dieciséis de setiembre del dos mil quince, indicó: “El artículo 177 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa establece el deber de fundamentar el recurso, en los siguientes términos: [...] Este deber de fundamentación se hace extensivo al adjudicatario cuando presenta argumentos en contra de la oferta de la recurrente, ya que aplica el principio de que quien alega debe probar “onus probandi”*. Así las cosas, el ordenamiento jurídico impone la carga de la prueba a quien alega y por ende, la obligación de fundamentación también aplica a la Administración. Sin embargo, en el presente caso la Administración se ha limitado a señalar la excesividad del referido renglón de pago, pero no ha acreditado que los requerimientos de la licitación abreviada No. 2015LA-000035-MUNIPROV para el renglón CR. 201.01, sean exactamente los mismos de la licitación pública No. 2015LN-00002-MUNIPROV, y que por ende, la diferencia de precio que reclama, implique que el precio cotizado por la apelante en la presente contratación para el renglón CR.201.01, sea excesivo. En vista de lo que viene

dicho, y dada la falta de fundamentación en que incurre la Administración, se declara sin lugar su alegato. **3. Sobre la maquinaria.** La Administración en la audiencia inicial indica que el apelante ofertó la mayoría de la maquinaria sin pertenecerle, dado que de los folios 684, 686, 692, 700, 753 y 762 se desprende que la maquinaria le pertenece a Transportes Orosi Siglo XX S.A., Transabre de Costa Rica S. A., Arrendadora CAFSA S. A., sin existir ningún tipo de carta de compromiso de dichas empresas para el Grupo Orosí S. A. La apelante señala que no existe en la legislación, ni en el cartel, el requerimiento de que la maquinaria a utilizar deba ser propiedad registral del contratista. Por utilizar maquinaria que le pertenece a terceros no se incumple el cartel de la contratación, ni ninguna otra norma. Ni siquiera se estaría ante una subcontratación. La obligación era emplear equipo de calidad y condiciones de funcionamiento adecuadas, sin que se exigiera que el equipo fuese propio. **Criterio de la División:** La empresa apelante con su plica ofertó, entre otra, la siguiente maquinaria: EE-31767, C-162680, C-158980, EE-32780, C-158740, C-153601 (hecho probado 3.2). Con ocasión del estudio de ofertas, a solicitud de la Administración, la apelante presentó documentación de la cual se desprende que la maquinaria con número de placa: EE-031767 es propiedad de Transportes Orosi Siglo XXI S. A., C-162680 es propiedad de Transabre de Costa Rica S. A., C-00158980 es propiedad de Transportes Orosi Siglo XXI S. A., EE-032780 es propiedad de Transportes Orosi Siglo XXI S. A, C-00158740 es propiedad de Scottia Leasing CR S. A., C-153601 es propiedad de Transportes Orosí Siglo XXI S. A (hechos probados 4 y 5). La Administración señala que la apelante oferta la referida maquinaria sin pertenecerle y que no existe ningún tipo de carta de compromiso de las empresas para el Grupo Orosi S. A. Sobre el particular, se aprecia nuevamente falta de fundamentación, por cuanto la Administración no realiza un desarrollo argumentativo mediante el cual pueda tenerse por acreditado que la situación que señala implica un incumplimiento normativo, ya sea de la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento o del pliego de condiciones. Al respecto, debe reiterarse que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del RLCA, quien alega ostenta la carga de la prueba y por ende, en el presente caso la Administración es la llamada a demostrar que el apelante ha incumplido alguna disposición. En este sentido, no pierde de vista este órgano contralor que en el inciso *“1.3.2 Brigada personal y equipo”*, de la cláusula cartelaria *“1.3 Presentación de las ofertas”*, estableció: *“(…) se debe presentar la brigada de todo el equipo y maquinaria que se utilizará en las obras con sus respectivos **documentos y permisos***

*de ley que garanticen el buen funcionamiento de los mismos, además, **deberá garantizar la disponibilidad oportuna del equipo esencial propuesto***” (folio 70 del expediente de administrativo) (negrita agregada); disposición cartelaria en la cual no se establece que el equipo ofertado deba ser propiedad del oferente, ni se requiere expresamente que de ser la maquinaria propiedad de un tercero, debía aportarse una carta compromiso por parte del propietario respectivo. En virtud de lo que viene dicho, se declara sin lugar dicho alegato.-----

III. SOBRE EL FONDO. 1. Sobre el precio ruinoso de la adjudicataria para el renglón de pago CR. 415.03. El apelante expone que la adjudicataria debió ser excluida al infringir el artículo 30 del RLCA, dado que cotizó un precio ruinoso para el renglón de pago CR 415.03. Indica que en su propuesta, para este renglón de pago, cotizó un precio unitario de ¢7.486.022 para un total de ¢8.159.763,98. Agrega que la adjudicataria cotizó para este renglón de pago un precio unitario de ¢332.993,79 para un total de ¢362.963,24; y hace ver que el CONAVI, en el oficio No. DCVP-11-15-0546 del 29 de mayo de 2015, estimó un precio unitario por metro cuadrado –no por kilómetro-, para la actividad equivalente al renglón de pago CR 415.03, de ¢1.001,62. Indica que con sustento en el artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública, es oportuno aclarar que las actividades de dicho renglón son las mismas que abarca el renglón que el CONAVI identifica como M42 (b) “Perfilado de pavimentos con material extraído de fuente”. Simplemente, son dos denominaciones diferentes de manuales distintos que refieren a las mismas tareas. Agrega que en el presente caso, el ancho de la calle es de 7 metros, para una longitud de 1,09 kilómetros y al multiplicar éstos se obtiene que la superficie a intervenir es de 7,360 metros cuadrados. Señala que al multiplicar esta cantidad de metros por ¢1.001,62 -el cual es el precio unitario estimado por el CONAVI-, se alcanza un total de ¢7.642.360,60, por lo que este último monto es el que debió ser cotizado para este renglón de pago, pero la empresa cotizó apenas ¢362.963,24. Con sustento en la estimación del CONAVI se acredita con total claridad que el monto cotizado es insuficiente para cubrir las tareas de este renglón. Agrega que los rubros que la adjudicataria incluyó en su memoria de cálculo son mucho menores a los que fijó la Dirección de Costos de Vías y Puentes para estas tareas, para lo cual basta con considerar la maquinaria que el CONAVI consideró imprescindible versus el equipo que la adjudicataria consideró en su memoria de cálculo. Asimismo, indica que la adjudicataria

con su oferta aportó copia de un documento titulado "*Cesión de Maquinaria*", en el cual Cemex (Costa Rica) S. A., manifiesta que cede al adjudicatario la recuperadora de caminos marca Bomag D56154 BOPARD/RHEIN. Por otra parte, expone que la memoria de cálculo del adjudicatario para el renglón de pago CR 415.03, contiene incongruencias insubsanables, dado que en ninguno de los rubros que la empresa consideró como costos, hay coincidencia ente la cantidad de horas que estimó y el monto total que indicó. No existe coincidencia al multiplicar el costo por hora estimados para los rubros incluidos, por la cantidad de horas. Para lograr coincidencia se presenta una multiplicación equivocada y señala que las incongruencias hacen inelegible la oferta. Además, el apelante expone que la adjudicataria se vio beneficiada de frente a su oferta, dado que fue calificada con un precio supuestamente menor, que deriva de la cotización ruinosa del citado renglón de pago. Agrega que en total para el renglón de pago cotizó ¢8.159.763,98 y un precio total de ¢295.481.556,90 y la adjudicataria para dicho renglón cotizó un precio total de ¢362.963,24 y un precio total de ¢290.478.459. Excluyendo dicho renglón de pago su oferta sería más barata que la de la adjudicataria y en ello radica la trascendencia de los vicios que se apuntan. El adjudicatario indica que su oferta se ajusta al cartel, y respecto del oficio DCVP-11-15-0546 del Conavi, señala que se trata de hacer ver que lo dicho por el CONAVI aplica de manera erga omnes en todas las demás instituciones, cuando no existe norma ni jurisprudencia que lo indique, lo cual atenta contra el artículo 170 de la Constitución Política, 2, 3 y 4 del Código Municipal, entre otros. Además, señala que de conformidad con el cartel, la contratación es para rehabilitar un camino cantonal y que no es válido que el sustento del apelante sea un documento de otra Administración, siendo que la Municipalidad determinó que su oferta no es ruinosa en todos los renglones de pago. Indica que no basta con solo alegar sino que debe probarse, situación que en el presente caso no tiene lugar, el apelante no indica correctamente por qué el precio es ruinoso. Además, señala que en la memoria de cálculo del renglón de mérito se describe la base del precio y que justificado el rendimiento, se aclara que en la memoria de cálculo aportada no existe ningún error aritmético tal y como se señala en el recurso, ya que, por ejemplo, en el caso de la recuperadora el costo por hora es de ¢59.858.00 por 8,8hrs que contempla la jornada laboral daría un subtotal de ¢526.750,4. Sin embargo, al tener un rendimiento de 5km/día el total consumido en hr recuperadora para esta actividad sería de ¢105.350,08 por km de recuperación. Indica que el precio propuesto para el renglón

415.03 se basa en el aprovechamiento máximo de la potencia de la maquinaria utilizada. La Administración indica que el precio de la adjudicataria no es ruinoso y señala que incluso ofreció un descuento de diez millones de colones. Agrega que los costos indicados en el oficio del CONAVI, aplican para la red vial nacional, por lo que no se consideran para el cálculo de presupuesto y estructura de costos atinentes a la red vial cantonal, bajo la jurisdicción de la Municipalidad de Cartago y las memorias de cálculo para tal fin se asocian a un proceso licitatorio del CONAVI. Agrega que la memoria de cálculo no era un requisito para la licitación. La oferta del adjudicatario cumple con los parámetros de razonabilidad y rechaza la base de cálculo del apelante. Agrega que echa de menos el alegato del recurrente, dado que solo indica que la empresa adjudicataria aportó un documento mediante el cual CEMEX, cede el derecho de uso de la recuperadora de caminos, marca Bomag y hace ver que la adjudicataria procedió como en derecho corresponde, indicando el listado de la subcontratación. **Criterio de la División:** En primer término resulta de interés señalar que el artículo 88 de la Ley de Contratación Administrativa (LCA), dispone: *“El recurso de apelación deberá indicar, con precisión, la infracción sustancial del ordenamiento jurídico que se alegue como fundamento de la impugnación. Cuando se discrepe de los estudios que sirven de motivo a la administración para adoptar su decisión, el apelante deberá rebatir, en forma razonada, esos antecedentes; para ello, deberá aportar los dictámenes y estudios emitidos por profesionales calificados”*. En cuanto al deber de fundamentación, este órgano contralor, en la resolución R-DCA-334-2007 de las nueve horas del catorce de agosto dos mil siete, precisó: *“(…) es pertinente señalar que en otras oportunidades esta Contraloría General se ha referido a la relevancia que tiene el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley de Contratación Administrativa (incluso antes de la reforma mediante Ley No. 8511), en la medida que la carga de la prueba la tiene la parte apelante (véase entre otras la resolución No. RC-784-2002), en el tanto pretende desvirtuar el acto de adjudicación que se presume válido y ajustado al ordenamiento. Sobre este tema de eminente carácter procesal señala Falcón que: “...la carga de la prueba es el imperativo, o el peso que tienen las partes de recolectar las fuentes de prueba y actividad adecuadamente para que demuestren los hechos que le corresponda probar a través de los medios probatorios y sirve al juez en los procesos dispositivos como elemento que forma su convicción ante la prueba insuficiente, incierta o faltante” (Falcón, Enrique, Tratado de la Prueba, Buenos Aires, Astrea, 2003, Tomo I, p.247). De esa forma, no basta la construcción de la legitimación para el ejercicio recursivo, sino que –en lo pertinente- todos los alegatos deben contar con la respectiva*

fundamentación, sea en prueba visible en el expediente administrativo; o bien, aportando criterios técnicos en contra de las valoraciones técnicas de la Administración o simplemente demostrando técnicamente los argumentos de índole técnica que se expongan en el recurso. Desde luego, la prueba aportada debe resultar también idónea para demostrar los alegatos, de tal suerte que no basta con traer pruebas a conocimiento de la Contraloría General con la interposición del recurso, sino que necesariamente la prueba debe contar con los elementos mínimos para desvirtuar un criterio, o bien, para apoyar una determinada afirmación.” Con sustento en lo que viene dicho, este órgano contralor estima que el oficio del CONAVI No. DCVP-11-15-0546 del 29 de mayo de 2015, aportado por el apelante con su recurso (folios 20 a 23 del expediente de apelación), realizado con ocasión de la licitación pública 2014LN-000018-0CV00, no resulta prueba idónea a efectos de acreditar la ruinosidad del precio del renglón de pago CR.415.03. Lo anterior, en el tanto la apelante no demuestra que los requerimientos de la licitación pública No. 2015LN-000002-MUNIPROV, -aquí recurrida-, sean equivalentes a los que fueron dispuestos para la licitación pública 2014LN-000018-0CV00 -procedimiento del CONAVI-. En este sentido, se denota que para esta contratación, el adjudicatario en la memoria de cálculo del renglón de pago de mérito, asignó al rubro de mano de obra siete personas (hecho probado 2), a diferencia de la licitación pública 2014LN-000018-0CV00, para la cual se establecen nueve personas (folio 22 del expediente de apelación). Aunado a lo anterior, de la documentación aportada por el apelante se desprende que para la licitación pública No. 2014LN-000018-0CV00, se consideró como parte de la maquinaria un cabezal, una torre y un camión plataforma (folio 22 del expediente de apelación), maquinaria que no se denota hubiera sido contemplada por la adjudicataria en la memoria de cálculo del renglón de pago (hecho probado 2). Esta diferencia de maquinaria es reconocida por la propio apelante en su recurso, al señalar: *“(...) según se acredita con el mismo oficio que se aporta emitido por el CONAVI, los rubros que la adjudicataria incluyó en su memoria de cálculo, son mucho menores a lo que fijó la Dirección de Costos de Vías de Puentes para estas mismas tareas./ Basta confrontar, por ejemplo, la lista de maquinaria que el CONAVI estimó como imprescindible, versus el equipo que la adjudicataria consideró para su propia memoria de cálculo”* (folio 18 del expediente de apelación). La apelante tampoco ha acreditado que la referida diferencia de maquinaria implique un incumplimiento por parte del adjudicatario, en el tanto no ha acreditado que para la contratación que se impugna resultara necesario cotizar exactamente la misma maquinaria que para la licitación pública No. 2014LN-000018-0CV00. Asimismo, debe indicarse que el alegato realizado por el

apelante en el escrito de respuesta a la audiencia especial otorgada mediante auto de las nueve horas del veintiocho de septiembre de dos mil quince, en cuanto a que "(...) *la estructura de costos de la actividad de perfilado siempre es idéntica. **Las labores no cambian.** Lo que podría variar es el volumen o la cantidad de trabajo (...)*" (folio 123 del expediente de apelación), debe ser rechazado de plano por cuanto dicha audiencia le fue otorgada "(...) *para que se refiera exclusivamente a las manifestaciones que en relación con su oferta realiza la Administración en el escrito de respuesta a la audiencia inicial.*" (folio 99 del expediente de apelación), además de que este alegato no fue planteado con el recurso. En todo caso, debe indicarse que se trata de una simple afirmación, que el apelante no acreditó mediante el estudio técnico respectivo. Ahora bien, en cuanto al argumento que formula el apelante respecto a que existen incongruencias en la memoria de cálculo del renglón de pago CR.415.03, dado que no existe coincidencia al multiplicar el costo por hora estimado para los rubros incluidos, por la cantidad de horas, debe indicarse que, considerando los alegatos expuestos por las partes, mediante oficio No. DCA-2718 del 26 de octubre de 2015, se requirió criterio técnico al Equipo de Gestión y Asesoría Interdisciplinario, sobre lo siguiente: "a) *Si para la determinación de los precios consignados en la columna "Monto" de la memoria de cálculo del renglón de pago CR.415.03, debe tomarse en cuenta los valores indicados en la columna "Rendimiento total". / b) Debe indicarse si la memoria de cálculo del renglón de pago CR.415.03, coinciden o no para todos sus rubros el costo por hora y la cantidad de horas con el monto total indicado*" (folios 190 a 191 del expediente de apelación). El Equipo de Gestión y Asesoría Interdisciplinaria, mediante oficio No. DCA-2762 del 29 de octubre de 2015, indicó: "*En relación con la primera pregunta, acerca de si deben tomarse en cuenta los valores indicados en la columna "Rendimiento total" en la determinación de los precios consignados en la columna "Monto" de la memoria de cálculo del renglón de pago CR.415.03 Escarificación del Pavimento (Recuperación) de la empresa adjudicataria, la respuesta es afirmativa dado que en esa memoria de cálculo se establece una longitud (Cantidad requerida) de escarificación del pavimento a intervenir (recuperación) de 1.09 km y el rendimiento total declarado en esa memoria para estimar los costos Equipo y Personal es de 5 km. /En cuanto a la segunda pregunta resulta necesario contextualizar que la memoria de cálculo de la empresa adjudicataria para el renglón analizado, visible a folio 0137 del expediente administrativo, específicamente en la sección de Maquinaria-Equipo contiene varias columnas, entre las cuales no solo se encuentran las señaladas por el apelante en su ejercicio -a saber, Descripción, Cantidad horas, Costo por Hora y Monto- sino que también se incluyen las columnas*

de Rendimiento Total y Unidad medida rendimiento que indican un rendimiento total de 5 km. Rendimiento sobre el que no se observa ningún alegato o controversia por parte del apelante en su recurso. (...) Al respecto se concedió audiencia especial al apelante para que se refiriera a la defensa del adjudicatario en la audiencia inicial respecto de la memoria de cálculo del renglón de pago CR 415.03, sin embargo, en el escrito de respuesta del apelante no observa esta instancia técnica que se argumente en contra del citado rendimiento, ni mucho menos se aporte un desarrollo técnico que desvirtúe lo señalado por el adjudicatario. En adición a lo expuesto, esta instancia técnica considera pertinente señalar que del análisis de la literatura técnica aportada por el adjudicatario se desprende que es factible realizar el trabajo con el rendimiento utilizado en la memoria de cálculo de este renglón de pago. /Así las cosas, tomando en consideración el rendimiento de 5 km declarado por el adjudicatario en su oferta, mismo que no ha sido desvirtuado por el apelante, se tiene que para este equipo técnico resulta correcta la explicación dada por el adjudicatario en respuesta a la audiencia inicial en cuanto a que el resultado de multiplicar las cifras de las columnas Cantidad de horas y Costo por hora debe dividirse entre el rendimiento de 5 km para obtener los costos de la columna Monto, ejercicio que fue corroborado por esta instancia obteniendo como resultado las mismas cifras indicadas en la citada columna Monto, por lo que es posible concluir que al considerar el rendimiento declarado en la oferta, sí existe coincidencia entre el costo por hora y la cantidad de horas con el monto total indicado para cada uno de los rubros de ese renglón de pago.” (folios 199 a 201 del expediente de apelación). Mediante auto de las trece horas del treinta de octubre de dos mil quince, se otorgó audiencia a todas las partes respecto del oficio No. DCA-2762, ante lo cual el apelante no se refirió sobre el particular. Así las cosas, considerando que en el oficio No. DCA-2762 se determinó que sí debe tomarse en cuenta el rendimiento consignado en la memoria de cálculo del citado renglón de pago y que una vez considerado éste, sí existe coincidencia entre el costo por hora y la cantidad de horas con el monto total indicado para cada uno de los rubros del referido renglón de pago; se estima que la apelante no lleva razón en su alegato. Por otra parte, este órgano contralor considera que la recurrente incurre en falta de fundamentación respecto de la manifestación que realiza en cuanto a que: “La adjudicataria, como parte de su oferta, aportó un documento titulado “Cesión de Maquinaria”, donde la empresa Cemex (Costa Rica) S. A. manifestó ceder a favor de Constructora Hermanos Brenes S. A., la recuperadora de caminos marca Bomag D56154 BODEPARD/RHEIN (...)” (folio 16 del expediente de apelación). Lo anterior, en tanto se limita a realizar dicha manifestación, sin desarrollo alguno mediante el cual puede tenerse por acreditado algún

incumplimiento por parte de la oferta adjudicataria. Debiendo precisarse que la aclaración que realiza la recurrente sobre dicho párrafo en su escrito de respuesta a la audiencia especial (folio 124 y 125 del expediente de apelación), resulta extemporánea en el tanto no fue realizada en su recurso, momento procesal oportuno en que debió ser alegada y comprobada. Aunado a lo anterior, considerando lo resuelto no se tiene por acreditada la ventaja indebida que la apelante reclama. Además, se rechaza de plano todo nuevo argumento y prueba que la apelante realizó y aportó a efectos de fundamentar su acción recursiva, en el escrito de respuesta a la audiencia especial otorgada mediante auto de las nueve horas del veintiocho de setiembre de dos mil quince, en el tanto esta audiencia fue otorgada *“(...) para que se refiera exclusivamente a las manifestaciones que en relación con su oferta realiza la Administración en el escrito de respuesta a la audiencia inicial.”* (folio 99 del expediente de apelación). Igualmente, se tiene que el apelante con el escrito de respuesta a la audiencia especial otorgada mediante auto de las a las trece horas veinte minutos del veintiuno de octubre de dos mil quince, realiza argumentos y aporta prueba en relación con la licitación pública No. 2014LN-000018-0CV00. Sobre el particular, debe indicarse que el apelante incurre nuevamente en falta de fundamentación, en el tanto no acredita que los requerimientos dispuestos en el pliego de condiciones del procedimiento No. 2014LN-000018-0CV00, sean exactamente los mismos requerimientos de la licitación ahora apelada. De igual manera, el apelante incurre en falta de fundamentación a efectos de acreditar la ruinosidad del precio del adjudicatario para el renglón de pago CR.415.03, al señalar en su escrito de respuesta a la audiencia especial otorgada mediante auto de las a las trece horas veinte minutos del veintiuno de octubre de dos mil quince, que: *“(...) en el caso que nos ocupa, seguimos sin conocer cuál es la estimación de dicha Municipalidad (...) para mi representada sería materialmente imposible hurgar en la contabilidad de la adjudicataria, para poder analizar las cifras que dijo estar en capacidad de cobrar, manteniendo una razonable utilidad.”* (folio 147 del expediente de apelación), lo anterior, en razón de que el apelante no ha aportado un criterio técnico mediante el cual se acredite que a pesar de constar en el expediente administrativo -propiamente en la oferta adjudicataria-, la memoria de cálculo del renglón de pago CR.415.03 (hecho probado 2), se encontraba imposibilitada para comprobar técnicamente la ruinosidad de dicho renglón. Con sustento en lo que viene dicho, se impone declarar sin lugar el recurso incoado. De conformidad con lo

dispuesto en el artículo 183 del RLCA, se omite pronunciamiento de otros aspectos del recurso por carecer de interés práctico. -----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 84 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa, y 174 y siguientes del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa se resuelve: **1) DECLARAR SIN LUGAR** el recurso de apelación interpuesto por **GRUPO OROSI S. A.**, en contra del acto de adjudicación de la Licitación Pública No. 2015LN-000002-MUNIPROV, promovida por la Municipalidad de Cartago, para la construcción de los trabajos de rehabilitación y drenaje menor del camino 3-01-0332, acto recaído a favor de Constructora Hermanos Brenes. **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

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

Estudio y redacción: Olga Salazar Rodríguez

OSR/ksa
NN: 17190 (DCA-3093-2015)
Ni: 21735, 22198, 24519, 24561, 24568, 25060, 26897, 26892, 28990, 29180, 30190, 30313, 30331, 30959, 32192, 32260, 32261, 32265, 32135-32535
G: 2015002716-2