

R-DCA-186-2016

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las quince horas con veintiséis minutos del primero de marzo de dos mil dieciséis.-

Recurso de apelación interpuesto por la empresa **CONSTRUCTORA CARAMO, S.A.**, en contra del acto de adjudicación del procedimiento de **LICITACIÓN ABREVIADA 2015LA-000012-01**, promovido por la **MUNICIPALIDAD DE LOS CHILES**, para “Mantenimientos rutinario camino 2-14-210 EN36 Cuatro Esquinas / FCFCA Finca El Refugio y camino 2-14-213 EC36 Punta Cortés EC210 FCA El Refugio.”, recaído a favor del señor **CARLOS HIDALGO RAMÍREZ**, por un monto de ₡46.862.230,00. (cuarenta y seis millones ochocientos sesenta y dos mil doscientos treinta colones exactos).-----

RESULTANDO

I.- Que Constructora Caramo, S.A., el día 8 de enero de 2016, interpuso ante este órgano contralor recurso de apelación en contra el acto de adjudicación de la referida licitación abreviada 2015LA-000012-01.-----

II.- Que mediante auto de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del doce de enero de dos mil dieciséis, esta División solicitó el expediente administrativo del concurso, diligencia que fue

III.- Que mediante auto de las trece horas treinta minutos del diecinueve de enero de dos mil dieciséis, el recurso interpuesto por Constructora Caramo, S.A. fue admitido para su trámite, otorgándose audiencia inicial a la Administración, y al adjudicatario, para que procedieran a referirse a los alegatos expuestos por la parte apelante, diligencia que fue atendida mediante escritos que corren agregados al expediente de apelación.-----

VI.- Que mediante auto de las ocho horas del dos de febrero de dos mil dieciséis, fue conferida audiencia especial a la empresa apelante, Constructora Caramo, S.A., para referirse a las argumentaciones realizadas en su contra por la Administración y el adjudicatario, expuestas al contestarse la audiencia inicial, la cual fue atendida mediante escrito que corre agregado al expediente de apelación.-----

V.- Que mediante auto de las catorce horas siete minutos del doce de febrero de dos mil dieciséis, fue conferida audiencia especial a la empresa apelante, Constructora Caramo, S.A., para referirse a la fuente de donde tomaría los materiales en caso de resultar adjudicataria, la cual fue atendida mediante escrito que corre agregado al expediente de apelación.-----

VI.- Que mediante resolución No. R-DCA-142-2016 de las once horas con treinta minutos del diecisiete de febrero de dos mil dieciséis, fue resuelta excepción de extemporaneidad presentada por la Administración y por el adjudicatario, la cual fue declarada sin lugar.-----

VII.- Que mediante auto de las nueve horas cinco minutos del veinticuatro de febrero de dos mil dieciséis, fue conferida audiencia final a todas las partes, la cual fue atendida mediante escritos agregados al expediente de apelación.-----

IX.- Que esta resolución se emite dentro del plazo de ley, observándose las prescripciones constitucionales, legales y reglamentarias correspondientes.-----

CONSIDERANDO

I.- HECHOS PROBADOS: Para el dictado de la presente resolución, este Despacho ha tenido por probados los siguientes hechos de interés: **1)** Que la apelante Constructora Cáramo, S.A., ofertó la suma de cuarenta y cinco millones setecientos veintiocho mil ciento sesenta colones exactos (¢45.728.160,00) (ver folio 65 del expediente administrativo). **2)** Que el adjudicatario Carlos Luis Hidalgo Ramírez, ofertó la suma de cuarenta y seis millones ochocientos sesenta y dos mil doscientos treinta colones exactos (¢46.862.230,00) (ver folio 113 del expediente administrativo). **3)** Que mediante oficio DP-126-2015 de 9 de diciembre de 2015, Alván Noel Ortiz Bravo, de la Proveeduría Municipal, remite oficio a la Alcaldía de la Municipalidad de Los Chiles, donde indica que *“El cuadro de evaluación queda de la siguiente forma (de acuerdo al punto 12 del cartel de la licitación abreviada 2015LA-000012-01:-----*

Proveedor	Pts por Oferta	Pts por Entrega	Total
Constructora Caramo, S,A	85	15	100
Carlos Hidalgo Ramírez	82.94	15	97.94

Además, se recomienda que la presente contratación antes de ser adjudicada, sea analizada por el departamento Legal y por el departamento técnico respectivo.” (ver folios 139 y 140 del expediente administrativo). **4)** Que la Comisión de Hacienda y Presupuesto del Concejo de la Municipalidad de Los Chiles en oficio de 11 de diciembre de 2015 dirigido al Concejo Municipal manifiesta que *“...analizó la Licitación Abreviada Numero 2015-LA-000012-01 (MANTENIMIENTO Rutinario del camino 2-14-210 Ent36, Cuatro Esquinas/ FCA El Refugio y Camino 2-14-213 EC36, Punta Cortés EC210 Fca El Refugio, expediente consta de 138 folios. / Invitados [...] / Oferta: / Constructora CARAMO S.A, por un monto de ¢45.728.160.00 / Carlos*

Hidalgo Ramírez, por un monto de ₡46.862.230.00 / Monto presupuestado ₡46.972.467.78 / Por lo tanto esta Comisión recomienda al Concejo Municipal, adjudicar al señor Carlos Hidalgo Ramírez, por un monto de ₡46.862.230.00, ya que se ajusta al presupuesto asignado. [...]” (ver folios 42, 83, y 97 del expediente de apelación). **5)** Que mediante sesión ordinaria del Concejo Municipal de la Municipalidad de Los Chiles, No. 246 del 15 de diciembre de 2015, “...**acogiendo el informe de la Comisión de Hacienda y presupuesto, acuerda:** Adjudicar la Licitación Abreviada Número 2015 LA-000012-01 (MANTENIMIENTO RUTINARIO DEL CAMINO 2-14-210 ENT36 CUATRO ESQUINAS/FCA EL REFUGIO Y CAMINO 2-14-2013 EC36 PUNTA CORTÉS EC210 FCA EL REFUGIO). Al señor Carlos Luis Hidalgo Ramírez. Por un monto de ₡46,862,230,00. (Cuarenta y seis millones ochocientos sesenta y dos mil doscientos treinta colones exactos), ya que cumple con los requerimientos de ley. **DEFINITIVAMENTE APROBADO.**” (ver folio 143 del expediente administrativo y folios 85 y 100 del expediente de apelación). **6)** Que la apelante Constructora Caramo, S.A., al completar el formulario número 3 denominado “Conocimiento del Proyecto”, en su oferta, manifestó que inspeccionó, examinó y valoró las condiciones del sitio de obras, las cuales tomó en cuenta para su propuesta técnica y económica (ver folio 74 del expediente administrativo y folio 109 del expediente de apelación). **7)** Que la apelante Constructora Caramo, S.A., al completar el formulario número 11 denominado “Compromiso formal sobre Fuentes de Materiales”, en su oferta, manifestó que la fuente de materiales a utilizar es Tajo La Tiburcia, de Muelle de San Carlos, que es concesión en cauce de dominio público sobre el río Caño Mojahuevos, a favor de la sociedad Finca La Tiburcia, S.A., expediente minero 11-206 y 11-2013, con prórroga por cinco años mediante resolución No. 545-2012-MINAET de las 12:05 horas del 26 de octubre de 2012; sociedad titular de la concesión cuyo representante, Víctor Manuel Chavarría Kopper, ha manifestado que pone a disposición de Constructora Caramo, S.A., los materiales necesarios para ejecutar la concesión (ver folio 83 del expediente administrativo y folios 142 a 144 del expediente de apelación).-----

II.-SOBRE LA LEGITIMACIÓN DE CONSTRUCTORA CARAMO, S.A.: El artículo 176 del Reglamento a la Ley Contratación Administrativa (RLCA) indica que “*Podrá interponer el recurso de apelación cualquier persona que ostente un interés legítimo, actual, propio y directo*”, normativa que impone realizar el análisis referente a la legitimación, como actuación previa para

determinar la procedencia o no del estudio de los argumentos en que el apelante apoya su recurso. Sobre este tema, de previo a entrar a conocer los alegatos expuestos por la apelante en su recurso, se debe analizar este extremo como primer orden, a efecto de determinar precisamente, si es procedente conocerlos o si por el contrario, resulta innecesario al carecer el apelante de la legitimación necesaria para resultar eventualmente readjudicatario del proceso. Lo anterior, en función de las imputaciones que tanto la Administración como la adjudicataria, han realizado al apelante. **1) Sobre la no asistencia a la inspección de campo:** **La Administración** señala que la apelante no asistió a la inspección de campo como lo estipula el cartel; en consecuencia, no aportó certificación de visita de campo; que se trata de un error insubsanable, y por tanto no era necesario prevenir su cumplimiento, señalando que el cartel dispone que no se aceptará la oferta de quien no realizare la visita de campo; y que la no visita de campo hace imposible que la apelante presentase una oferta que pudiese ser considerada más ventajosa para la Administración, porque desconoce las condiciones en que se encuentra el camino, que esta circunstancia quedó acreditada desde la apertura de ofertas, según quedó constando en el Libro de Licitaciones No. 2 de la Municipalidad de Los Chiles, folios 165 y 166. **El adjudicatario** manifiesta que la apelante pretende que un aspecto insubsanable como lo es la visita al sitio requerida por el cartel se omita, que el cartel es claro y dicha estipulación no se puede obviar, que si al apelante no le parecía dicho punto, tuvo la oportunidad de presentar un recurso de objeción al cartel, lo cual no hizo y por tanto el cartel adquiere fuerza de ley y pasa a ser de cumplimiento obligatorio para todos los participantes; que como consecuencia de la no asistencia a la visita al sitio programada, el apelante no conoce la magnitud del trabajo, y no conoce las condiciones que se discutieron en la gira, y por tanto de resultar adjudicatario procedería a solicitar ajuste del precio ante aspectos que no tomó en consideración; que el actuar del apelante es negligente y despreocupado; y que la no visita al sitio excluye la oferta del apelante. **La apelante** indica que completó y aportó con su oferta el Formulario No. 3 denominado “Conocimiento del Proyecto” exigido por el cartel, con lo cual demuestra que tuvo conocimiento de las obras a ejecutar. **Criterio de la División:** A efectos de analizar el alegato de la Administración y del adjudicatario, debemos partir de lo señalado en el cartel de la licitación, en tanto que se estableció la necesidad de participar de una visita guiada al lugar de las obras: “Se estará realizando una gira con todos los oferentes interesados en cotizar el día 01

de Diciembre a las 10:00 horas en el lugar que cita de la siguiente forma: Cuatro Esquinas de Los Chiles, frente al comando Cuatro Esquinas, esta visita es de carácter obligatorio, por lo cual el oferente que no asista a esta gira, no se le admitirá su oferta.”, “En este sentido, el oferente deberá llenar el Formulario #3 Conocimiento del Proyecto, presentados en el anexo a este cartel.” (ve folio 31 del expediente administrativo). Ahora bien, de lo expuesto por las partes y con ocasión del requerimiento cartelario, se tiene que la visita técnica tiene como propósito u objetivo que el potencial oferente tenga una visión más amplia de la contratación, lo cual coincide con lo resuelto en otras oportunidades por parte de esta Contraloría General de la República, al señalar que dicho incumplimiento se ha relativizado en la medida que por la naturaleza del condicionamiento, este debería dejarse bajo la responsabilidad y riesgo del propio oferente, sin que implique la necesaria exclusión del oferente, salvo que se logre demostrar su trascendencia en el particular procedimiento de contratación. Al respecto, mediante resolución R-DCA-085-2013 del catorce de febrero del 2013, siguiendo la misma línea de análisis, se indicó en lo de interés que “...conviene precisar en primer término que este órgano contralor ha señalado sobre la visita al lugar o sitio en donde se ejecutará la contratación que: “[...] sin lugar a dudas ello permite a los oferentes conocer con mayor claridad el objeto contractual respecto del cual van a presentar sus ofertas y resguarda a la Administración de futuros reclamos por una cotización que no haya considerado detalles que sólo pueden ser apreciados en esa visita, pero que ello debería dejarse bajo la responsabilidad y riesgo del propio oferente y, no establecerse como una cláusula excluyente de la oferta si no se asiste a la visita programada, pues ello riñe con el principio de eficiencia y, en particular, con el mandato legal que ordena en el numeral 4, de la Ley de Contratación Administrativa, que ordena “en todas las etapas de los procedimientos de contratación” a hacer prevalecer el contenido sobre la forma y en este caso concreto, a formular cláusulas cartelarias que propicien la mayor conservación de ofertas. (...) El limitar la admisibilidad de la oferta a la asistencia a una visita que, en todo caso, el oferente podría hacer por su cuenta y riesgo se convierte en una limitación irrazonable, que lesiona la libre concurrencia de oferentes,...”. (ver en igual sentido la resolución No. R-DAGJ-578-2005 del 8 de setiembre del 2005, así como en sentido similar la resolución No. R-DCA-320-2007 de las nueve horas del seis de agosto del dos mil siete). Como puede apreciarse, la visita al sitio de las obras es un requisito cuyo cumplimiento se ha relativizado, en la medida que pueda ser asumido bajo cuenta y riesgo del oferente. Es cierto que la visita al sitio puede arrojar mayor claridad a los oferentes de las condiciones en que será ejecutada la contratación, pero en modo alguno esto impide que los oferentes asuman el riesgo de cotizar en tales condiciones pues en ningún momento se

eximen del debido cumplimiento de la contratación. No podría entonces un oferente, luego pretender que se desconozcan incumplimientos de plazo o de especificaciones del objeto bajo el argumento de que no realizó la visita oportunamente y se le permitió cotizar en tales condiciones. Adicionalmente, se desprende de la resolución que en aplicación del principio de eficiencia debe permitirse como regla general, la participación sin la incorporación de este tipo de cláusulas que castigan con la exclusión al oferente que no realice la visita al sitio. Desde luego, bien podría acontecer que en un caso de excepción a esa regla exista una justificación de parte de la Administración, en donde claramente la no realización de esta visita podría resultar lesivo al interés público, pero lo cierto es que eso dependerá de cada caso en concreto y de la lectura de la propia Administración, lo cual en todo caso no ha sido demostrado en este procedimiento. En el caso bajo análisis se tiene que, ni la Administración licitante, ni la adjudicataria han demostrado la trascendencia o relevancia del incumplimiento mencionado, ni se ha acreditado tampoco la incidencia práctica que tendría el incumplimiento achacado por parte de la Administración a la empresa apelante. De esa forma, es criterio de este órgano contralor que el no haber realizado la visita al sitio donde se debe prestar el servicio en la fecha y hora programada, no tiene mayor trascendencia o incidencia práctica dentro de esta licitación tomando en consideración que el oferente asume bajo su riesgo propio el cotizar para el proyecto, en virtud de lo anterior la exclusión de la oferta de la empresa apelante por ese aspecto resulta improcedente. Por lo demás, de los argumentos y la prueba aportada por la empresa apelante, se desprende que ya se realizó la respectiva visita al lugar, con lo cual adicionalmente también se habría cumplido el requisito, aun y cuando su incumplimiento no ameritaba la exclusión. En razón de todo lo expuesto, lo procedente es declarar con lugar el este alegato del recurso interpuesto.(...)” En el caso bajo análisis, la apelante ha manifestado “...que se inspeccionó y examinó el sitio de obras y los alrededores del proyecto al que se refiere el presente concurso, que conozco los alcances de la licitación y que he valorado minuciosamente las condiciones de sitio que afectaran las obras, que ofrezco ejecutar y que tales consideraciones han sido tomadas en cuenta, tanto en la propuesta técnica, como económica que someto a su consideración. / Asimismo, hago constar que he revisado los antecedentes de la contratación y que comprendo el tipo de proyecto a realizar.” (hecho probado 6), por ello, pese a que la Administración no justificó que fuese indispensable la visita guiada, la apelante manifiesta que conoce el sitio donde se desarrollarán las eventuales obras, y por ello en realidad se da por cumplido el requisito que la Administración y el adjudicatario echan de menos, ello con independencia de la expresa disposición cartelaria en ese sentido, que como se ha venido indicando, no posee la fuerza suficiente para excluir una oferta por ese motivo, antes bien se

acredita, que la apelante conoce el sitio de las obras, lo cual tampoco ha sido desvirtuado por la Administración. En consecuencia, lo procedente es **declarar sin lugar** este argumento en contrato de la oferta apelante. **2) Sobre la fecha de los timbres municipales:** La Administración señala que los timbres municipales que aporta la apelante son de fecha 14 de octubre de 2015. La apelante no efectuó ninguna manifestación dentro del plazo otorgado para ejercer su defensa respecto de este argumento de la Administración. **Criterio de la División:** La Administración no efectúa ningún análisis que justifique por qué la fecha de los timbres debe considerarse como un incumplimiento. A folio 68 del expediente administrativo aparece constancia de pago de timbres de las 9:37:33 horas del 14 de octubre de 2015, donde son pagados ₡1.000,00 en timbres, directamente en cajas de la Municipalidad de Los Chiles, según requerimiento del cartel en su cláusula 2 (ver folio 32 del expediente administrativo). Sin embargo como se indicó, no existe fundamentación alguna de la Administración para establecer en donde es que radica el vicio en la oferta, motivo por el cual ante esta deficiencia, procede **declarar sin lugar** el argumento en este extremo. **3) Sobre la supuesta presentación de la oferta de la apelante por correo electrónico:** La Administración señala como un supuesto incumplimiento de la apelante, que su oferta fue presentada por correo electrónico. La apelante no efectuó ninguna manifestación dentro del plazo otorgado para ejercer su defensa respecto de este argumento de la Administración. **Criterio de la División:** La Administración no demuestra que la oferta del oferente haya sido presentada por correo electrónico. Más bien al contrario, el expediente administrativo remitido por la Municipalidad de Los Chiles contradice dicho argumento, ya que la oferta de la apelante corre de folio 63 a folio 104, en original y con algunos folios en fotocopia. Siendo imposible constatar este alegato de la Administración, lo procedente es **declarar sin lugar** este supuesto incumplimiento en la oferta de la apelante. **4) Sobre la no indicación de la fuente de material:** La Administración señala sucintamente, que el apelante no aporta la fuente de material. La apelante no efectuó ninguna manifestación dentro del plazo otorgado para ejercer su defensa respecto de este argumento de la Administración. **Criterio de la División:** A folio 83 del expediente administrativo es visible declaración del apelante donde indica que tomará el material del “Tajo La Tiburcia, Muelle San Carlos”, con lo cual se observa cumplido el señalamiento que hace la Administración sin embargo, la información referente a la vigencia de la concesión y la posibilidad de extraer

material directamente o por un tercero no fue completada, pese a requerirlo de esa forma el cartel de la contratación. Ante lo anterior, según se expuso en el resultando sexto, le fue solicitado al apelante informar sobre el acceso efectivo a la fuente de material, y clarificar así la legitimación del apelante; ante lo cual la apelante informó (ver hecho probado 7) que la Concesión en Cauce de Dominio Público denominada Río Caño Mojahuevos, a favor de Finca La Tiburcia, S.A., representada por Víctor Manuel Chavarría Kopper, registrada con el expediente administrativo 11-2006 ante el Registro Nacional Minero de la Dirección de Geología y Minas, fue otorgada mediante resolución No. R-218-2008-MINAE de las 13:15 horas del 22 de abril de 2008 por un período de cuatro años, prorrogada por resolución No. 545-2012-MINAE de las 12:05 horas del 26 de octubre de 2012 por un plazo de cinco años (ver folio 143 del expediente de apelación), aportando además la apelante nota de fecha 1° de diciembre de 2015 firmada por el representante de la sociedad titular de la concesión referida, donde indica que en caso de que la apelante resultase adjudicataria de la licitación pública 2015LA-000012-01, se compromete a poner a disposición los materiales provenientes de la referida concesión para ejecutar la licitación (ver folio 144 del expediente de apelación). De conformidad con lo expuesto, la apelante ha demostrado que cumple con lo requerido en el cartel en cuanto a la fuente de materiales, y en consecuencia lo procedente es **declarar sin lugar** este supuesto incumplimiento en la oferta de la apelante. Así las cosas, teniendo como elegible a la firma apelante, procede entonces entrar a conocer el argumento de fondo de su recurso, lo cual será realizado en el apartado siguiente.-----

III) SOBRE EL FONDO DEL RECURSO DE APELACIÓN: 1) Sobre los incumplimientos de la oferta del adjudicatario: La sociedad apelante en el punto cuarto de su recurso de apelación alega cuatro incumplimientos en la oferta del adjudicatario, que en su criterio son razones suficientes para que en etapa de evaluación tuviese que haber sido rechazada y en consecuencia no adjudicada. Los incumplimientos alegados por el apelante respecto de la oferta del adjudicatario son los siguientes: **a) Ausencia de certificaciones:** La apelante señala que el adjudicatario no aportó las certificaciones literales de la maquinaria a utilizar en la obra, tal como lo solicita el punto 4.4 del cartel. La Administración señala que se trata de un aspecto subsanable de conformidad con el artículo 81 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. El adjudicatario no hizo referencia a este alegado incumplimiento por parte del

apelante, al contestar la audiencia inicial. **Criterio de la División:** El cartel dispone en la referida cláusula 4.4 lo siguiente: «*Certificación literal del registro de la propiedad de toda la maquinaria a utilizar en el trabajo, firmada y sellada por una persona autorizada, y con todos los timbres de ley.*» Es posible constatar en la oferta del adjudicatario que corre del folio 105 al folio 138 del expediente administrativo, que dichas certificaciones requeridas por el cartel no han sido aportadas. Por su parte, el artículo 81, inciso i, del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa dispone que “*Serán subsanables, entre otros elementos, los siguientes: / [...] / i) Los documentos necesarios para probar la veracidad de hechos acaecidos antes de la apertura de ofertas y que estén referenciados de forma completa en la oferta....*”. No obstante lo anterior, la posibilidad de subsanación de esta omisión por parte del adjudicatario ha precluido, quien pudo haberlas presentado en el momento en que contestó la audiencia inicial, lo cual no hizo. En consecuencia, la oferta del adjudicatario no cumple técnicamente, procediendo **declarar con lugar** este alegato del recurso. **b) No aporte de declaraciones juradas para subcontratistas:** **La apelante** alega que el adjudicatario no aportó en su oferta las declaraciones juradas exigidas por los puntos 5.5 y 5.6 del Cartel, respecto de los subcontratistas. **La Administración** señala que se trata de un aspecto subsanable de conformidad con el artículo 81 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. **El adjudicatario** no hizo referencia a este alegado incumplimiento por parte del apelante, al contestar la audiencia inicial. **Criterio de la División:** El cartel dispone en las referidas cláusulas lo siguiente: “**5.5 Declaración jurada de que al oferente y los subcontratistas –en caso de existir– no se les ha aplicado sanción de inhabilitación de conformidad con el artículo No. 100 de la Ley de Contratación Administrativa**”, “**5.6 Declaración jurada de que el oferente y los subcontratistas –en caso de existir– no están asociados, ni lo han estado en el pasado, directa o indirectamente a ningún consultor u otro organismo que haya participado en la preparación de los documentos de esta licitación o que haya sido propuesto como parte del contrato.**”, siendo estas declaraciones juradas para los subcontratistas requeridas por el artículo 149 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Ahora bien, es posible constatar en la oferta del adjudicatario que corre del folio 105 al folio 138 del expediente administrativo, que dichas declaraciones juradas requeridas por el cartel no han sido aportadas. Por su parte, el artículo 81, inciso a, del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa dispone que “*Serán subsanables, entre otros elementos, los*

siguientes: / a) Los aspectos formales, tales como [...] declaraciones juradas...". En este orden de ideas, sin perjuicio del resultado del análisis de otro de los incumplimientos que se verán, atribuidos al adjudicatario, queda claro que este al contestar la audiencia inicial, no hizo referencia al porqué no fueron aportadas las declaraciones juradas para subcontratistas, pese a que al completar el formulario No. 8 denominado *"Maquinaria y Equipo a incorporar en el Proyecto"*, señaló que alquilaría cierta cantidad de maquinaria (folios 128 y 129 del expediente administrativo), referida como subarriendo en la cláusula 6 (bis) del cartel al disponer que *"En caso de darse una sub-contratación de maquinaria, se deberá actuar de acuerdo al artículo 69 del reglamento de contratación administrativa."* No obstante lo anterior, la posibilidad de subsanación de esta omisión por parte del adjudicatario ha precluido, quien pudo haberlas presentado en el momento en que contestó la audiencia inicial, lo cual no hizo. En consecuencia, la oferta del adjudicatario no cumple con el requisito, procediendo **declarar con lugar** este alegato del recurso. **c) No inscripción del adjudicatario en el CFIA:** La apelante manifiesta que de conformidad con la cláusula 4.9 del cartel, el adjudicatario debe estar inscrito en el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos, y no ha sido aportada certificación del referido Colegio mediante la cual se acredite que Carlos Luis Hidalgo Ramírez está registrado. La Administración señala que se trata de un aspecto subsanable de conformidad con el artículo 81 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. El adjudicatario no hizo referencia a este alegato incumplimiento por parte del apelante, al contestar la audiencia inicial. **Criterio de la División:** El cartel dispone en las cláusulas 4.8 y 4.9 lo siguiente: **"4.8 Certificación del CFIA del Ingeniero Responsable de la Obra, extendida el presente año."**, **"4.9 Certificación del CFIA que acredite que la empresa está registrada, extendida el presente año."** (ver folio 34 del expediente administrativo). Al respecto, es posible constatar en la oferta del adjudicatario que corre del folio 105 al folio 138 del expediente administrativo, que la certificación referente a la empresa constructora no ha sido aportada; no obstante dentro de la oferta del adjudicatario sí aparece la certificación No. 2015-021167-M de 7 de diciembre de 2007, donde se informa que el ingeniero civil José David Quirós Murillo, cédula de identidad 2-0554-0876, está inscrito, que es el ingeniero a cargo de la obra según lo informó el adjudicatario (ver folios 125 y 126 del expediente administrativo), pero esta certificación responde al requerimiento de la cláusula 4.8 del cartel, únicamente. Por su parte, el artículo 81, inciso i, del

Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa dispone que “Serán subsanables, entre otros elementos, los siguientes: / [...] / i) Los documentos necesarios para probar la veracidad de hechos acaecidos antes de la apertura de ofertas y que estén referenciados de forma completa en la oferta...” No obstante lo anterior, la posibilidad de subsanación de esta omisión por parte del adjudicatario ha precluido, quien pudo haber presentado la certificación en el momento en que contestó la audiencia inicial, lo cual no hizo o bien, exponiendo las razones por las cuales no sería requerida en su criterio, la incorporación al CFIA. En consecuencia, la oferta del adjudicatario no cumple técnicamente, procediendo **declarar con lugar** este alegato del recurso. **d) Subarriendo superior al legalmente permitido:** La apelante manifiesta que el adjudicatario con su oferta violenta el artículo 69 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, puesto que supera el 50% del subarriendo permitido, al estar subarrendando un 75% de la maquinaria a utilizar en la ejecución del proyecto. La Administración señala que se trata de un aspecto subsanable de conformidad con el artículo 81 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. El adjudicatario no hizo referencia a este alegado incumplimiento por parte del apelante, al contestar la audiencia inicial. **Criterio de la División:** El cartel dispone en la cláusula 6 (bis) que “En caso de darse una sub-contratación de maquinaria, se deberá actuar de acuerdo al artículo 69 del reglamento de contratación administrativa.” (ver folio 37 del expediente administrativo), e incorpora un modelo de formulario a completar por los eventuales oferentes denominado “Formulario N° 8 Maquinaria y Equipo a incorporar en el Proyecto”, en el cual es solicitado aclarar si la maquinaria es “propia” o “a alquilar” (ver folio 52 del expediente administrativo). El adjudicatario en su oferta manifestó: “6.4 Aspectos de Subcontratación / Hago de mi conocimiento este punto.” (ver folio 107 del expediente administrativo), y aportó el formulario No. 8 referido en el cual identifica cuál maquinaria le es propia y cual alquilada (ver folios 128 y 129 del expediente administrativo). El adjudicatario enlista trece (13) equipos, entre vagonetas, niveladora, back hoe, tanque de agua y compactadora, de los cuales señala que dos son de su propiedad, y once son “a alquilar”, lo cual representa un 84.61% de maquinaria que no le es propia. Por su parte el artículo 69 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa establece que: “El oferente podrá subcontratar hasta en un 50% del monto adjudicado, salvo que la Administración autorice un monto mayor.... / Junto con la propuesta se aportará un listado de las empresas subcontratadas. En ese detalle, se indicarán los nombres

de todas las empresas con las cuales se va a subcontratar, incluyendo su porcentaje de participación en el costo total de la oferta y se aportará una certificación de los titulares del capital social y de los representantes legales de aquellas. / No se considera subcontratación, la adquisición de suministros, aún cuando éstos conlleven su propia instalación, ni tampoco los compromisos asumidos por cada uno de los participantes consorciados.” En términos similares, el artículo 62 de la Ley de Contratación Administrativa dispone que *“El contratista no podrá subcontratar por más de un cincuenta por ciento (50%) del total de la obra, salvo autorización previa y expresa de la administración, cuando a juicio de esta última circunstancias muy calificadas así lo justifiquen. [...] Asimismo, los subcontratistas estarán sujetos a lo dispuesto en el artículo 22 bis de esta Ley.”* El requerimiento que efectúa la Administración a los potenciales oferentes de puntualizar si la maquinaria le es propia o no, se enmarca en la disposición del artículo 58 de la Ley de Contratación Administrativa, que denomina subcontratación al uso de maquinaria no propia; norma que se ve reforzada por lo dispuesto en el artículo 100, inciso e, de la Ley de Contratación Administrativa, el cual sanciona el uso de maquinaria de subcontratistas no enlistados según los requerimientos permisibles de la subcontratación; constituyendo una sanción que procede tanto si la figura es la subcontratación o una mera contratación. El artículo 58 de la ley referida, citado previamente, dispone que *“Las empresas participantes en licitaciones de obra pública que deban subcontratar obras, maquinaria, equipo o materiales presentarán junto con la oferta, únicamente para calificar, un listado de subcontratación. En él, se indicarán los nombres de todas las empresas con las cuales se va a subcontratar; además, se aportará una certificación de los titulares del capital social y de los representantes legales de las empresas.”* En este caso ha quedado debidamente acreditado que el adjudicatario pretende la subcontratación de maquinaria en más del 50%, sin embargo, resulta imposible determinar qué porcentaje del valor de la obra representa esa subcontratación de maquinaria del 84.61%, puesto que el adjudicatario incumplió en su oferta informar el porcentaje de participación de dichos subcontratistas en el costo total de la oferta, según lo requiere el artículo 69 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, transcrito más atrás. Sin embargo, este incumplimiento del adjudicatario no resulta meramente formalista, ya que de conformidad con los trabajos descritos en el capítulo II del cartel, las obras a ejecutar conllevan la utilización de maquinaria en gran medida, al disponerse lo siguiente: *“En términos*

generales el mejoramiento de los caminos comprende las siguientes etapas: / 1. Construcción y/o limpieza y conformación de los desagües laterales o cunetas, así como los canales de entrada / salida de las alcantarillas, de tal forma que se permita la evacuación lateral de las aguas pluviales en forma natural. Aplica CR-2010 para canales y zanjas. En el caso de la conformación de los desagües laterales o cunetas se deberán conformar paralelas a la superficie de ruedo, debiendo quedar con la sección y profundidad requeridas, todo material blando e inadecuado deberá ser retirado, la superficie deberá quedar lisa, compactada y firme. En esta etapa el contratista deberá aportar como mínimo niveladora, back hoe y vagoneta. / 2. Acarreo, colocación, conformación y compactación de material de calidad uniforme proveniente de tajos o ríos (material quebrado de 3 pulgadas), aprobado para bacheo mecanizado de la rasante de acuerdo con las especificaciones técnicas definidas en el presente cartel. El material será colocado en los sitios donde se requiera adicionar material para dejar la rasante en perfecto estado acorde con las secciones típicas mostradas. / [...]". El adjudicatario no ofreció ante esta sede la información que debió aportar desde la presentación de la oferta (listado de subcontratistas y su participación porcentual en el valor de la obra), por ello si bien resulta imposible determinar qué porcentaje del valor del contrato queda abarcado por la subcontratación de maquinaria, se da un incumplimiento del adjudicatario por no subsanar como correspondía esa obligación, lo cual implica que la oferta adjudicada no resulte elegible.

2) Sobre la adjudicación de una oferta con puntaje inferior: La apelante manifiesta que la Administración adjudicó el objeto de la presente licitación a una oferta menos ventajosa para el interés público, y con una calificación menor a la del recurrente; que es obligación de la Administración adjudicar de conformidad con la metodología de valuación incluida en el cartel, en específico el punto 12 del Capítulo I, lo cual no hizo, puesto que el apelante obtuvo una calificación del 100%, en tanto que el adjudicatario obtuvo un 97.94%; que se violentaron los artículos 83, 84, y 86 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa; que el Concejo Municipal adjudicó en el adjudicatario, sin tomar en consideración el oficio emitido por el Departamento de Proveeduría de la Municipalidad, No. DP-126-2015 que señalaba las calificaciones de los únicos dos oferentes, que lo son el apelante y el adjudicatario; que el precio ofertado por el apelante fue de ₡45.728.160,00, menor que el precio ofertado por el adjudicatario, que fue de ₡46.862.230,00; que la Administración no valoró de forma objetiva las

ofertas presentadas, adjudicando en contra del principio de legalidad regulado en el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública y del 136 del mismo cuerpo legal al no motivar, justificar ni fundamentar la adjudicación adoptada, indicando además, que su oferta cuenta con total aptitud para resultar adjudicataria, que no existieron prevenciones de subsanación de ningún tipo; y por tanto solicita se revoque el acto de adjudicación acordado por el Concejo Municipal, y que la licitación se adjudique a la apelante. **La Administración** señala que el Concejo adjudicó conforme a un informe de la Comisión de Hacendarios de 11 de diciembre de 2015, y con base en la información que consta en Libro de Licitaciones No. 2, folios 165 y 166, donde se denotan los incumplimientos del apelante, y por tanto su oferta no era la más ventajosa para la Municipalidad, que la oferta del adjudicatario sí resultó la más apta porque este oferente conocía las condiciones y requerimientos del camino; que no entienden por qué la apelante obtuvo la calificación más alta si no cumplió con la visita al sitio de las obras; que el acuerdo del Concejo municipal, como órgano deliberativo, se adoptó por mayoría de votos de forma objetiva, y quedó definitivamente aprobado; en consecuencia, solicita se declare sin lugar el recurso de apelación interpuesto y que se ratifique el acto de adjudicación. **El adjudicatario** señala que la no visita al sitio por parte del apelante descalificó su oferta, la cual no cumple con las condiciones legales o técnicas; que la oferta del adjudicatario cotizó un precio razonable de conformidad con el mercado, y que no se ha aventurado a ofrecer un precio ruinoso o excesivo; por lo cual solicita que se rechace el recurso de apelación interpuesto y ratificar el acto de adjudicación. **Criterio de la División:** El cartel de la presente licitación dispone en la cláusula “12. Metodología de evaluación”, acápite ‘Adjudicación’ que *“Al sumar los porcentajes anteriores, la oferta que obtenga la mayor calificación será la adjudicataria...”*, en tanto que de conformidad con la evaluación de ofertas efectuada por la Proveeduría de la Municipalidad (ver hecho probado 3), la apelante obtuvo la mejor puntuación, 100 puntos, superior al puntaje obtenido por el adjudicatario, que fue de 97.94 puntos, de conformidad con las ofertas efectuadas por cada uno de los oferentes, donde la del apelante ofreció un precio inferior (ver hechos probados 1 y 2), factor de evaluación al cual le correspondía un 85% del total de los puntos; en tanto que en plazo de ejecución ambos oferentes obtuvieron igual puntaje del 15%. En la cláusula 12 del cartel, punto denominado “Factores de Evaluación”, acápite “a) Precio”, se indica que “Para determinar el puntaje correspondiente en el factor precio se aplicará la

siguiente fórmula: / Porcentaje obtenido (Precio menor ofertado [dividido entre] Precio ofrecido por la oferta a calificar) x85”; operación que aplicada por el Departamento de Proveduría arrojó como resultado el resultado de un 100% para la apelante según el respectivo informe (ver hecho probado 3). Ahora bien, el informe de la Comisión de Hacienda y Presupuesto, referido en el hecho probado 4, no explicó siquiera someramente por qué adjudicó en la oferta que obtuvo el menor puntaje, limitándose a indicar que la oferta del adjudicatario “se ajusta al presupuesto asignado”, pese a que en el mismo informe se indican los montos de ambas ofertas y la de Carlos Hidalgo Ramírez presenta precio superior. Dicho informe recomendó al Concejo Municipal la adjudicación ahora impugnada, sin embargo, no tomó en consideración la metodología de evaluación incluida en el cartel; y además, al momento de apartarse de ese resultado técnico, la Municipalidad no motiva las razones, únicamente decide adjudicar al señor Hidalgo Ramírez sin mayor explicación, actuación que desde es contraria a ese deber intrínseco de los servidores públicos de motivar sus actos, afectándose con ello principios de transparencia, seguridad jurídica y probidad, ello sin dejar de lado el hecho, la claridad del resultado de la evaluación una vez corrido el sistema de calificación de ofertas. Por otra parte, si la Administración consideró que la oferta de la apelante contenía incumplimientos que obligaban su exclusión del concurso en fase de evaluación, pues debió establecerlo de esa forma en el respectivo informe técnico, pero no someterla a la metodología de evaluación, pues a esta etapa se someten las ofertas que han cumplido técnica, legal y financieramente. Por su parte, el acto de adjudicación (hecho probado 5) se limitó a adoptar la recomendación efectuada por la Comisión de Hacienda y Presupuesto, sin entrar a determinar si dicha recomendación se ajustaba al mérito del expediente, ya que el Concejo tuvo a la vista el informe de Proveduría, incluido en el expediente administrativo, donde claramente indicaba que la mayor calificación la obtuvo otra empresa diferente a la recomendada por la Comisión referida, de modo que el acto de adjudicación debió apegarse, necesariamente, a lo dispuesto en el cartel, y en caso de considerar que la oferta ganadora no convenía a los intereses públicos pues generar entonces una declaratoria de desierto debidamente motivada también. La Administración, en específico el Concejo Municipal de la Municipalidad de Los Chiles, en forma alguna ha justificado su decisión para separarse de lo dispuesto en el cartel, no bastando con basarse en un informe de una comisión interna del mismo Concejo, la que tampoco ha justificado su recomendación. Así las

cosas, y ante la ausencia de motivación del acto del Concejo, que incluso ha desconocido el resultado de su propio sistema de evaluación, lo procedente es declarar con lugar el recurso de apelación presentado, a efecto que la Administración reconozca la evaluación asignada a la firma apelante, considerando el hecho que los incumplimientos atribuidos en esta sede a dicha empresa han sido declarados sin lugar, debiendo entonces la Administración proceder al dictado de un nuevo acto de adjudicación en apego de las disposiciones cartelarias, teniendo en consideración lo señalado en la presente resolución.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política; 85 y 89 de la Ley de Contratación Administrativa; 174, 178 y 182, del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se resuelve: **1) Declarar con lugar el recurso de apelación** interpuesto por la empresa **Constructora Caramo, S.A.** en contra del acto de adjudicación de la **Licitación Abreviada 2015LA-000012-01**, promovida por la Municipalidad de Los Chiles, para “Mantenimientos rutinario camino 2-14-210 EN36 Cuatro Esquinas / FCFCA Finca El Refugio y camino 2-14-213 EC36 Punta Cortés EC210 FCA El Refugio.”, recaído a favor del señor Carlos Hidalgo Ramírez, por un monto de **¢46.862.230,00**. (cuarenta y seis millones ochocientos sesenta y dos mil doscientos treinta 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. -----

NOTIFIQUESE.-----

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Estudio y redacción: Rolando Brenes Vindas.
RBV/yhg

NN: 03015 (DCA-0562-2016)

NI: 513, 514, 515, 603, 1143, 1523, 2185, 2232, 2303, 2474, 2562, 2579, 2715, 3549, 3554, 3697, 3999, 4192, 4195, 4584, 4844.

Ci: Archivo central

G: 2016000570-2