

R-DCA-208-2016

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las quince horas con veinticuatro del cuatro de marzo de dos mil dieciséis.-----

Recursos de objeción interpuestos por **Vallas y Gigantografías de Costa Rica S.A, y EQUIPAMIENTOS URBANOS DE COSTA RICA S.A.**, en contra las modificaciones del cartel de la **Licitación Pública No. 2015LN-000003-99999**, promovida por la **MUNICIPALIDAD DE SAN JOSÉ** para el “Suministro, Instalación y Mantenimiento de Parabuses, Mupis y Basureros y Explotación Comercial de Espacios Publicitarios e Informativos por diez años”.-----

RESULTANDO

I. Que las empresas **VALLAS Y GIGANTOGRAFÍAS DE COSTA RICA S.A., y EQUIPAMIENTOS URBANOS DE COSTA RICA S.A.**, el diecinueve de febrero de dos mil dieciséis, interpusieron ante esta Contraloría General, recursos de objeción en contra las modificaciones del referido cartel de licitación.-----

II. Que mediante auto de las diez horas del veintitrés de febrero de dos mil dieciséis, esta División confirió audiencia especial a la Administración licitante para que se refiriera a los recursos interpuestos y para que remitiera a su vez, copia consolidada del cartel de la contratación. En el plazo conferido, la Administración contestó la audiencia especial mediante oficio RMS-0386 presentado el día 26 de febrero de 2016, respectivamente.-----

III. Que mediante documento presentado el día veintitrés de febrero de 2016, **EQUIPAMIENTOS URBANOS DE COSTA RICA S.A.**, presentó adición a los argumentos expuestos en su recurso presentado el día diecinueve de febrero de 2016.-----

IV. Que mediante auto de las catorce horas treinta minutos del veintitrés de febrero de dos mil dieciséis se le otorgó audiencia especial a la administración licitante para que se refiriera a la ampliación del recurso que realizó **EQUIPAMIENTOS URBANOS DE COSTA RICA**. Requerimiento que fue atendido por oficio RMS-0386 presentado el día 26 de febrero de 2016 --

V. Que en el procedimiento se han observado las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes.-----

CONSIDERANDO

I. Sobre el fondo de los recursos. i) Sobre el recurso de Vallas y Gigantografías de Costa Rica S.A. 1) Sobre elementos de consideración que forman parte fundamental del objeto contractual que de no modificarse podrían en riesgo la ejecución. a) En cuanto al alcance y monto del canon. La objetante indica que el alcance de la contratación ha sido reducido a

100 muebles, siendo explotables comercialmente 90 de ellos, reducción que afecta la sostenibilidad económica del cartel, por cuanto los estudios realizados por la Administración, se llevaron a cabo en una base de existencia de 400 muebles, tomando como posibilidad de explotación 360 de estos y no solo 90 como indican ahora. Señala que la situación indicada es perjudicial, por cuanto ya en el monto de \$648 estipulados en el cartel inicial, con la variación del alcance en la licitación y la considerable inversión económica que debe realizarse en los muebles a instalar, la sostenibilidad financiera de dicho contrato se pone en riesgo y el monto se convierte en una suma ruinosa para cualquier interesado, situación que limita la participación, ahora incrementando dicho monto a \$1.530.00 por lo que la lesión es aún mayor. Manifiesta que el precio estipulado de \$648.00 por cada mueble como canon anual a pagar a la Administración, fue cuantificado y establecido en virtud de la existencia de un cartel que consignaba como alcance la colocación de 360 muebles comerciales, teniendo en cuenta que se trata de una actividad de economía a escala, es indispensable que la variación en el alcance debe afectar consecuentemente la fórmula y parámetros de cálculo utilizados por la Administración en el establecimiento del canon; sin embargo, la Administración en violación al principio de publicidad, ha realizado un aumento a este monto de aproximadamente 263%, lo cual incrementa el canon anual a un monto de \$1530.00. Considera que hay que tener en cuenta que este aumento es exorbitante y antojadizo, pues la administración no tiene estudios que lo justifiquen, y atenta la sostenibilidad económica de la contratación y además tal modificación no fue publicada, haciendo caso omiso a la directriz citada por la Contraloría General de la República en la resolución R-DCA-077-2016. **La Administración** indica que se rechazan los argumentos ya que no corresponden a las modificaciones publicadas el 17 de febrero de 2016. Los argumentos sobre el alcance de la contratación es una etapa precluida, por otra parte, el canon no ha sido modificado a \$1530 como lo indica el recurrente, el monto del canon se ha mantenido en la suma de \$648. **Criterio de la División:** En primer término, este órgano contralor considera importante indicar que el pliego de condiciones aportado junto al oficio RMS-2416 el día 13 de octubre de 2015, indicó "(...) *Precio Unitario Anual, definido como el precio que pagará el Contratista anualmente, durante el plazo del contrato (10 años), por cada pareja de mupi-escampadero suministrado e instalado. La Administración ha definido el Precio Unitario Anual en el monto mínimo de \$648,00 (...)* 17. Multas. 17.1 Cuando la Administración determine que el Contratista ha incumplido con la obligación de realizar lo indicado en el punto "Mantenimiento Correctivo" del mobiliario urbano en el plazo de cinco días hábiles que se encuentra establecido a esos efectos, se aplicará una

Multa de ₡100.000,00 colones por cada día natural de retraso de acuerdo con los reportes o faltas que sobre el particular emita el órgano supervisor del contrato (...)" (Folios 182 y 187 del expediente de objeción que culminó con la resolución R-DCA-838-2015). Posteriormente, para la segunda ronda de objeciones, la Administración mediante oficio RMS-0083 del 19 de enero de 2016, remitió la versión actualizada del pliego de condiciones, tal y como se exige al momento de otorgar audiencia especial a la misma. Ahora bien, en dicho pliego de condiciones se observa la siguiente indicación: "(...) Precio Unitario Anual, definido como el precio que pagará el Contratista anualmente durante el plazo del contrato (10 años), por cada pareja de mupi- escampadero suministrado e instalado. La Administración ha definido el Precio Unitario Anual en el monto mínimo de \$1.530.(...) (...) 17. Multas. 17.1 Cuando la Administración determine que el Contratista ha incumplido con la obligación de realizar lo indicado en el punto "Mantenimiento Correctivo" del mobiliario urbano en el plazo de cinco días hábiles que se encuentra establecido a esos efectos, se aplicará una Multa de ₡250.000,00 colones por cada día natural de retraso de acuerdo con los reportes o faltas que sobre el particular emita el órgano supervisor del contrato (...)" (Folios 276 y 280 del expediente de objeción que culminó con la resolución R-DCA-077-2016). En la actualidad, al remitir el pliego de condiciones mediante oficio RMS-0386 del 25 de febrero de 2016 se observa que el actual cartel indica: "(...) Precio Unitario Anual, definido como el precio que pagará el Contratista anualmente, durante el plazo del contrato (10 años), por cada pareja de mupi-escampadero suministrado e instalado. La Administración ha definido el Precio Unitario Anual en el monto mínimo de \$648,00 (...)(...) 17. Multas. 17.1 Cuando la Administración determine que el Contratista ha incumplido con la obligación de realizar lo indicado en el punto "Mantenimiento Correctivo" del mobiliario urbano en el plazo de cinco días hábiles que se encuentra establecido a esos efectos, se aplicará una Multa de ₡100.000,00 colones por cada día natural de retraso de acuerdo con los reportes o faltas que sobre el particular emita el órgano supervisor del contrato (...)" (Folios 133 y 137 del expediente de objeción actual). Así pues, de todo lo anteriormente dicho puede concluirse que a pesar de lo dicho por la Administración, sí han existido modificaciones al pliego de condiciones en los apartados del precio unitario a pagar y de las multas, o al menos esto se desprende de la información que la propia Municipalidad de San José aportó al contestar las audiencias especiales otorgadas al efecto. Esta información es sobre la cual este órgano contralor resuelve los recursos de objeción y por ende, asume que la Administración de manera diligente ha enviado la última versión del pliego de condiciones, siendo esta base sobre la cual esta División resuelve los recursos de objeción interpuestos. Asimismo, en la anterior ronda de objeciones se había notado que estas modificaciones no habían sido objeto de publicación y ahora, nuevamente se observa que la Administración

licitante ha procedido a modificar el pliego de condiciones en ese extremo. Ante lo expuesto, queda claro que la Administración ha generado un manejo desordenado, poco claro y negligente en punto a la forma de brindar publicidad a las modificaciones cartelarias, razón por la cual la Administración deberá brindar la debida publicidad a las modificaciones cartelarias respectivas, prorrogando en lo correspondiente el respectivo plazo para recibir ofertas. Ahora bien, no comprende este Despacho las razones que técnicamente posee la Administración para estar variando según cada ronda de objeción el monto del canon, pues en un primer momento se define en \$648,00 luego se pasa a \$1.500,00 y finalmente de nuevo se recurre al monto de \$648,00 sin tenerse precisión de cuáles factores inciden en estos bruscos cambios. Debe tener presente esa Municipalidad, que si los cambios obedecieran a la cantidad mupis que deben intervenir, deberá entonces contar con el respectivo estudio técnico incorporado en el expediente que justifique la determinación del precio a cobrar por canon en función de la cantidad de mupis a otorgar, motivo por el cual deberá establecer con claridad estos informes para la debida consulta de los eventuales proveedores. Ahora bien, entrando a analizar los argumentos esgrimidos por la objetante, se tiene que desde la anterior ronda de objeciones, el pliego de condiciones había sido modificado de forma tal que se reducía la cantidad de mobiliario urbano a contratar y a su vez, estas modificaciones fueron publicadas en la Gaceta 245 del 17 de febrero de 2016 (Folio 251 del expediente de objeción anterior que culminó con la resolución R-DCA-077-2016) y por ende, se trata de un tema que se encuentra precluido, debiendo ser alegado por la recurrente en el momento procesal oportuno y no en el presente estadio procesal y por ende, este punto de su recurso debe **rechazarse de plano**. Sin perjuicio del rechazo anterior, esta Contraloría General de la República considera importante indicar que en la resolución R-DCA-838-2015, se le había indicado a la Administración que debía incorporar al expediente administrativo los estudios que justificaran el monto del canon en cuestión, obligación que se le reitera nuevamente como ya fue indicado, pudiendo existir responsabilidad administrativa si dicha disposición no es atendida. No obstante, antes de incluir dicho estudio y tal y como se indicó anteriormente, deberá definirse un monto para el canon, darle la publicidad respectiva y posteriormente incluir los estudios de mérito que justifiquen el monto en cuestión, y en caso de no contar con los mismos, la Administración deberá realizarlos, todo en estricta concordancia con el monto que se defina como canon. **b) En cuanto a las multas.** La objetante indica que la misma situación descrita en el primer punto se da en relación a las

multas establecidas en el cartel, pues las misas han sido aumentadas de oficio por parte de la Administración, sin que medie la publicación debida para el conocimiento de las partes interesadas, lo que pone a los posibles oferentes en una situación de inseguridad jurídica, no teniendo claridad sobre cuál es el monto que la Administración espera se basen las ofertas, incumpliendo de esta manera el principio básico de publicidad, incluso la Municipalidad hace caso omiso a la instrucción dada por la Contraloría General de la República, de la obligación que tenía de aclarar y publicar cuáles serán los montos a considerar por parte de los oferentes a la hora de presentar sus respectivas ofertas. **La Administración** argumenta que las multas no han sido modificadas, no se ha dado publicidad porque no han sufrido variación, que el cartel incluido en el Sistema Compra Red una vez publicado en la Gaceta la invitación a participar establece claramente que el monto es de \$648,00. Indica además que el primer recurso de objeción presentado por esta empresa en contra de dicho cartel, impugna el monto de \$648,00 información que es pública y notaria y que consta en el expediente de objeción en Contraloría General, condición que para esta Administración se encuentra firme y sin posibilidad de ser recurrida por encontrarse precluida dicha etapa y que lo que pretende la recurrente es que mediante este recurso y otra gestión realizada ante la Administración, se publique nuevamente el monto, situación que como dijimos, no resulta procedente ni necesaria, lo que pretende la recurrente abriría nuevamente la posibilidad de que se objete una condición que se encuentra firme y que esta Municipalidad no pretende modificar. **Criterio de la División:** Tal y como se indicó en el punto anterior, de la información que se ha aportado por parte de la Municipalidad de San José, se tiene que la Administración modificó el pliego de condiciones en cuanto a las multas, para la segunda ronda de objeciones, y que nuevamente para la presente versión del cartel, la Administración licitante ha procedido nuevamente a modificar el apartado de multas, sin que se observe que exista publicación alguna al respecto, por lo cual, se le **ordena** a la Municipalidad de San José darle publicidad a estas variaciones, en aras del principio de transparencia, publicidad, libre concurrencia, igualdad y buena fe, advirtiendo de la posible responsabilidad administrativa en que podrían incurrir los funcionarios encargados de no brindar cumplimiento a dicha disposición. Así las cosas, no podría decirse que el argumento se encuentra precluido, ya que han existido modificaciones al cartel no publicadas por la Administración licitante y por ende, la Administración deberá publicar estas modificaciones para que los potenciales oferentes tengan conocimiento de las mismas y si lo estiman conveniente,

recurrir las mismas. No sin antes indicar, que la definición de estas multas debe estar precedido del respectivo estudio técnico que establezca su quantum atendiendo entre otras el plazo contractual, repercusiones de un incumplimiento y monto de la contratación. Por todo lo anteriormente dicho, se **declara con lugar** este punto del recurso, debiendo la Administración realizar las publicaciones de mérito, a través de los medios exigidos en la LCA y el RLCA. **2) En cuanto a la seguridad jurídica. a) Variaciones al cartel que no han sido publicadas. La objetante** argumenta que los elementos anteriormente mencionados –canon y multa- generan inseguridad jurídica para cualquier oferente y puede hacer nula su participación si no tiene certeza en el elemento determinado del canon, cambios realizados sin publicidad alguna, pero además de ello existen otros cambios que giran en torno a variaciones en la redacción, a la inclusión o exclusión de información que no han sido debidamente publicitados como por ejemplo en el aparte 21.1 denominado Condiciones Generales, en el aparte 21.7 identificado como Mantenimiento Correctivo y en el aparte 21.9 Pólizas, Permisos y Trámites Administrativos. Indica que debe tomarse en cuenta que si bien es cierto estos elementos pueden ser subsanados, también es cierto que los mismos y la falta de cumplimiento de los principios dentro de este proceso de licitación, podrían acarrear la nulidad de la adjudicación, causado grave afectación no solo a los oferentes sino también a los propios intereses de la Administración y a la ciudadanía en general al privarlos de la posibilidad de contar con el mobiliario objeto de esta licitación. **La Administración** indica que en relación al apartado 21.1 se rechaza, pues en la publicación realizada en La Gaceta 245 del 17 de diciembre de 2015 consta la incorporación de dicha condición vía modificación, la cual es visible a folio 411 del expediente de la licitación. En relación al apartado 21.7 se rechaza, pues consta en el cartel publicitado en el sistema CompraRed y el incorporado al expediente administrativo, que dicho plazo ha permanecido invariable en 5 días hábiles. En relación al apartado 21.9 se rechaza ya que en la publicación realizada en La Gaceta N°245 del 17 de diciembre del 2015 consta la incorporación de dicha condición vía modificación, la cual es visible a folio 411 del expediente de licitación. **Criterio de la División:** Observa este Despacho que si bien las modificaciones al apartado 21.1 del pliego de condiciones no fueron publicadas con ese nombre específicamente, se tiene que las modificaciones incluidas en este apartado sí fueron publicadas en la Gaceta 245 del 17 de diciembre 2016 (folio 253 del expediente de la ronda anterior de objeción que culminó con la resolución R-DCA-077-2016). Por ende, si la recurrente consideraba necesario

recurrirlas, debió hacerlo en el momento procesal oportuno y no en este momento que se considera precluido el punto. Sobre el apartado 21.7 del cartel, se tiene que el pliego de condiciones de la primera ronda de objeciones indicaba: "(...) *El plazo de atención para el mantenimiento correctivo se establece en cinco días hábiles (...)* (folio 195 del expediente de objeción de la primera ronda de objeciones que terminó con la resolución R-DCA-838-2015). Posteriormente el cartel de la segunda ronda de objeciones, en su apartado 21.7 indicaba "(...) *El plazo de atención para el mantenimiento correctivo se establece en tres días hábiles (...)* (Folio 290 del expediente de objeción de la segunda ronda de objeciones que terminó con la resolución R-DCA-077-2016). Actualmente, se tiene que el pliego de condiciones indica: "(...) *El plazo de atención para el mantenimiento correctivo se establece en tres días hábiles (...)* (folio 147 del expediente de objeción). Ahora bien, sobre la modificación realizada para la segunda versión del cartel, no se observa que se le haya dado la publicación a la misma, e inclusive la propia Administración insiste en que el plazo se mantiene en cinco días, cuando el cartel que ha sido aportado, claramente indica que el plazo en cuestión será de tres días. Por lo cual, se **declara con lugar** este punto haciéndole ver a la Administración la obligación de seriedad y diligencia que debe mostrar en la tramitación de un procedimiento de contratación, toda vez que la situación descrita es claro obedece a descuidos que no solo provocan inseguridad en los potenciales oferentes, sino además, retraso en la atención de la necesidad administrativa. Para tal efecto, la Administración deberá brindar la debida publicidad al plazo que defina, en el entendido que este plazo al igual que cualquier otra condición cartelaria, no podrá ser objeto de modificación si no es por el mismo medio por el cual se publicitó. Para tal efecto, en el caso de modificaciones esenciales, la Administración igualmente deberá considerar que debe otorgar un plazo para recepción de ofertas igual al otorgado inicialmente, sea un plazo completo, integrando para ello lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley de Contratación Administrativa inciso f). Asimismo, es importante indicar que en el apartado de la presente contratación en el Sistema de Compras Públicas Compr@Red consta un cartel en formato "word" que fue subido al sistema, según ahí se observa, el 23/09/2015 y por ende, resulta a todas luces desactualizado. Sobre el punto 21.9 se tiene en la publicación de la Gaceta N° 245 del 17 de diciembre 2016 (folio 253 del expediente de la ronda anterior de objeción que culminó con la resolución R-DCA-077-2016) que se encuentra publicada la modificación sobre la que la recurrente considera no se le ha dado publicación, así las cosas si la recurrente quería objetar

la misma, debió hacerla en el momento procesal oportuno y no ahora, que el tema se encuentra precluido y por ende, debe **rechazarse de plano** este punto de su recurso. **b) Sobre la determinación y selección de las paradas por parte del CTP y la Municipalidad de San José.** La objetante argumenta que debe analizarse que la Municipalidad de San José realizó un levantamiento de forma individual determinando las paradas existentes, sin que las mismas fueran cotejadas o avaladas por el ente rector en la materia sea el Consejo de Transporte Público (CTP), pues muchas líneas o rutas concesionadas no necesariamente paran en los puntos verdaderamente autorizados por el CTP, así las cosas y siendo que el mismo cartel valora la posibilidad de reducción o cambio de las paradas por parte del CTP, es necesario que para partir de un presupuesto contractual en el cual se garantice la seguridad jurídica al contratista, exista al menos una certificación o aval por parte del CTP de la designación realizada por el Municipio, toda vez que hay que tener en cuenta que la elaboración e instalación de los muebles es cuantiosa, y sería ilógico que luego tengan que ser removidos los muebles por falta de coordinación interinstitucional entre los entes competentes. La Administración rechaza el argumento, ya que la Administración solicitó al Departamento de Ingeniería del CTP mediante oficio GPS-9162015 de mayo de 2015, visible a folio 217 del expediente de licitación, la información correspondiente a paradas de buses en el cantón de San José, solicitud que a la fecha no ha sido atendida. Mediante oficio GPS-212-2016 se remitió al Departamento de Ingeniería del CTP el mapa con la ubicación de las paradas de buses en las que será instalado el mobiliario urbano objeto de la presente licitación, dicho oficio es visible a folio 752 del expediente. Señala que procedió a realizar el levantamiento de las paradas en sitios existentes con la finalidad de satisfacer el interés público en el corto plazo. **Criterio de la División:** Al contestar la audiencia especial la Administración licitante indicó que ha realizado gestiones ante el Departamento de Ingeniería del Consejo de Transporte Público (en adelante CTP), para tener información respecto a las paradas de buses en el cantón, pero que no ha recibido respuesta a sus gestiones y que con la finalidad de satisfacer el interés público ha procedido a levantar el listado por su cuenta. Ahora bien, estas manifestaciones no son compartidas por este órgano contralor, ya que en primer lugar, el hecho de acelerar el desarrollo de un procedimiento de contratación administrativa no implica en sí mismo que el interés público que se intenta satisfacer se vea beneficiado necesariamente, máxime cuando la propia Administración ha reconocido que le hacen falta insumos para la definición del objeto

contractual. Así pues, para el caso en cuestión se tiene que la Administración ha reconocido que aún no cuenta con información correspondiente a paradas de buses en el cantón de San José por parte del CTP, lo cual significa que el objeto contractual de la presente contratación aún no se encuentra definido del todo, al no tener el listado oficial por el órgano competente. Así las cosas, la Administración deberá obtener la información necesaria para completar el listado de mérito, y una vez obtenida darle publicidad a la misma en el respectivo expediente de la contratación, para que los potenciales oferentes tengan certeza absoluta de la ubicación de las paradas en las cuales se instalará el mobiliario en cuestión. De no contarse con esta información, los potenciales participantes del concurso no podrían presentar a la Administración una oferta técnica y financieramente correcta, al no tener certeza de la ubicación y cantidad del mobiliario urbano respecto a la información oficial del CTP de las paradas de buses, que debe obtener la Municipalidad de San José. Asimismo, este órgano contralor en reiteradas ocasiones, dentro en las resoluciones R-DCA-838-2015 y R-DCA-077-2016, le ha ordenado a la Municipalidad realizar estudios técnicos en donde además de definir la cantidad de mobiliario urbano a instalar (lo cual se encuentra estrechamente relacionada con la ubicación de las paradas), debe indicar si se incluyen las paradas de autobús en las cuales existe o existió mobiliario del anterior contrato y sus justificaciones para no incluir alguna de estas, si fuera del caso; estudios que la Administración no ha demostrado que haya realizado. Por el contrario observa esta Contraloría General que la Municipalidad, por expreso reconocimiento de esta, aún no cuenta con la información oficial de los parabuses del cantón central de San José, lo que genera que el objeto contractual aún no se tenga realmente determinado, por cuanto esta información resulta básica para su elaboración, y por ende, una vez obtenido esta información, deberán realizarse los estudios antes mencionados y modificar el pliego de condiciones si resulta necesario, dándole la publicidad respectiva tanto a los estudios, como a eventuales modificaciones al cartel. Por las razones expuestas, se **declara con lugar** este punto, en los términos antes expuestos, advirtiendo nuevamente a la Municipalidad, de las eventuales responsabilidades administrativas que le asiste a sus funcionarios, por no brindarse cumplimiento a lo indicado por este órgano en resoluciones anteriores. **c) Sobre el plazo de instalación. La objetante** indica que si bien es cierto la Administración reconoció la necesidad de extender el plazo de 120 días naturales establecidos en el cartel inicial a 180 días para ejecutar la contratación, dicho plazo aún resulta insuficiente y genera un beneficio evidente para

la empresa Eucor quien ya tiene mobiliario instalado, el cual se explota a vista y paciencia de la Administración sin amparo a ningún permiso o convenio vigente y sin que el Estado obtenga beneficio patrimonial alguno del aprovechamiento por parte de un tercero de bienes públicos. **La Administración** rechaza el argumento e indica que el recurrente no logra fundamentar ni aporta la prueba pertinente que demuestre el perjuicio que le causa el plazo de ejecución de 180 días naturales, de conformidad con el numeral 170, párrafo 4 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. En adición a lo indicado por la parte técnica a cargo de la Licitación, ese Departamento procede a indicar que el numeral 171 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa establece en su primer párrafo que procede el Recurso de Objeción en contra de las modificaciones y/o aclaraciones al cartel, note esa Contraloría que la recurrente no está objetando las modificaciones sino que pretende hacer uso de este instituto para establecer cuestionamiento sobre etapas que están precluidas de todo análisis. Es la empresa la que debe conocer que conforme al numeral 93 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa en el caso de una Licitación Pública deben publicarse la invitación al participar, las modificaciones al cartel y el acto de adjudicación, y que solamente las modificaciones que reciben la debida difusión serán las únicas que deben ser incorporadas para formar parte del pliego de condiciones. Sobre el tema que trae a discusión la recurrente ya esta Administración ha procedido a realizar aclaración al ente contralor y a la propia recurrente, información que consta en el expediente. **Criterio de la División:** El artículo 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, impone al objetante el deber de fundamentar la impugnación que realice de un recurso de objeción, lo cual implica no solo hacer un señalamiento respecto a la presunta ilegalidad o ilegitimidad de una cláusula cartelaria, sino que unido a ese planteamiento debe desarrollarse el argumento con la claridad requerida para demostrar precisamente esta, aportando cuando así corresponda, la prueba respectiva. Esta fundamentación exige, que el objetante debe demostrar que lo solicitado por la Administración en el pliego de condiciones, limita de manera injustificada la libre participación en el concurso, afecta otros principios de la contratación administrativa o bien, quebranta normas de procedimiento o del ordenamiento jurídico general. Sobre este tema debe señalar este órgano contralor, que a pesar que las cláusulas cartelarias se presumen válidas, mediante el mecanismo procesal del recurso de objeción los sujetos legitimados, pueden solicitar la modificación o remoción de condiciones cartelarias que constituyan una injustificada limitación a los principios constitucionales que rigen

la materia, eso sí, llevando el recurrente la carga de la prueba, por lo que su dicho debe ser adecuadamente acreditado y fundamentado, según lo establece el artículo 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Lo anterior, por cuanto no debe perderse de vista que la Administración goza de amplia discrecionalidad en la definición de la cláusulas cartelarias, siendo entonces que corresponde al objetante demostrar de qué forma esa facultad ha sido realizada de manera ilegítima, sea mediante una restricción injustificada a los principios de la contratación administrativa o bien a un quebranto de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública. Por otra parte, debe tenerse presente además, que el recurso de objeción no constituye un mecanismo para que un determinado proveedor procure ajustar el cartel de un concurso a su particular esquema de negocio o características del objeto que comercia, pues de ser así estaríamos subordinando el cumplimiento del interés público al interés particular. Ahora bien, analizando lo anterior para el caso concreto, se tiene que la objetante se limita a solicitar que se valore una modificación en el plazo de ejecución por cuanto considera que no resulta suficiente el otorgado por la Administración -sin señalar un plazo en particular- no obstante no logra demostrar de qué manera la redacción actual de la misma le limite injustificadamente su participación, resulte desproporcionada o irracional en los términos del artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública, o violenta principios generales de la contratación Administración. Por el contrario, la Administración como mejor conocedora de su necesidad ha establecido la necesidad de que permanezca la redacción actual del punto objetando y por ende, al encontrarse el recurso, ayuno de la fundamentación exigida en el artículo 172 RLCA, lo procedente es el **rechazo de plano** de este punto del mismo. **ii) Sobre el recurso de Equipamientos Urbanos de Costa Rica S.A. 1) Sobre el listado y mapa sobre la ubicación de paradas.** La objetante indica que la resolución R-DCA-077-2016 de la Contraloría General de la República le ordenó a la Municipalidad lo siguiente: *"para otorgar claridad a la presente contratación, deberá la Administración establecer un listado en el cual se incluyen direcciones exactas de todas y cada una de las paradas en las cuales se pretende instalar el mobiliario en cuestión, ya que los potenciales oferentes necesitan tener certeza absoluta de la ubicación de estas paradas; lista de que dicho sea de paso deberá ser coincidente con el mapa en cuestión."* Posteriormente, la resolución indicada retoma lo dicho en resolución R-DCA-838-2015 y agrega en relación con la inclusión de los MUPIS y parabuses de su representada, que la Administración debía indicar si las incluía o en su defecto justificar

su exclusión. Señala que la Administración indicó que el listado de direcciones de las paradas de buses, en las que se pretende instalar el mobiliario y los mapas impresos con los detalles de ubicación de parabuses y referencias de estas puedan retirarse en el área del sótano. No obstante considera que la Municipalidad sigue sin cumplir la orden expresa de la Contraloría y que no muestra que se haya elaborado estudio alguno así como que en el listado no se indica si en el sitio señalado se refiere a una parada en la cual exista algún mobiliario de su representada. Manifiesta que la autoridad municipal ha fallado en resolver si el listado propuesto abarca la totalidad del mobiliario existente del convenio anterior, lo cual ha sido ordenado ya en dos ocasiones y que adicionalmente sigue sin resolver los problemas relativos a la imposibilidad material para poder instalar mupis o parabuses, inclusive con las nuevas dimensiones en varios de los sitios. Señala que tampoco ha cumplido la Municipalidad en verificar si las paradas que pretende se instalen cuentan o no con la autorización del CTP. Indica que aporta como prueba un estudio realizado por Glenn Montero, quien es arquitecto y que procedió a confrontar el mapa y listado con el levantamiento de campo realizado para la preparación del informe entregado en la anterior ronda de objeciones y que se encontraron una serie de deficiencias: “REVISIÓN DE DIRECCIONES EXACTAS EN EL MAPA: El mapa cuenta con direcciones exactas en la mayoría de los sitios, a excepción de las siguientes inconsistencias: En el mapa se incluyen 100 puntos de paradas, éstos indicados por medio de puntos azules (base central mupi) y puntos rojos (bandera), pero faltan en el mapa la indicación de los números 33 y 62. Las paradas números 71 y 72, según la descripción del listado que incluye el mapa indica la dirección avenida 6, calle 0 y 1, acera norte Catedral, sin embargo, en el mapa aparecen colocadas en avenida 6, calle 3 y 5, acera norte Catedral, o sea no corresponde la dirección indicada en el listado con la ubicación real en el mapa, lo que provoca una inconsistencia para determinar cuáles son los sitios reales que se debe tomar para la evaluación. Al igual que en el punto anterior la parada número 82, según la descripción del listado indica que se encuentra en Avenida 18, Calle 0 y 1, acera norte Hospital, sin embargo en el mapa aparece colocada en avenida 18, calle 0 y 2, acera norte Hospital, lo que provoca una inconsistencia para determinar cuál es el sitio real que se debe tomar para la evaluación. Se ubicaron 4 paradas nuevas, los números: 13, 36, 69, 90, En la ubicación número 12 que en plano original fue colocada una estructura, se ha adicionado una estructura extra, o sea dos estructuras para esta ubicación. NÚMERO DE SITIOS REALES: El mapa Si cuenta con 100 sitios. IMPOSIBILIDAD PARA

INSTALAR LA ESTRUCTURA: Pese a la nueva publicación de las modificaciones de anchos y largos de los Parabuses y Mupis que se puede instalar en cada ubicación, en donde se contemplan reducciones de las medias, continua con el problema que en 17 ubicaciones se sigue teniendo la imposibilidad de poder instalar siquiera el elemento de menor medida que la Municipalidad indica en la publicación, pues estaría colocando un elemento que no respete el paso libre que por ley 7600 se debe dejar para discapacitados, para lo cual aporta un listado.

SITIOS NO TOMADOS EN CUENTA: De los sitios con los que actualmente cuentan con estructura de su empresa, de los que operaba en el Contrato anterior; la Municipalidad ha incluido únicamente en el listado de los 100 elementos 56, la Municipalidad continúa dejando por fuera más de la mitad de los que operaba en el contrato anterior y en los que actualmente se encuentra estructura de nuestra empresa, en sitios de parada debidamente autorizados por el CTP, lo cual deja los sitios al descubierto y en un limbo de acción ya que no tiene conocimiento del destino que tendrán estos sitios, que han sido durante mucho tiempo sitios operados por su empresa y en los que la ciudadanía capitalina requiere y está acostumbrada a contar con un elemento de parada. Revela esta situación, a su criterio, de nueva cuenta, que el levantamiento ha sido realizado una vez más a toda prisa y sin la mayor seriedad del asunto, ya que elementos que se encuentran en avenidas y calles principales, y que a su criterio son fáciles de identificar no han sido incluidos.

FALSEDAD EN QUE SEA PARADA AUTORIZADA: Indica que de los 100 sitios en 26 no se identificó que fuera parada autorizada, pues no había señal vertical que así lo indicara, ni mucho menos la indicación que señala el cartel que en la calle existe una señal amarilla con las siglas CTP.

AUSENCIA DE HABER TOMADO EN CUENTA LA LEY 7600: Continúa este trabajo denotando que en el levantamiento que ha realizado la Municipalidad de San José no se ha tomado en cuenta el espacio mínimo de 1,20 que debe quedar libre para el paso de los discapacitados, pues existen aceras de todos tipos y tamaños en los que dependiendo del elemento a diseñar se podría dejar el espacio libre pero esto estaría en perjuicio del tipo de MUPI que se pueda instalar, arriesgando los futuros ingresos del proyecto. Considera que existe una dificultad material para la determinación exacta del parabús, ya que estima que la ubicación de cada parabús continúa siendo incierta en cuanto a la ubicación de algunos para buses, debido a que según su criterio no corresponde la indicación en el mapa con el señalamiento por calles y avenidas, lo que considera demuestra seriedad técnica en el aspecto esencial del cartel. Indica también que los cambios no permiten

la instalación de ningún tipo de elementos de parada de autobús en varios sitios y que se sigue sin tomar en cuenta el espacio mínimo de 1,20 que debe quedar libre para el paso de los discapacitados, y que la Municipalidad ha seleccionada al menos 17 ubicaciones en las que al oferente el cumplimiento del cartel lo obligaría a violar la Ley 7600 y las condiciones del cartel, lo que implicaría su vez, costos si es que mediante reclamaciones legítimas se le hace al contratista cumplir con dicha ley. Señala también que existe incerteza respecto a si los sitios corresponden a lugares debidamente autorizados por el MOPT, lo cual manifiesta una obligación que tenía la Administración producto de la resolución R-DCA-077-2016. Indica que la Municipalidad sigue sin acatar lo indicado por la Contraloría en sus resoluciones, ya que la lista no señala si las paradas están autorizadas o no por el CTP. Considera que todo lo anterior, violenta todos los principios fundamentales de la contratación administrativa, además de que se violenta la eficacia, eficiencia, publicidad, libre competencia y buena fe. Señala que la gravedad de las actuaciones en la conformación e insistencia de la Municipalidad en un cartel que considera defectuoso es tan grosera que resulta imposible sanear el cartel, además de que es evidente la carencia de estudios técnicos apropiados que permitan asegurar el bienestar público, por lo que a su criterio el cartel no puede ser saneado, según los términos de los artículos 132, 166 y 167 LGAP . **La Administración** indica de manera general que rechaza el argumento y que el objeto de la licitación comprende el suministro e instalación de mobiliario urbano en los sitios indicadas en el mapa elaborado para esos efectos y que a pesar de las gestiones realizadas por esa Administración, el CTP no ha brindado la información solicitada, así como tampoco la gestión ante Equipamientos Urbanos de Costa Rica no contó con la respuesta querida por lo que la Administración procedió a realizar el levantamiento de las paradas en sitios existentes con la finalidad de satisfacer el interés público en corto plazo. Además indica que acepta parcialmente el informe sobre el listado de parabuses, ya que el listado de direcciones del mapa indica correctamente la dirección de los sitios 33 y 62 y que los círculos que representan dichas ubicaciones se encuentran ubicados en el mapa, justamente en las direcciones indicadas, sin embargo al estar estos puntos muy cercanos a los otros, ya que en esos sitios hay más de una parada, al programa “arcgis” se le dificultó colocar la numeración 33 y 62 junto a los otros números por lo que no se ven, pero se encuentran en las direcciones dadas. Indican que los demás casos serán verificados y en caso de ser necesario se procederá a realizar la publicación correspondiente. **Criterio de la División:** En primer lugar y tal como se

indicó anteriormente, en las resoluciones R-DCA-838-2015 y R-DCA-077-2016 se le indicó a la Administración que debía elaborar un estudio en donde se definiera la cantidad de parabuses, incluyendo en las mismas las que se encontraban dentro del contrato anterior de explotación de mobiliario urbano o en su defecto justificando su exclusión de la actual contratación; estudio que no se observa que haya sido realizado por la Administración y por ende, se le reitera la necesidad de la realización del mismo, todo en aras de los principios de transparencia, publicidad, libre concurrencia y buena fe. Asimismo, la propia Administración ha reconocido que aún no cuenta con la información de los sitios oficiales de los parabuses por parte del CTP, lo cual tal y como se indicó anteriormente, resulta de elevado interés para la definición del objeto contractual y por ende, para todo el procedimiento en general, según los términos antes expuestos, y por ende, una vez que se cuente con esta información deberá dársele publicidad a la lista definitiva de los sitios en donde se instalará el mobiliario urbano. Así las cosas, este punto del recurso de mérito se **declara con lugar**, debiendo la Administración realizar los estudios que en reiteradas ocasiones se le han indicado. Ahora bien, respecto a todos los incumplimientos técnicos que señala la recurrente en su recurso, la Municipalidad de San José, contesta de manera genérica indicando que "los demás casos serán verificados y en caso de ser necesario se procederá a realizar la publicación correspondiente", lo cual demuestra que la propia Administración licitante tiene dudas respecto a los aspectos técnicos de la instalación del mobiliario urbano en cuestión (así como también acepta parcialmente en algunos aspectos el informe presentado por la recurrente) y por ende, la Administración deberá efectuar los estudios técnicos pertinentes para delimitar con claridad los puntos de atención de acuerdo con el objeto contractual, para lo cual podrá recurrir a las instancias respectivas, documentación toda esta, que deberá ser incorporada en el expediente de la contratación. Para este propósito, deberá definir de manera exacta la cantidad de parabuses en los cuales se instalará el mobiliario urbano (indicando si se incluyen o no parabuses relacionados con la anterior contratación) así como la dirección exacta de las mismas, determinar la posibilidad de instalar la estructura necesaria verificando que se cumpla con la legislación en materia de igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, todo esto relacionado con la información oficial del CTP respecto a la ubicación de los parabuses. Así las cosas, se **declara con lugar** este punto del recurso en el entendido de que la Administración deberá realizar los estudios y análisis correspondientes, según lo indicado anteriormente. **2) Sobre los intereses y la tasa básica**

pasiva del Banco Central. La objetante indica que en la resolución R-DCA-077-2016 la Contraloría informa que la misma Administración reconoció en la respuesta dada mediante oficio RMS-0083 que la regulación sobre el particular se encuentra expresamente definida, pero que la resolución no es clara sobre cómo proceder ya que aún cuando fue rechazado su argumento, lo cierto es que la Administración sí estuvo de acuerdo en que se está ante una situación que exige el sometimiento al principio de igualdad. Le solicita a la Administración si mantendrá o no la posición expresada en el oficio RMS-0083, en el cual se allanó a la reclamación que había hecho su representada en ese momento, dado que la publicación de modificaciones al cartel no incluye nada relativo a este tema. Indica que este tema ha sido considerado como tema precluido e insiste en el hecho de que la Municipalidad estaría manteniendo condiciones contractuales contrarias a la normativa nacional sobre contratación administrativa. Indica que su representada ha señalado que esta disposición cartelaria es contraria al bloque de legalidad y ello es algo que no puede obviar ni la Contraloría ni la Municipalidad sobre el alegato de que está precluido. Señala que existe indeterminación respecto a este aspecto, ya que si bien la Administración se allana a este punto, no ha realizado modificación alguna sobre el punto y que la Administración no puede separarse de la ley. Indica que se violenta el artículo 497 del Código de Comercio, el artículo 34 del RLCA y los principios fundamentales de buena fe e intangibilidad patrimonial. Manifiesta además que viendo que la Administración se habría allanado a su reclamo y aunque la misma no haya sido declarada con lugar, estima que la Administración deberá aclarar, cuál será la tasa de interés final. En documento presentado el 23 de febrero de 2016, la objetante indica que ampliaba su argumento respecto a este punto diciendo que mediante oficio RMS-0083, que la regulación sobre el particular se encuentra expresamente definida y que por ende la resolución de la Contraloría no es clara sobre cómo proceder ya que aún cuando se rechazó su argumento, lo cierto es que la Administración sí estuvo de acuerdo en que se está ante una situación que exige el sometimiento al principio de legalidad. La Administración indica que acepta los argumentos de la objetante y que procederá en los próximos días a hacer la publicación de la modificación en cuanto a este tema. Sobre la aplicación realizada por la Administración indica que acepta los argumentos de la misma y que procederá a hacer la publicación de la modificación. **Criterio de la División:** Tal y como se indicó en la resolución R-DCA-077-2016 el tema en cuestión se encuentra precluido desde esa etapa procesal y por ende, se procedió a rechazar el mismo por

esta razón (tal cual procede jurídicamente en los casos de preclusión), sin perjuicio de que la Administración licitante, variara el cartel en caso de considerarlo oportuno dado que su respuesta se orientó hacia considerar una posible modificación al pliego de condiciones. Ahora bien, para el presente momento se tiene que efectivamente, el tema se encuentra precluido en el estadio procesal en que nos encontramos, y por ende, debe **rechazarse de plano** el argumento planteado. No obstante, la Administración ha indicado que se allana a lo indicado por la recurrente, y por ende, en caso de considerar necesario modificar el pliego carterlario, debe realizar los ajustes respectivos y darles la publicidad necesaria a los mismos. **3) Sobre la variación en el monto del canon.** La objetante indica que en la resolución R-DCA-077-2016 se indicó que el canon aumentó a \$1.530 y se le ordenaba a la Administración darle la publicidad respectiva a esta modificación a efecto de que los potenciales oferentes conocieran el monto en cuestión. Indica que la Municipalidad de San José deberá pronunciarse sobre el verdadero monto del canon exigido como contraprestación económica y que debe especificarse la moneda en que se espera el pago de dicho canon, y se trata de dólares americanos o estadounidenses. Considera que la normativa aplicable en este caso sería la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, por lo que solicita un cuidadoso análisis de la figura jurídica que comprende la contraprestación económica que llegaría a recibir la Administración por la explotación comercial de los MUPIS. Considera que la Administración ha fallado en la determinación de un elemento determinante en la adjudicación ya que inclusive ha dedicado un porcentaje de 65% como criterio de adjudicación lo que considera ha sido establecido en absoluta carencia del estudio económico que le permita asegurar a la Administración si el monto del canon podría corresponder o no al monto máximo posible, ya que a su criterio lo procedente hubiera sido establecer un porcentaje sobre los ingresos brutos. Estima que se puede decir que para justificar un canon de \$648 por año por mupi, sería necesario que los ingresos brutos a producir por MUPI tendrían que ser de \$12.960 por año. Indica que en este asunto no puede la Contraloría rechazar su argumento por preclusión porque existe una evidente violación a la norma específica y que el rechazo en un momento anterior no puede desconocer un nuevo argumento que señala la ilegalidad de una cláusula esencial del cartel. Considera que esta cláusula viola el principio de legalidad e implica a su criterio nulidad absoluta. Señala también que no se puede alegar como forma de rechazo que su representada carece de las pruebas necesarias para poder demostrar que el monto definido no es el

apropiado, ya que la carga de la prueba no recae sobre ella, dado que la Administración debió contar con los elementos técnicos apropiados para fijar el monto del canon. Estima también que existe nulidad absoluta de conformidad con el artículo 3 LCA, 158 párrafo segundo LGAP y 166 LGAP y que estima que no existe un estudio técnico que defina el proceso de determinación del canon. En documento presentado el 23 de febrero de 2016, la objetante indica que amplía su argumento respecto a este punto diciendo que además de la falta de coherencia entre lo resuelto por la Contraloría y la publicación hecha por la Municipalidad, considera que cualquier fijación que haga la Municipalidad carece de sustento técnico adecuado, tanto así que en el expediente administrativo constan documentos de altos funcionarios de la Municipalidad en temas financieros, en donde se ha señalado en varias ocasiones que los análisis financieros mediante los cuales han determinado los diferentes montos de cánones que la Municipalidad pretende cobrar por este servicio fueron hechos a partir de supuestos no comprobables **La Administración** indica que rechaza la objeción y que el canon no ha sido modificado a \$1.530, el monto del canon se mantiene en la suma de \$648 y es una etapa precluida, además de que la misma empresa reconoce en su escrito de objeción que el monto no ha sido modificado lo cual fue aclarado a la Contraloría. Sobre la ampliación de la recurrente indica que se rechazan los argumentos ya que no corresponden a las modificaciones publicadas el 17 de febrero de 2016 lo que constituye una etapa precluida. **Criterio de la División:** Tal y como se indicó anteriormente, al resolver el recurso de Vallas y Gigantografías S.A., este órgano contralor ha evidenciado que existieron modificaciones al pliego de condiciones respecto al canon a pagar, siendo que la segunda versión del cartel, señalaba un monto de \$1.530, variando el monto original de \$648 dólares, que se había estipulado en la versión original, y además siendo este el monto que consta en la actualidad, así pues, en el mismo sentido de lo mencionado anteriormente, la Administración deberá darle la publicidad respectiva a estas variaciones, y cualesquiera otras que haya realizado, sin que sea de recibo lo argumentado por esta, máxime que se ha evidenciado las variaciones realizadas al cartel, según la propia información que aportó Municipalidad de San José. De igual forma deberá realizar e incorporar en el expediente bajo su entera responsabilidad, los estudios técnicos que justifiquen la definición del monto del canon que se defina, motivo por el cual se **declara con lugar** el recurso en este extremo. Ahora bien, respecto a la aplicación de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, en la anterior resolución R-DCA-838-2015, este órgano contralor indicó lo siguiente:

"(...) La Administración ha procedido a licitar el objeto de la presente contratación, mediante una licitación pública ordinaria regulada en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento. Ahora bien, del contenido del cartel de la contratación, así como de los recursos presentados por las partes como se verá, se mencionan una serie de elementos que parecen dibujar en el presente caso rasgos propios de una concesión tales como el plazo definido (diez años), pago de un canon, traslado de riesgos al contratista entre otros. Bajo este esquema, deberá tener claro la Administración el tipo contractual al que está recurriendo, ello para efectos de la definición de las reglas contractuales con la finalidad de garantizar congruencia y sostenibilidad de la figura y sobre todo, justificar con claridad en el expediente el plazo por el cual se requiere dicha contratación (10 años), aspecto estos que quedan liberados a su entera responsabilidad, de frente a la normativa aplicable (...). Por su parte, mediante resolución R-DCA-077-2016 este órgano contralor indicó:" (...) Si bien este órgano contralor realiza labores de fiscalización superior de la Hacienda Pública, de acuerdo a la Constitución Política y a su Ley Orgánica, lo cierto es que esta Contraloría General de la República, no puede co-administrar e indicarle a una Administración en particular, la forma en que debe realizar un determinado procedimiento de compras públicas, al menos no por medio del recurso de objeción. Así por ejemplo, no podría esta órgano contralor, indicarle a la Municipalidad de San José, que el trámite en cuestión, debe realizarse a través de un procedimiento ordinario de contratación administrativa, como lo es la licitación pública, o por medio de un procedimiento de concesión, ya que, en caso de realizar esto, estaría invadiendo las competencias de dicha Municipalidad. Así las cosas, y de acuerdo a las facultades de que otorgan los artículos 81 y siguientes de la LCA y 170 y siguientes de la RLCA. en el trámite de objeción, solamente se analiza la remoción de cláusulas cartelarias que limiten injustificadamente la participación de un determinado oferente, sin que se pueda, como se indicó anteriormente, entrar al análisis de si lo procedente es la realización de un determinado procedimiento de compras, aún más cuando el análisis que plantea el objetante se ha limitado a dibujar algunos aspectos de este procedimiento pero sin establecer con claridad por qué razón en su criterio debe utilizarse uno u otro proceso, trasladando a este órgano el análisis jurídico, olvidando que la carga de la prueba y deber de fundamentación le corresponde al objetante. Por todo lo anteriormente dicho, se rechaza de plano este extremo del recurso incoado (...). Así las cosas, se le hace ver a la recurrente que esta Contraloría General de la República no ostenta la competencia a través de la resolución de recursos de objeción para indicarle a una Administración en particular el tipo de procedimiento que debe utilizar ante un determinado objeto contractual, ya que de lo contrario se estaría llevando a cabo una labor de coadministración la cual no puede ser llevada a cabo por este órgano contralor. Así pues, la decisión de llevar a cabo un procedimiento determinado, es responsabilidad exclusiva de la

Administración, limitándose este órgano contralor, en gestiones como la presente, a resolver los temas de objeción al cartel del procedimiento escogido por la Administración licitante. Así las cosas, y por tratarse además de un aspecto abordado ya por este órgano contralor en su momento, para lo cual se tuvo a disposición la etapa procesal respectiva, se **rechaza de plano** este extremo del recurso. Ahora bien, sobre la determinación del monto del canon, este órgano contralor le reitera a la Administración la necesidad de publicar el monto definitivo del canon a pagar por parte de los recurrentes, según los términos antes expuestos. Asimismo, se le reitera la necesidad de incorporar al expediente administrativo el estudio que justifique el canon que en definitiva determine la Administración, el cual deberá ser incorporado en el expediente para la consulta de los proveedores interesados. **4) Sobre el plazo de ejecución del proyecto.** **La objetante** indica que objeta la modificación al plazo de suministro e instalación del mobiliario urbano, por cuanto la fijación del plazo no ha sido respaldado por ningún tipo de criterio técnico a pesar de haberse hecho señalamiento de que su representada requiere de un plazo mucho mayor para poder cumplir con la totalidad del mobiliario. Indica que la resolución R-DCA-838-2015 había indicado que la Municipalidad debía realizar los estudios técnicos pertinentes que la llevaran a determinar la cantidad de mupis y parabuses que necesitaba, así como el plazo para instalarlos. Indica que la Administración no realizó los estudios pertinentes respecto al plazo de ejecución. Indica que su representada necesitará de al menos 205 días para poder tener el mobiliario en el país y que la instalación requeriría de al menos 90 días adicionales para un total de 295 días y aporta como prueba la cotización EUD-DG-001-2016. Indica que la fijación del plazo de ejecución carece de los estudios técnicos que la Contraloría le requirió llevar a cabo. Considera que se han violentado los principios de eficacia y eficiencia, así como el de libre competencia. Señala además que la única forma de sanear el cartel es que la Contraloría exija a la Municipalidad realizar un correcto estudio técnico en el cual se determine tanto la cantidad exacta de equipamiento urbano a instalar como el verdadero plazo de ejecución. **La Administración** indica que rechaza los argumentos y que la Administración entiende que los plazos señalados por el recurrente son los plazos particulares de su empresa, los cuales no logran satisfacer la necesidad de la Administración de proveer las estructuras de resguardo para los usuarios del sistema de transporte público en el menor plazo posible, por otra parte, el recurrente tampoco demuestra que el plazo definido le limita sus posibilidades de participación al constituir un plazo imposible de cumplir y que la Administración no puede ajustarse a las

condiciones particulares de una empresa en perjuicio del interés público. **Criterio de la División:** Tal y como se indicó anteriormente, el artículo 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, impone al objetante el deber de fundamentar la impugnación que realice de un recurso de objeción, lo cual implica no solo hacer un señalamiento respecto a la presunta ilegalidad o ilegitimidad de una cláusula cartelaria, sino que unido a ese planteamiento debe desarrollarse el argumento con la claridad requerida para demostrar precisamente esta, aportando cuando así corresponda, la prueba respectiva, Además debe tenerse presente que el recurso de objeción no constituye un mecanismo para que un determinado proveedor procure ajustar el cartel de un concurso a su particular esquema de negocio o características del objeto que comercia, pues de ser así estaríamos subordinando el cumplimiento del interés público al interés particular. Analizando el caso en concreto, en relación con lo anteriormente señalado se tiene que la empresa recurrente considera que la modificación del plazo no resulta suficiente para la ejecución del objeto contractual, no obstante no ha logrado demostrar que el plazo en particular sea desproporcionado o irracional de forma tal que le impida su participación, o la de otros participantes de manera injustificada, ya que el hecho de su empresa tenga unos determinados plazos, no implica necesariamente que se esté limitando injustificadamente la participación en el concurso, o bien que los propuestos en el cartel resulten de imposible cumplimiento ya que como se indicó, son los oferentes quienes deben ajustarse a los términos del cartel, y no el cartel a estos, ya que de lo contrario se estaría sometiendo el interés público, a los intereses particulares de los oferentes. Lo anterior, siempre y cuando la recurrente no demuestre la existencia de vicios en el cartel que limite injustificadamente su participación, ejercicio que no ha sido llevado a cabo por la recurrente, ya que como se indicó, el hecho de que el plazo de sus fabricantes o proveedores sea distinto a lo requerido en el pliego de condiciones, no significa necesariamente que se violenten los principios de contratación administrativa. Por el contrario, la Administración como mejor conocedora de sus necesidades ha definido la necesidad de mantener el pliego de condiciones con la redacción actual, sin que la recurrente haya logrado desvirtuar la presunción de legalidad que ostenta el cartel. Así las cosas, se **rechaza de plano** el argumento en cuestión. **5) Sobre el aumento en multas. La objetante** indica que en el punto 5 de la resolución R-DCA-077-2016 se indicaba que se habían realizado una serie de modificaciones al apartado de multas en relación con la versión anterior del cartel y que debían dárseles la publicidad respectiva. Indica que en la publicación realizada

el 17 de febrero no se hace referencia a un nuevo régimen de multas o bien al cambio en algunas de ellas, por lo que debe pronunciarse sobre los verdaderos montos de las multas que existirían ante un eventual incumplimiento. Indica que se objeta el incumplimiento de la Municipalidad en relación a lo ordenado por la Contraloría en la resolución R-DCA-077-2016. Manifiesta que se violenta el principio de publicidad. **La Administración** indica que la recurrente tiene claro que tanto las multas como el canon no han sido modificados y que fue a raíz de la resolución R-DCA-077-2016 que surgió la confusión misma que fue ya aclarada a ese ente contralor. **Criterio de la División:** Si bien la Administración licitante indica que no ha realizado modificación cartelaria alguna respecto al tema de multas, lo cierto es que la primera versión del cartel indicaba que aplicaría una multa de ¢100.000,00 por cada día natural de retraso (Folio 187 del expediente de objeción que culminó con la resolución R-DCA-838-2015), mientras que en la segunda versión del cartel, que como se indicó fue suministrada por la propia Municipalidad de San José, al contestar la audiencia especial, dentro del trámite de la segunda ronda de objeciones se indicaba que se aplicaría una multa de ¢250.000,00 por cada día natural de retraso (Folio 280 del expediente de objeción de la segunda ronda de objeciones que culminó con la resolución R-DCA-077-2016). No obstante, en la actualidad se tiene que el pliego de condiciones indica que se aplicará una multa de ¢100.000,00 por cada día natural de retraso (folio 137 del expediente de objeción), sin que se observe que se haya realizado publicación alguna respecto a estas modificaciones. Así las cosas, la Administración licitante deberá comunicar mediante los medios de publicidad definidos a todos los potenciales interesados, el monto definitivo por multas que haya establecido, estableciendo el respectivo estudio que justifique el porcentaje o monto definido. Debe tener presente la Administración que cualquier modificación que realice al cartel de esta licitación pública, debe contar con la publicidad necesaria que la LCA y el RLCA le exigen, asimismo, se le hace ver a la Administración que la versión del pliego de condiciones que consta en el sistema de compras públicas Compr@Red se encuentra desactualizado, ya que fue subido el día 23/09/2015 -según se observa en la página del concurso en Compr@Red-. En sentido anteriormente explicado, se **declara con lugar** este punto del recurso. **6) Sobre la falta de modificación del plazo para la presentación de las ofertas.** **La objetante** indica que en la publicación del pasado 17 de febrero se modificaron elementos esenciales sobre el objeto de la contratación como lo son la determinación de 100 sitios de instalación de parabuses y mupis en sus dos versiones, además

de que se indica cuáles ubicaciones deberían llevar mupi tipo bandera y cuales mupi base central, por lo que estima que se debió proceder de conformidad con los artículos 58 y 172 RLCA. Manifiesta que impugna la invariabilidad del plazo para la presentación de las ofertas, por cuanto considera hay una violación al debido proceso y derecho de defensa. Considera que para sanear el cartel se debe suspender la etapa procesal actual y retrotraer el proceso a la etapa inmediata anterior y ordenarle a la Municipalidad que modifique el plazo de recepción de ofertas. En documento presentado el 23 de febrero de 2016, la objetante indica que amplía su argumento respecto a este punto diciendo que el día primero de febrero el Gerente de Provisión de Servicios ordenaba que se trasladara nuevamente la fecha de apertura tomando en consideración el plazo que tomaría preparar el listado de las direcciones de los sitios de las paradas de buses, pero que dicho plazo no fue modificado a pesar de la indicación de dicho gerente. **La Administración** indica que la norma utilizada por la recurrente no corresponde a lo que aplica en este caso, ya que según establece el numeral 60 del RLCA cuando mediante publicación se introduzca una modificación importante en la concepción original del objeto, los plazos para recibir ofertas serán ampliados como máximo en el cincuenta por ciento del plazo mínimo que corresponde de acuerdo con la ley a 7 días y no 15 días, razón por la cual la Administración respetó dicha norma. Sobre la ampliación indica que la norma utilizada por la recurrente no corresponde a lo que se aplica en este caso. **Criterio de la División:** Observa esta Contraloría General de la República, que a partir de la publicación en el Diario Oficial La Gaceta, de la publicación de las modificaciones al pliego de condiciones (17 de febrero de 2016), y hasta la fecha de apertura de ofertas indicada por los recurrentes en sus escritos, (29 de febrero de 2016) dado que la publicación no indica una nueva fecha para recibir ofertas, se tiene un plazo menor al de quince días hábiles estipulado en el artículo 94 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Dicho sea de paso, esta situación no es negada por la Administración, sino que por el contrario, esta indica que cuando se realicen "modificaciones importantes" el plazo para recibir ofertas será ampliado en un cincuenta por ciento, y para este caso esto corresponde a siete días. Al respecto, consideramos importante indicar que mediante oficio No. 14951-DAGJ-0668-2008 del 02 de junio de 2008, emitido por la Contraloría General de la República, en relación con la aplicación del artículo 60 del RLCA, se indicó lo siguiente: *"(...) En cuanto a las segundas, es decir las modificaciones esenciales, se definen como aquellas que cambian o modifican sustancialmente el objeto contractual o constituyen una variación fundamental en su versión original. Así, de operarse una de esas modificaciones con posterioridad a la invitación al*

concurso, el artículo 60 del reglamento ordena ampliar el plazo para la recepción de ofertas un máximo del 50% del plazo mínimo otorgado para el tipo de contratación de que se trate. Al respecto, este despacho es del criterio que esa regulación deberá interpretarse a la luz del inciso f), del artículo 42 de la Ley de Contratación Administrativa, N° 7494, el cual establece que: “El procedimiento de licitación pública se desarrollará reglamentariamente, y se respetarán los siguientes criterios mínimos: f) El plazo mínimo para recibir ofertas será de quince días hábiles, contados desde el día siguiente de la publicación del aviso a participar y hasta el día de la apertura de las ofertas, inclusive” De la regulación transcrita, debe repararse en el hecho de que si bien el legislador ordenó desarrollar lo relacionado al procedimiento de licitación pública en el reglamento correspondiente, también consideró importante dejar constando, a nivel legal, criterios mínimos bajo los cuales cualquier procedimiento de compra ordinario debería implementarse. Ello es fundamental, sobre todo si el plazo mínimo establecido por la ley N° 7494 para recibir ofertas en los procedimientos de licitación pública, es de quince días hábiles, contados a partir del día siguiente de la publicación del aviso a participar y hasta el día de la apertura de las ofertas, inclusive. Esto, definitivamente, es un parámetro legal dentro del cual debe interpretarse y aplicarse el párrafo segundo del artículo 60 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y, por lo tanto, debe entenderse en los siguientes términos: “Cuando mediante publicación o comunicación posterior se introduzca una alteración importante en la concepción original del objeto, el plazo para recibir ofertas será ampliado un mínimo de 15 días hábiles”. Lo anterior debe ser así, no sólo en el ejercicio de una buena técnica jurídica, (por cuanto una norma reglamentaria no puede contrariar una legal); sino porque prorrogar el plazo para recibir ofertas un 50% del plazo mínimo que corresponda al tipo de contratación particular ante modificaciones esenciales, evidentemente atenta contra los derechos e intereses de los oferentes, en el tanto se infringen principios constitucionales aplicables a los procedimientos de contratación administrativa, a saber: principio de libre concurrencia, eficiencia, eficacia, razonabilidad y proporcionalidad. Pero, este perjuicio no sólo se reporta contra los particulares, sino contra la administración, pues esa disminución del plazo para la recepción de ofertas ante modificaciones esenciales, en última consecuencia lesiona su derecho (y correlativamente su deber) de allegarse mejores bienes y servicios. Lo contrario, sería impactar negativamente el interés general inherente a todos los procedimientos de compra pública. Sobre el particular, nótese que el artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa, perfila como meta primordial de los procedimientos de compras públicas la satisfacción del interés general y, es precisamente por esta razón, que deben garantizarse las condiciones necesarias para que, sin lesionar ningún derecho a los oferentes, se alleguen más y mejores ofertas. En consecuencia, resultaría un contrasentido limitar el tiempo para que los oferentes preparen mejor sus ofertas de cara a modificaciones esenciales al objeto contractual, pues se estaría atentando contra el interés general que las mismas compras públicas persiguen. Todo lo expuesto hasta aquí

permite indicar con absoluta claridad que al ser el plazo para recibir ofertar un plazo mínimo, nada impide a la administración interesada en el concurso otorgar un plazo mayor a los quince días establecidos por la ley, siempre y cuando ello responda razonablemente a la complejidad de los bienes y/o servicios a contratar. (...) De conformidad con lo expuesto en el acápite 2.2 del presente oficio, y con fundamento en el artículo 42 de la Ley de Contratación Administrativa el plazo mínimo en que la administración debe prorrogar el plazo para la recepción de las ofertas cuando de manera oficiosa incluye una modificación esencial al cartel, es de 15 días hábiles. (...) (El subrayado es nuestro). En relación con el mismo tema, esta Contraloría General de la República, en la resolución R-DCA-266-2012 de las once horas del 31 de mayo de 2012, manifestó: "(...). No obstante, tal interpretación resulta errónea toda vez que no abarca una interpretación integral del ordenamiento jurídico, y en particular en lo que respecta a la normativa especial que rige en materia de contratación administrativa. A fin de concretar lo dicho, ha de remitirse al contenido del artículo 42 de la LCA referido a la estructura mínima del procedimiento de licitación pública en donde se indica que respecto a él, se respetarán una serie de criterios mínimos, entre ellos, el siguiente: "f) El plazo mínimo para recibir ofertas será de quince días hábiles, contados desde el día siguiente de la publicación del aviso a participar y hasta el día de la apertura de las ofertas, inclusive." En el mismo sentido, el numeral 94 del RLCA dispone que "El plazo mínimo para recibir ofertas será de quince días hábiles, contado desde el día siguiente de la publicación del aviso a participar hasta el día y hora de la apertura de las ofertas, inclusive." Siendo claro así, el plazo mínimo dispuesto legal y reglamentariamente que debe mediar entre el día de la publicación de la invitación y el día de apertura de ofertas. Sin embargo, tratándose de las publicaciones de modificaciones al cartel, intervienen elementos adicionales que han de ser tomados en consideración a fin de determinar si el recurso fue interpuesto en tiempo. Sobre el particular y partiendo de que el recurso se interpone frente a las modificaciones producto de lo resuelto por este Despacho con anterioridad, el artículo 172 del RLCA referido a la objeción en licitaciones públicas dispone que: "Cuando la resolución de la Contraloría General de la República disponga la modificación del cartel, la Administración se encuentra obligada a realizar las enmiendas y publicarlas por los medios correspondientes. Si de las modificaciones efectuadas se derivare una variación sustancial del objeto, la Administración deberá ampliar el plazo de recepción de ofertas, para ajustarlo a los plazos mínimos señalados por este Reglamento." Finalmente, el numeral 60 del RLCA referido a las modificaciones y prórrogas, en lo que interesa, señala: "(...) Con cada modificación podrán variarse todas aquellas cláusulas que así lo ameriten. (...) Por modificaciones no esenciales, se entienden aquellas que no cambien el objeto, del negocio ni constituyan una variación fundamental en la concepción original de éste y deberán comunicarse por los mismos medios en que se cursó la invitación, con al menos tres días hábiles de anticipación al vencimiento del plazo para recibir ofertas. Cuando mediante publicación o comunicación posterior se introduzca una alteración importante en la concepción

original del objeto, los plazos para recibir ofertas serán ampliados, como máximo, en el cincuenta por ciento del plazo mínimos que correspondan de acuerdo con la ley para este tipo de contratación.(...)” Las anteriores normas implican que deben ser fijados varios elementos: la determinación de si las modificaciones realizadas por la Administración con ocasión de lo resuelto por esta Contraloría General responden o no a modificaciones sustanciales y si la ampliación del plazo para recibir ofertas se ajusta a los plazos mínimos dados por ley y reglamentariamente, según sea el caso. En cuanto al segundo de estos elementos, el plazo, conviene tomar en consideración lo expuesto por esta Contraloría General en el oficio No. 04951 (DAGJ-0668-2008) del 02 de junio de 2008 –enunciado por la propia Administración al contestar la audiencia especial- a fin de determinar cómo ha de ser entendido el artículo 60 del RLCA, del cual destaca lo siguiente: “(...) En cuanto a las segundas, es decir las modificaciones esenciales, se definen como aquellas que cambian o modifican sustancialmente el objeto contractual o constituyen una variación fundamental en su versión original. Así, de operarse una de esas modificaciones con posterioridad a la invitación al concurso, el artículo 60 del reglamento ordena ampliar el plazo para la recepción de ofertas un máximo del 50% del plazo mínimo otorgado para el tipo de contratación de que se trate. Al respecto, este despacho es del criterio que esa regulación deberá interpretarse a la luz del inciso f), del artículo 42 de la Ley de Contratación Administrativa, N° 7494 (...) De la regulación transcrita, debe repararse en el hecho de que si bien el legislador ordenó desarrollar lo relacionado al procedimiento de licitación pública en el reglamento correspondiente, también consideró importante dejar constando, a nivel legal, criterios mínimos bajo los cuales cualquier procedimiento de compra ordinario debería implementarse. Elo es fundamental, sobre todo si el plazo mínimo establecido por la ley N° 7494 para recibir ofertas en los procedimientos de licitación pública, es de quince días hábiles, contados a partir del día siguiente de la publicación del aviso a participar y hasta el día de la apertura de las ofertas, inclusive. Esto, definitivamente, es un parámetro legal dentro del cual debe interpretarse y aplicarse el párrafo segundo del artículo 60 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y, por lo tanto, debe entenderse en los siguientes términos: / “Cuando mediante publicación o comunicación posterior se introduzca una alteración importante en la concepción original del objeto, el plazo para recibir ofertas será ampliado un mínimo de 15 días hábiles” (...)” A partir de lo anterior, y siendo así el criterio que define la aplicación por parte de la Administración de un plazo mínimo quince días o tres días, el hecho de que se esté ante modificaciones esenciales o no, previo a pronunciarse de manera definitiva sobre la presentación en tiempo del recurso deben analizarse los alegatos de fondo expuestos por el objetante. Sin embargo, ante la imposibilidad de este Despacho previo a conferir la audiencia especial de conocer las modificaciones del cartel a fin de determinar si la modificación de la cláusula o cláusulas objetadas – en caso de que así fuese- eran o no de carácter esencial o sustancial, se optó por una interpretación a favor de la acción recursiva, por cuanto en el supuesto de que se tratara de modificaciones sustanciales

el recurso estaría presentado en tiempo, toda vez que la Administración no podría de manera alguna establecer un plazo menor al establecido en la ley, y ante el eventual desajuste por parte de la Administración en contra del derecho de recurrir y de la propia acción recursiva tendría que estarse al plazo mínimo de 15 días entre la publicación y el día para recepción de ofertas (...)” (el subrayado es nuestro) . De lo anterior se concluye, que de acuerdo a una aplicación armónica de los artículos 42 inciso f) de la ley de Contratación Administrativa y 60 y 94 de su Reglamento, cuando se realicen modificaciones esenciales al pliego de condiciones, el plazo para recibir ofertas, deberá ser un mínimo de 15 días hábiles, para licitaciones públicas. Ahora bien, para el caso en particular se observa que la Administración ha realizado modificaciones sustanciales al pliego de condiciones, por lo que deberá garantizar a los potenciales oferentes, que entre la publicación y la fecha de apertura, se cuente con un plazo no menor de 15 días hábiles, siendo que sobre esa base es que ha sido admitido el recurso interpuesto. Asimismo, debe tener presente la Administración que deberá proceder a la publicación a derecho de aquellas modificaciones al cartel no publicitadas, a efecto que sean del respectivo conocimiento. Por todo lo anteriormente dicho, se **declara con lugar** el recurso incoado en este punto.

Comentario de oficio sobre las posibles denuncias indicadas en el escrito de objeción:

Se le hace ver a la recurrente, que en caso de considerar que existen situaciones irregulares en el trámite del procedimiento administrativo, por las cuales considere necesario interponer una denuncia formal ante este órgano contralor, deberá dirigir al Área de Denuncias e Investigaciones de este órgano contralor, con la fundamentación y el desarrollo necesario requerido para estos trámites, siguiendo para ello los Lineamientos para la Atención de Denuncias planteadas ante la Contraloría General de la República, publicada en La Gaceta N°238 del 9 de diciembre de 2005.-----

POR TANTO

Con fundamento en lo señalado y lo dispuesto por los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 81 de la Ley de Contratación Administrativa y 170 y 172 de su Reglamento, **se resuelve: 1) Declarar parcialmente con lugar los recursos de objeción** interpuestos por **Vallas y Gigantografías de Costa Rica S.A, y EQUIPAMIENTOS URBANOS DE COSTA RICA S.A.**, en contra las modificaciones del cartel de la **Licitación Pública No. 2015LN-000003-99999**, promovida por la **MUNICIPALIDAD DE SAN JOSÉ** para el “Suministro, Instalación y Mantenimiento de Parabuses, Mupis y Basureros y Explotación Comercial de Espacios Publicitarios e Informativos por diez años”. **2) Proceda la Administración**

a efectuar las modificaciones correspondientes al cartel, y brindarles la publicidad respectiva. **3)**

Se da por agotada la vía administrativa. -----

NOTIFÍQUESE.-----

Edgar Herrera Loaiza

Gerente Asociado

Marco Antonio Loáiciga Vargas

Fiscalizador

MALV/yhg

NI: 653-1100-1392-1541

NN: 0622 (DCA-1524-2016)

Ci: Archivo central

G: 2015003269-3