



R-DCA-383-2016

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las catorce horas con veinte minutos del nueve de mayo del dos mil dieciséis.-----

Recursos de objeción interpuestos por las empresas **Grupo Orosi S. A** y por **Constructora Montedes S. A**, en contra del cartel de la **Licitación Pública No. 2016LN-000002-0012600001**, promovida por el Patronato de Construcciones, Instalaciones y Adquisición de Bienes de la Dirección General de Adaptación Social, para la contratación de “Movimiento de tierras y construcción de infraestructura en complejo La Reforma”.-----

RESULTANDO

I. Que la empresa Grupo Orosi S. A y Constructora Montedes S. A. el veintiséis de abril del dos mil dieciséis, presentaron recurso de objeción contra el cartel de la referida Licitación Pública No. 2016LN-000002-0012600001.-----

II. Que mediante auto de las ocho horas y diecisiete minutos del veintiocho de abril del dos mil dieciséis se otorgó audiencia especial a la Administración licitante. Dicha audiencia fue atendida mediante oficio No. PI-0105-2016, del tres de mayo del dos mil dieciséis.-----

III. Que esta resolución se emite dentro del plazo fijado en el ordenamiento jurídico, habiéndose observado las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias correspondientes.-----

CONSIDERANDO

I. SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS RECURSOS. El artículo 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), dispone: ***“El recurso deberá presentarse con la prueba que se estime conveniente y debidamente fundamentado a fin de demostrar que el bien o el servicio que ofrece el recurrente puede satisfacer las necesidades de la Administración. Además, deberá indicar las infracciones precisas que le imputa al cartel con señalamiento de las violaciones de los principios fundamentales de la contratación administrativa, a las reglas de procedimiento o en general el quebranto de disposiciones expresas del ordenamiento que regula la materia.”*** (Destacado es propio) Al respecto, en la resolución No. R-DCA-577-2008, de las once horas del veintinueve de octubre del dos mil ocho, este Despacho señaló: ***“La Administración Licitante, se constituye en el ente que mejor conoce las necesidades que pretende satisfacer, por tanto es, la llamada a establecer los requerimientos cartelarios bajo su potestad discrecional y atendiendo al interés público. Como consecuencia de lo anterior, no resulta factible que este Despacho pueda imponer, sin justificación técnica y jurídica categórica, la adquisición de otro equipo diferente al***

que consta en el pliego cartelario. (...) el objetante que pretenda obtener un resultado favorable a raíz de su recurso de objeción, cuestionando requerimientos cartelarios, deberá reflejar en su escrito al menos los argumentos suficientes para acreditar que no existe justificación técnica, legal o financiera alguna por parte de la Administración para esa exigencia. Lo anterior, tomando en consideración que como resultado del fin público que en principio, persiguen los actos administrativos, estos se presumen dictados en apego al ordenamiento jurídico. Derivado de lo expuesto, cada pliego de condiciones se entiende circunscrito a los principios de contratación administrativa, y en general al ordenamiento jurídico. No obstante, el propio ordenamiento jurídico, a sabiendas de que las conductas administrativas no en todos los casos son precedidas de los estudios de rigor, necesarios y suficientes para garantizar su apego íntegro a nuestro sistema de normas vigente, prevé la posibilidad a los sujetos particulares de desvirtuar dicha presunción. Para ello el objetante, deberá realizar un ejercicio tendiente a cuestionar y evidenciar que el acto recurrido es contrario a los principios rectores de la contratación administrativa. En ese mismo sentido el mencionado artículo 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), es sumamente claro al determinar que quien acciona en la vía administrativa a través del recurso de objeción, tiene la carga de la prueba, de manera que debe presentar, aportar y fundamentar debidamente la prueba correspondiente, a fin de demostrar que el bien o servicio que ofrece satisface las necesidades de la Administración, así como comprobar las infracciones que se le imputan al cartel, las violaciones a los principios de contratación administrativa o quebranto a cualquier regla de procedimiento o del ordenamiento en general." (Destacado es propio) Bajo las anteriores consideraciones, esta Contraloría General analizará los argumentos expuestos en los recursos presentados y declarará sin lugar aquéllos carentes de fundamentación, para lo cual servirá de sustento y motivación lo antes indicado.-----

II. SOBRE EL FONDO. A) Recurso presentado por la empresa Grupo Orosi S. A. 1) Sobre la visita de campo. La empresa objetante señala que el ministerio requirió una visita de campo, fijada para el 21 de abril de 2016, en la que se realizarían las aclaraciones con respecto al manejo, ubicación del proyecto y especificaciones. Además, señala que se verían los accesos que se utilizarían por la empresa y algunas condiciones especiales que no aparecerían en planos. Expone que dicha visita implicaba un estudio de planos en menos de tres días hábiles, sin embargo, señala que para su estudio dichos planos debían ser retirados en papel en una

empresa ubicada en San Pedro de Montes de Oca, siempre y cuando se contara con una boleta de autorización del Departamento de Infraestructura Penitenciaria del PCIAB del Ministerio, lo que implica un trámite administrativo que lleva como consecuencia tiempo, con lo que señala que con gran esfuerzo se podrían contar con un par de días para estudiar los planos. Señala que fijar la visita de campo para apenas tres días después de la invitación es un obstáculo injustificado a la participación. Resalta además que el cartel no se ha consolidado, por cuanto se podían presentar aún objeciones. Solicita se permita realizar la visita de campo en fecha posterior, luego de estudiar los planos. La Administración expone que dicho argumento no es correcto, pues no se niega ni obstaculiza la participación a cualquier eventual oferente, en donde señala que participaron veintinueve personas, los cuales tuvieron tiempo para analizar el cartel y solicitaron aclarar dudas. Añade que por la naturaleza del sitio donde se ubica el proyecto (centro penal) el Departamento no puede programar ingresos al centro penal de forma aleatoria y a gusto de cada posible oferente, además de la posible objeción de los oferentes que sí cumplieron con la mencionada visita. Manifiesta que la pregunta se programó dentro del primer tercio del tiempo para presentar ofertas, pues si se hubiera programado dentro del segundo o tercer tercio, ninguno de los oferentes habría podido solicitar aclaraciones de ningún tipo, lo que podría dejar dudas a éstos. **Criterio de la División.** De frente a lo expuesto, en primera instancia es de resaltar que dicha visita de campo no se estableció como un requisito de admisibilidad, por el contrario, forma parte del sistema de evaluación y por consiguiente tal aspecto no constituye en sí mismo en una limitación a la libre participación. Por otro lado, la Administración explica que el establecimiento del plazo se debe tanto a la posibilidad de formular aclaraciones, como a las particularidades del objeto, pues al ser un centro penitenciario no se tiene un acceso irrestricto a éste. Considerando lo anterior, muy particularmente que según expone la Administración: *“Si bien los planos no son entregados digitalmente, el cartel sí es obtenible de manera digital...”* (folio 73 del expediente de la objeción), y *“...se muestra la lista de 29 personas que asistieron a la visita [...] Por la naturaleza del sitio donde se ubica el proyecto (centro penal) este Departamento no puede programar ingresos al centro penitenciario de forma aleatoria y a gusto de cada posible oferente...”* (folio 75 del expediente de la objeción) estima este Despacho que la determinación de la visita se encuentra justificada y no es una imposición arbitraria por parte de la Administración, además, no se llegó a demostrar que el plazo propuesto para ello fuera de imposible cumplimiento, ya que más bien la asistencia de 29 personas hace suponer lo contrario, todo lo cual hace que se proceda a

declarar sin lugar dicho aspecto del recurso. **2) Sobre la evaluación de la visita de campo.** La empresa objetante expone que establecer tal aspecto como un aspecto evaluable contraviene los principios que informan la materia y se aparta de las características que la Contraloría General ha definido debe tener dicho sistema (objetividad, pertinencia, trascendencia, entre otros). Señala que en la metodología de evaluación se le otorgará un puntaje de 15% a la empresa cuyo Director Técnico haya asistido a la visita de campo, caso contrario se le otorgará cero. Manifiesta que el plazo dispuesto en la invitación a participar, revisión detallada de planos y la visita de campo, la considera irracional y desproporcionado, además de considerar que es contrario a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública, pues no permite un estudio detenido de los planos, para lo cual menciona la resolución de este órgano contralor No. R-DCA-447-2011. Expone que una de las características de dicho sistema es la trascendencia, para lo cual cita el oficio No. 1390 (DGCA-154-99), por lo que no entiende qué justificación puede existir para asignar un puntaje de 15% a la asistencia a dicha visita de campo, lo que considera que al ser fijada de forma tan temprana introduce un sesgo que atenta contra la objetividad y la igualdad en la valoración de las ofertas, sin que esto introduzca un aspecto cuantitativo o cualitativo porque se le debe otorgar un puntaje, según considera. Solicita se elimine dicho aspecto del sistema de calificación. La Administración indica que la publicación del cartel fue el dieciocho de abril y la visita el veintiuno de abril. Considera que el periodo es razonable, pues si bien los planos no se entregaron digitalmente, el cartel sí se obtiene de forma digital donde se detallan aspectos relacionados a la asistencia del personal a la visita de campo. Señala que dicha visita es trascendente y relevante, pues se tiene conocimiento sobre los accesos, metodologías de seguridad, tipos de cerramientos, aspectos que dependen de la disposición del personal de seguridad, servicios básicos que deben de ser suplidos por el contratista, los cuales son importantes al realizar el presupuesto de la obra. Indica que por ello se premia a la empresa que asistiera pues podrá prever los pormenores a los que se enfrentará durante el proceso de ejecución contractual, y estar alerta y tener planes alternativos para que se logren los objetivos de la empresa y el Ministerio, con lo que expone se disminuye el riesgo que los oferentes coticen precios que no tomaron en cuenta circunstancias particulares de la obra. Respecto al sistema de evaluación, indica que está orientado a que la Administración escoja la oferta que más satisfaga el interés público. **Criterio de la División.** En relación con el sistema de evaluación, el artículo 55 del RLCA, dispone: *“En el cartel se establecerá un sistema de evaluación, el cual deberá contemplar los factores ponderables, el*

grado de importancia de cada uno de ellos, así como el método para valorar y comparar las ofertas en relación con cada factor./ **La Administración, podrá incluir otros factores de calificación distintos al precio, en el tanto impliquen una ventaja comparativa para la selección de la oferta más conveniente.** No podrán ser ponderados como factores de evaluación los requisitos mínimos legales, técnicos o financieros, que resulten indispensables para la contratación.” (Destacado es propio) Y en relación con dicho sistema, en la resolución No. R-DCA-364-2016 de las quince horas con veintidós minutos del dos de mayo del dos mil dieciséis, este Despacho expuso: “De lo anterior se desprende la facultad que se le reconoce a la Administración para que - además de los requisitos mínimos que establezca -, pueda conceder un puntaje adicional si estos son superados. **Se tiene así que el sistema de evaluación del cartel, busca que la decisión de la Administración sea objetiva y permita la escogencia de la opción que mejor satisface sus necesidades; siendo que dicho sistema es una herramienta que permite seleccionar al contratista idóneo, ponderando distintas condiciones de su oferta.** El sistema de evaluación de propuestas es una obligación legal, contenida en el artículo 42, inciso c), de la Ley de Contratación Administrativa (en adelante LCA), que forma parte de la estructura mínima de la Licitación. **Respecto al sistema de evaluación pueden reconocerse dos características: su pertinencia y su trascendencia, vinculados al objeto contractual. La primera entendida como que los factores que sean adoptados, sean apropiados para evaluar el objeto de que se trate; y la segunda, la trascendencia, contemplada como el factor seleccionado que contribuya a agregar peso en aspectos cuantitativos o cualitativos contenidos en la oferta que se llegue a seleccionar.** En un cartel se pueden ubicar cláusulas de condición invariable y cumplimiento obligatorio, a las cuales deben sujetarse todos los oferentes, **mientras que el sistema de evaluación se compone por cláusulas que se consideran ponderables o de valor agregado, en el tanto implican el reconocimiento de aquellos aspectos adicionales a los requeridos como mínimos.**” (Destacado es propio) Adicionalmente, en los casos que se presenten recursos de objeción contra aspectos contenidos en el sistema de evaluación, en la resolución No. R-DCA-265-2015 de las ocho horas con cuarenta y cinco minutos del diez de abril del dos mil quince, este Despacho indicó: “Como punto de partida es necesario precisar la diferencia que existe entre las cláusulas de admisibilidad y las del sistema de evaluación. Las cláusulas de admisibilidad o condiciones invariables, son aquéllas de cumplimiento obligatorio por parte de los oferentes, y que por ende, en caso de no cumplirse pueden llegar a limitar la

*participación. Por su parte, en el sistema de evaluación se establecen los aspectos que la Administración ha estimado otorgan ventajas comparativas a efectos de seleccionar la oferta que mejor satisfaga su necesidad. El no cumplir lo dispuesto en este tipo de cláusulas de valoración, no genera la exclusión de la propuesta, sino que la consecuencia en caso de incumplimiento es que no se otorgan los puntos asignados. Al respecto, en la resolución R-DCA-203-2013 de las nueve horas del dieciocho de abril de dos mil trece, este órgano contralor indicó: "(...) existen diferencias importantes entre ambos tipos de cláusulas, por cuanto el incumplimiento de las cláusulas de admisibilidad implica la descalificación de la propuesta, según lo dispuesto en el artículo 83 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA) en tanto que la inobservancia de una disposición del sistema de calificación trae como consecuencia el no otorgamiento los puntos, pero no descalifica la oferta" Asimismo, en la resolución No. R-DCA-447-2011 de las nueve horas del once de setiembre de dos mil once, se expuso: "(...) el alegato presentado por la recurrente en este punto se refiere a uno de los factores que componen el sistema de evaluación establecido por la Administración, con lo cual no se limita la participación de determinados oferentes que no cumplen con las características contempladas en el pliego de condiciones. **El sistema de evaluación de las ofertas está orientado a que la Administración escoja la oferta que satisfaga mejor el interés público, mismo que es entera discrecionalidad de la Administración, la cual debe ser conforme a lo establecido en el artículo 55 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa y lo dispuesto en el artículo 16 de Ley General de la Administración Pública.**" Por otra parte, resulta relevante señalar que los aspectos a valorar como parte del sistema de evaluación, recaen dentro del ámbito de la discrecionalidad de la Administración, tal y como lo indicó esta Contraloría General en la resolución R-DJ-284-2010 del 24 de junio de 2010, donde señaló: "**En primer lugar, debe tenerse claro que el sistema de evaluación se encuentra dentro del ámbito discrecional de la Administración con lo cual sería la Municipalidad la llamada a establecer cuáles factores de evaluación vienen a dar un valor agregado al bien o servicio que pretende adquirir. Al respecto, se ha señalado que "la decisión de evaluar determinados factores y la forma en que se ponderarán es una decisión que cabe dentro de la discrecionalidad administrativa (de la Administración) –por supuesto dentro del respeto de la normativa y los principios que informan la contratación administrativa- y sus funcionarios son responsables de tal decisión, toda vez que se parte del principio de que dichos funcionarios se***

han basado para ello en los estudios técnicos, jurídicos y financieros que sustentan su criterio.”(R-DCA-018-2008).” **Ese actuar discrecional de la Administración, encuentra los límites fijados en el numeral 16 de la Ley General de la Administración Pública, los cuales en el presente caso el recurrente no acredita se hayan violentado, en el tanto se limita a requerir que se modifique la evaluación de la experiencia prevista en el sistema de calificación de la contratación, en los términos que él estima procedente, a saber, que no se limite el área del servicio, ni el sector donde se trabaja y que se establezca un sistema de evaluación en fases.**” (Destacado es propio) De frente a esto, según el punto anterior, la fecha en que la Administración determinó la visita, responde tanto a las particularidades del lugar donde se desarrollarán las obras, un centro penal, como al plazo que por ley tienen los oferentes para interponer recursos de objeción o bien aclaraciones, a fin de que éstos las pudieran formular, por lo que se estima que existe una justificación razonable al respecto. Ahora bien, dicho aspecto la Administración lo determinó en el sistema de evaluación, dentro de su discrecionalidad, aspecto que la empresa objetante considera que atenta contra la objetividad e igualdad en la valoración de las ofertas, por cuanto no es pertinente. No obstante, se observa que respecto a dicho aspecto, la Administración señala: **“Se indica que la visita de sitio se torna trascendente y relevante [...] donde pudo tener el conocimiento de los accesos, las metodologías de seguridad, los tipos de cerramientos, aspectos que dependen de la disposición del personal de seguridad, servicios básicos (agua, luz) que deben ser suplidos por el contratista, además dichas variables son de suma importancia para realizar el presupuestos de la obra, [...] por eso se está premiando a la empresa que llegara con el personal que estará en las labores de la construcción, ya que de antemano podrá prever los pormenores a los que se enfrentará durante el proceso de ejecución de la obra y estará alerta y podrá tener planes alternativos para que se logren los objetivos de la empresa y del Ministerio [...].”** (Destacado es propio) (folio 74 del expediente del recurso de objeción). De forma tal, se desprende que dicho aspecto sí resulta pertinente para la ejecución de las obras, por cuanto aquellos oferentes que asistieron a la visita, pudieron tener un panorama real y completo sobre las obras y el contexto en las que se desarrollarán, lo que le permitirá a la Administración contar con ofertas mucho más precisas, según explica. Por otro lado, en relación a la desproporcionalidad de dicho aspecto de evaluación a la que alude la empresa objetante, se extraña por parte de este Despacho la fundamentación y acreditación, bajo los términos que han sido expuestos en la presente resolución. Por lo anterior, se procede

a declarar sin lugar dicho aspecto del recurso. **3) Respecto a las multas.** La empresa objetante explica que el cartel exige que el ingeniero residente y el director técnico se encuentren en el sitio durante el tiempo que se realicen las obras, lo que considera ser contrario al ordenamiento. Señala que el artículo 9 del Reglamento Especial del Cuaderno de Bitácora en Obras del CFIA, no exige obligación para el director técnico de encontrarse en el sitio todos los días, sino solamente el realizar visitas periódicas. Estima desproporcionado cobrar una multa de cien mil colones por cada visita que realicen los inspectores del PCIAB y no se encuentren ambos profesionales. Agrega que no puede exigirse que ambos profesionales estén presentes en cada visita de los inspectores asignados. La Administración indica que se refirió en el recurso presentado por Constructora Montedes. Así las cosas, al responder ese aspecto, explica que se debe entender que el requerimiento es que se encuentre uno de los dos profesionales en el sitio durante todo el tiempo que se realicen las obras. Señala se debe realizar una lectura integral sobre las multas y entender que se aplicarán en los casos donde no se encuentre en el sitio de las obras a ninguno de los dos profesionales. **Criterio de la División.** De frente a lo expuesto, ha de tenerse presente que el cartel del procedimiento indica: ***“En razón que el presente contrato la Administración exige que el Ingeniero Residente y el Director Técnico se encuentren en el sitio durante todo el tiempo que se realicen las obras, se cobrará una multa de cien mil colones exactos (₡100.000,00), por cada visita que realicen los inspectores del PCIAB y no se encuentre alguno de los dos responsables (Director Técnico o Residente), se deberá dejar consigna en bitácora de la hora de llegada de la inspección y, si la término de está (sic) no se ha presentado alguno de los profesionales pertinentes, se procederá al cobro de dicha multa, la cual será pagada al final del proyecto al PCIAB o será rebajada al final del proyecto de las retenciones que la Administración realizó.”*** (Destacado es propio) (folio 104 del expediente del recurso de objeción) Ahora bien, la Administración expone: ***“En este sentido, debe hacerse una lectura integral de lo dispuesto en el párrafo sobre las multas y entender que la multa se aplicará en los casos donde se encuentren en el sitio de las obras ninguno de los dos profesionales (Director Técnico o Ingeniero Residente) [...] Como se puede observar en este punto, lo que se pretende es que se encuentre uno de los dos profesionales en el sitio durante el tiempo que se realicen las obras.”*** (Destacado es propio) (folios 69 y 70 del expediente del recurso de objeción). Ante esto, resulta claro que la imposición de la multa obedece a que en el proyecto al momento de realizar la visita no se encuentren alguno de los dos profesionales; sin embargo,

estima este Despacho que la forma en cómo la cláusula cartelaria está redactada puede llevar a confusión, pues en una parte señala que ambos profesionales deben estar, y luego que puede estar sólo uno de los profesionales. Así las cosas, se declara con lugar este extremo del recurso y deberá la Administración adecuar el cartel de forma que según como lo expone, la exigencia es que podría estar uno de los dos profesionales. Ahora bien, respecto a la desproporción que alude la empresa objetante sobre el monto, se extraña la acreditación y la correspondiente fundamentación, por lo que se declara sin lugar dicho aspecto del recurso, por falta de fundamentación. Así las cosas, se declara parcialmente con lugar este aspecto del recurso. **B) Recurso presentado por la empresa Constructora Montedes S. A. 1) Sobre la forma de cotizar el proyecto.** La empresa objetante indica que en el cartel se señala que el proyecto será llave en mano, pero que en la visita preoferta se les indicó un sistema muy distinto al concepto de sumaalzada, pues explican un sistema híbrido entre sumaalzada y precios unitarios, de lo cual considera genera confusión, y que no habría forma de presentar ofertas comparativas o equivalentes, pues el precio de oferta no será definitivo, por el contrario se estaría ajustando de acuerdo a las cubicaciones realizadas en campo, como si fuera un proyecto de precios unitarios. Explica que los contratos de llave en mano, con frecuencia el contratista tiene un compromiso de entregar la obra completamente terminada y en estado de funcionamiento contra la entrega de un monto fijo, en el que se basan en el proyecto suministrado por la Administración, pero los riesgos de errores los asume el contratista, que se encuentra obligado a realizar un estudio completo exhaustivo del proyecto que le entrega el contratista y añadir todo aquello que considere falte, lo que considera para este caso no es posible realizar dadas las medidas de seguridad que imperan, pues sólo se tiene acceso a planos y algunos estudios de suelos. Por otro lado, en el caso de los contratos de precios unitarios fijos, se aplican a cubicaciones provisionales de obra establecidos por el servicio y el valor total corresponde a la suma de productos de los referidos precios por dichas cubicaciones, y que estos se entienden definitivos. Ante esto, se cuestiona si el sistema de contratación será el mejor para el objeto del contrato, pues al realizar las excavaciones del sitio pueden existir formaciones importantes de roca o materiales que deben de ser tratados con explosivos o equipos especiales. Sin embargo, considera que si el sistema corresponde a sumaalzada y los planos definitivos son entregados al contratista de obra, para establecer el precio final y los planos son solo para realizar ofertas comparables, que sería una buena forma de asegurar el quantum del proyecto. Ahora, en el caso del sistema de precios unitarios, señala que le permitirá a la

Administración realizar cambios importantes mientras se encuentran en la construcción, considera que la incertidumbre con la que se puede trabajar es menor, pero no le garantiza a la Administración el monto definitivo del proyecto hasta que se termine la obra. Solicita se defina si el proyecto será por suma alzada y si los planos son definitivos, o si será por precios unitarios, debiendo aportarse el sumario de cantidades para establecer los precios unitarios. La Administración señala que se debe presentar tabla de pagos, según la página 83 del cartel, con las cantidades estimadas por el oferente según los planos suministrados por el Departamento de Infraestructura, los cuales son la base para realizar los pagos de avance de obras. Señala que en la facturación se procederá a revisar las cantidades indicadas por el contratista en sitio, y pagándose las cantidades y trabajo real, tomando como base la tabla de pagos, según el punto 18 del cartel. Además, expone que el contratista no puede cobrar mayor cantidad indicada en tabla de pagos, sin posibilidad de cobrar más, pues es un cálculo estimado por la empresa adjudicataria, salvo las situaciones de imprevistos. Explica además, que según el punto tres, el proceso corresponde a un proyecto llave en mano, por lo que el contratista debe contemplar todas las actividades que requiera el proyecto y asumir todos los costos inherentes, lo cual, según señala, es para asegurar que el contratista cumpla con cada una de las actividades del proyecto, asegurándose el recibo a satisfacción en su totalidad. Indica que en el caso de solicitar la presentación de los costos unitarios y totales en la hoja de cotización del cartel, lo que se pretende es que se presente un presupuesto detallado del proyecto, en el que el precio total ofertado, al ser definitivo e invariable, servirá de parámetros para la comparación de ofertas. Explica que si se detecta que el contratista realizó cálculos erróneos en la oferta, se procederá a pagar las cantidades realmente ejecutadas por el contratista en cada una de las actividades, pues señala que no es aceptable pagar aquellas sumas por actividades que no se realizaron o que se realizaron en cantidades menores a las estimadas. Manifiesta que los precios se entienden definitivos e invariables, y las mediciones se ajustarán a las obras efectivamente realizadas y verificadas. **Criterio de la División.** La empresa objetante, señala: *“Se entiende que este tipo de contratos denominado con frecuencia llave en mano, el Contratista tiene un compromiso de entregar la obra completamente termina (sic) y en estado de funcionamiento contra la entrega de un monto fijo, repartido en plazos pactados previamente, de acuerdo con el avance de la obra y el plazo establecido en el cartel y conforme lo indicado en los planos facilitados por la Administración/ Se entiende en los casos por contrato de precios unitario fijos, que estos se aplican a cubicaciones provisionales de obra establecidos*

por el servicio y cuyo valor total corresponde a la suma de los productos de los referidos precios por dichas cubicaciones. [...] solicitamos que se defina si el proyecto será por suma alzada y si los planos con los que se cuentan son los definitivos, o si será por precios unitarios, a lo cual se deberá suministrar el sumario de cantidades para establecer los precios unitarios.” (folio 50 del expediente del recurso de objeción) Ante esto, la Administración indica: “Se aclara que el oferente debe presentar tabla de pagos tal y como se establece en la página 83 del Cartel de licitación, con las cantidades estimadas por el Oferentes según planos suministrados por el Departamento de Infraestructura, el cual es la base para realizar los pagos de avance de obras. [...] Por otra parte según lo indicado en el punto 3 (Control de Trabajo) de las Condiciones Especiales del cartel, el presente proceso de licitación corresponde a un proyecto llave en mano, en razón de que el contratista deberá contemplar todas las actividades que requiera dicho proyecto y asumir la totalidad de los costos inherentes al mismo, este tipo de contratación es escogida por la Administración con el fin de asegurar que el contratista cumpla con cada una de las actividades del proyecto, de manera que la Administración se asegure el recibo a satisfacción del proyecto en su totalidad, sin tener que recurrir a otra licitación para realizar aquellas actividades que no fueron cubiertas por el contratista. Por otra parte, al solicitarse en el cartel (páginas 83 y 84), lo que la Administración persigue es que los oferentes presenten un presupuesto detallado del proyecto, en donde el precio total ofertado, al ser un precio definitivo e invariable, servirá de parámetro para la comparación de las ofertas [...]” (folio 65 del expediente del recurso de objeción). Al respecto, es de notar que lo expuesto por el recurrente resulta ser una aclaración sobre la forma en que se debe cotizar el presente objeto, la cual es resuelta por la Administración. Ante esto, se procede a rechazar este aspecto del recurso por cuanto las aclaraciones son de resorte exclusivo de la Administración, conforme lo dispone el artículo 60 del RLCA, al indicar: “Las aclaraciones a solicitud de parte, deberán ser presentadas ante la Administración, dentro del primer tercio del plazo para presentar ofertas y serán resueltas dentro de los cinco días hábiles siguientes a su presentación. Las que sean presentadas fuera de ese plazo podrán ser atendidas, pero no impedirán la apertura de ofertas señalada” y el artículo 172 del RLCA, que dispone: “Cuando resulte totalmente improcedente por el fondo o la forma, ya sea, entre otras cosas, porque se trate de simples aclaraciones, o porque no se presenta debidamente fundamentado, será rechazado de plano en el momento que se verifique tal circunstancia.” No obstante, se deberá estar a lo expuesto por ésta. **2) Respecto a la maquinaria solicitada.** La empresa objetante expone que el cartel determina un

listado de maquinaria a requerir, de lo cual señala: **i)** Sobre el requerimiento que el equipo sea igual o superior al año 2005. Expone que tal requerimiento limita la participación de los oferentes que no cuenten con equipo ni maquinaria con esos años de fabricación, además que no existe justificación técnica para solicitar esa restricción, pues dicha solicitud no garantiza que el equipo y maquinaria se encuentren en óptimo estado de funcionamiento para la ejecución de la obra. Propone que se abra la posibilidad de equipo sin importar su año de fabricación, pues el estado mecánico, potencia, capacidad y maquinaria pueden ser verificado a través de otros medios que garanticen su buen funcionamiento, como por ejemplo aportar declaración jurada o certificación de un mecánico que garantice su buen estado para la ejecución de las obras, además de su respectiva revisión técnica, o cualquier otro documento. **ii)** Sobre el Back hoe Caterpillar 430 F. La empresa objetante explica que se hizo consulta a los representantes de la marca en el país, y se les señaló que ese modelo no es común en el país, por lo que considera que establecer ese modelo limita la participación y solicita se sustituya la posibilidad de ofrecer uno similar. La Administración expone que si bien la maquinaria igual o superior al año 2005, puede presentar fallas mecánicas que impedirían la ejecución del proyecto, señala que es menos probable que se falle con modelos recientes, pues señala que dicha maquinaria se encuentra en garantía, tiene soporte técnico, pueden contar con garantías extendidas, los repuestos se encuentran en stock, lo cual en muchos casos a modelos anteriores no se les brinda mantenimiento. Señala que es su deber que los trabajos se realicen con la mayor eficiencia y eficacia posible y aclara además que la tabla maquinaria incluida en el cartel es maquinaria mínima con que debe contar el oferente, y que la demás que éste incluya en el momento de ejecución de las obras no será excluida del proyecto a pesar de no ser 2005 o superior. Agrega que no se restringe la participación de los oferentes que cuenten con maquinaria y equipo con esos años de fabricación, pues señala que en el punto cinco del cartel, se indica que de no contar con la maquinaria y el título de propiedad, el oferente debe presentar contrato de alquiler o proforma de compra que indique que se cuenta o contará con dicha maquinaria para las labores a ejecutar. Explica que el Reglamento a la Ley del Impuesto sobre la Renta, indica que toda la maquinaria y equipo de construcción tiene una vida útil de siete años, en el cual estos tienen toda la potencia y capacidad. Expone que el establecerse en el cartel el año dos mil cinco en adelante se pretende que no se sobrepase más de cinco años después del vencimiento de la vida útil, pues señala que todavía esa maquinaria puede contar con el rendimiento, potencia y velocidad similar o superior a los equipos solicitados. Señala que

la maquinaria reconstruida o refaccionada no tiene el mismo funcionamiento. Por otro lado, indica que el Decreto No. 35765-MOPT, en la fijación de tarifa de alquiler de maquinaria, expone que se realiza una diferencia de costos entre la maquinaria dentro de la vida útil y fuera de vida útil, y que se especifica cuántos años es el rendimiento de la vida útil del bien. Así, señala que al establecer el parámetro del tiempo, pretende asegurar que la maquinaria esté dentro de los parámetros óptimos de rendimiento establecidos por los fabricantes, e incluso indica que posterior a ese periodo, los fabricantes no indican que la maquinaria cumplan los parámetros de potencia, resistencia y rendimiento. Manifiesta que no son de recibo los argumentos indicados por el objetante. En relación con la solicitud del modelo Caterpillar 420F, señala que debe entenderse similar al modelo 430F, señalando que el cartel prevé la posibilidad de ofrecer maquinaria similar o superior al establecido en la tabla, y que para el caso particular, entiende que el Backhoe Caterpillar 420F entra dentro de la categoría similar a la Caterpillar 430F. **Criterio de la División.** La empresa objetante desarrolla su objeción en dos sentidos, el primero se refiere al año de fabricación mínimo que se exige a la maquinaria del proyecto; y el segundo, sobre la posibilidad de ofertar un modelo similar al requerido en el cartel. Sobre el año de fabricación mínimo solicitado en el cartel, la empresa objetante expone: *“El cartel solicita el equipo y maquinaria debe ser igual o superior al año 2005, no obstante tal restricción en primer lugar limita la participación de todos aquellos posibles oferentes que no cuenten con equipo ni maquinaria con esos años de fabricación, por otro lado no existe ninguna justificación técnica para solicitar tal restricción, ya que el equipo y maquinaria con los años de fabricación solicitado en el cartel podría eventualmente tener fallas mecánicas que impedirían la ejecución del proyecto, por lo que tal limitación no garantiza que el equipo y maquinaria se encuentren en óptimo estado de funcionamiento para la ejecución de la obra. [...] Lo anterior también encuentra sustento el hecho de que muchos estos equipos tales como el equipo especial y vagonetas son reconstruidos y pueden volver a funcionar con toda su potencia y capacidad. Por tal motivo no resulta válida tal limitación al cartel y solicitamos no se restrinja la participación en los años de fabricación del equipo y maquinaria a proponer.”* (folio 51 del expediente del recurso de objeción) Ahora, la Administración señala: *“Si bien es cierto la maquinaria igual o superior al año 2005, puede tener fallas mecánicas que impedirían la ejecución del proyecto, es menos probable que fallen a una maquinaria con (sic) de modelos anteriores, dado que la maquinaria posterior al 2005 en muchos casos aún se encuentra en garantía, tiene soporte técnico más actualizado por parte del vendedor, pueden contar con garantías extendidas, sus repuestos aún*

se encuentran en stock por parte de los vendedores, en muchos casos a modelos anteriores no se les brinda mantenimiento./ Es debe de esta dependencia que los trabajos se realicen con la mayor eficiencia y eficacia posible, vigilando no tener que cobrar multas, por que el argumentar atrasos por fallas en la maquinaria no es válido.” (folio 67 del expediente del recurso de objeción) De frente a esto, la determinación por parte de la Administración de dicho requerimiento obedece a su interés que los trabajos se realicen sin atrasos, señalando que para los modelos dos mil cinco o superiores se cuenta con mayores posibilidades de contar con sus reparaciones de manera más pronta. Por otra parte, la pretensión de la empresa objetante es que no se restrinjan los años de los equipos requeridos; sin embargo, éste no llega a acreditar que equipos con años anteriores puedan ser similares a los equipos del año dos mil cinco o superiores, de forma que los trabajos que se puedan realizar con éstos, se puedan realizar de igual manera con los equipos de años inferiores, así como que en caso de averiarse, se contará con facilidad para una reparación oportuna, sin perjudicar el avance del proyecto. De lo cual se desprende que el oferente no necesariamente debe incurrir en altos costos para cumplir con el requisito cartelario, pues puede presentar contratos de arrendamiento. Adicionalmente, debe tenerse presente que el cartel establece: “5. Admisibilidad de las ofertas/ [...] r. Deberá presentar el título de propiedad o el contrato de alquiler de equipo o proforma de compra que indique que el oferente cuenta o contará con la siguiente maquinaria disponible: [...]” (folio 985 del expediente del recurso de objeción), con lo cual existe la posibilidad de alquiler de equipo. Finalmente, y no menos importante, ha de tenerse presente que las obras se pretenden desarrollar en un centro penal, con lo cual se torna razonable que se establezcan requisitos que procuren la realización del proyecto en los términos pactados, a fin de llegar a buen término las obras. De modo que dicho aspecto del recurso se procede a declarar sin lugar, por falta de fundamentación. Por otro lado, respecto al modelo similar al requerido en el cartel, es preciso indicar que el cartel, respecto a este aspecto, indica: “Se tomarán como similares aquellos equipos que tengan el rendimiento, potencia y velocidad iguales o superiores a los equipos de la tabla anterior.” (folio 95 del expediente del recurso de objeción) De frente a esto, resulta claro que se permite la cotización de equipos similares a los indicado en el cartel, en el tanto se cumplan con los parámetros ahí consignados. Por otro lado, la Administración en relación con este aspecto señaló: “Esta Administración aclara que el cartel preveía la posibilidad de ofrecer maquinaria similar al establecido en la tabla, en el caso particular esta Administración entiende que el Backhoe Caterpillar 420 F entra dentro de la categoría “similar” a la Caterpillar 430F, por

lo cual es perfectamente admisible.” (folio 69 del expediente del recurso de apelación). Así las cosas, siendo que el cartel es abierto a la posibilidad de ofrecer modelos similares al requerido, se declara sin lugar este aspecto del recurso. Ahora bien, dado que la Administración aclara a la empresa objetante sobre el modelo señalado en su recurso, se deberá estar a lo expuesto por ésta. **3) Sobre las multas.** La empresa objetante señala que las multas resultan exorbitantes en relación a la actuación que la Administración pretende sancionar. Indica que el cartel solicita como requisito un ingeniero con 15 años de experiencia, y a la vez solicita un ingeniero residente, pero solicita que ambos profesionales deben de permanecer en el proyecto durante el tiempo que dure la obra, y que el incumplimiento de esto acarrea la multa establecida de cien mil colones, por cada visita en la que alguno de los dos profesionales no se encuentren. Considera se debe ajustar lo solicitado a lo regulado por el CFIA, respecto al Director Técnico, pues se debe realizar una visita al proyecto a la semana. La Administración explica que se debe entender que el requerimiento es que se encuentre uno de los dos profesionales en el sitio durante todo el tiempo que se realicen las obras. **Criterio de la División.** Siendo que este aspecto es coincidente a lo expuesto por la empresa Grupo Orosi S. A., se deberá estar a lo expuesto por este Despacho anteriormente. Así las cosas, se procede a declarar con lugar dicho aspecto del recurso. **4) Sobre la garantía sobre el proyecto.** La empresa objetante indica que la garantía requerida resulta contraria a lo establecido a la norma a aplicar, pues el contratista estaría rindiendo una garantía sobre vicios por algo indeterminado e incierto, pues si la Administración dentro de un periodo de años, determina la existencia de un vicio oculto debe proceder a la demostración y estimación para su cobro sin que exista obligación del contratista de rendir una garantía para tales efectos. Solicita se modifique la cláusula de forma que se permita rendir una garantía de cumplimiento de conformidad con lo establecido en el artículo 34 de la LCA, y 40 del RLCA. La Administración aclara que todo oferente que pretenda brindar los servicios de construcción de obra pública, debe cumplir con lo dispuesto en la normativa pertinente. Indica que en el artículo 35 de la LCA, se establece el plazo de diez años para vicios ocultos, con lo que señala que dicha garantía encuentra fundamento en la normativa vigente y atinente a la materia. Señala además, que no se está requiriendo la rendición de una garantía extraordinaria a la naturaleza por la norma, ni es adicional de las garantías de cumplimiento o participación; sino que se advierte del derecho legal que le corresponde a la Administración en caso de vicios ocultos y su obligación de responder. Además, aclara que el cartel en el apartado 12, requiere al adjudicatario la presentación de una garantía de cumplimiento de un siete por

ciento sobre el monto total adjudicado. Explica que la garantía de cumplimiento es un depósito o un seguro dinerario al que la Administración podrá hacer uso para retribuirse ciertos daños, mientras que en el caso de la establecida en el artículo 35 de la LCA, es un compromiso legal del oferente y un derecho de la Administración, que se ejecutaría bajo los procedimientos y supuestos establecidos. **Criterio de la División.** De frente a lo expuesto, llama la atención que la empresa objetante no acredita que la garantía solicitada por la Administración sea contraria a la ciencia, la técnica, el ordenamiento y los principios que informan la materia. Ante tal situación, se procede a declarar sin lugar el recurso. No obstante se deberá estar a lo expuesto por la Administración en cuanto que indica: *“En este sentido, **la Administración no está requiriendo al oferente la rendición de una garantía extraordinaria a la misma naturaleza a las dispuestas por la norma, ni adicional de las garantías de cumplimiento o participación, sino que advierte a quien resulte adjudicatario sobre el derecho legal que asiste a la Institución en caso de vicios ocultos y la obligación de aquel de responder como en Derecho corresponda.**”* Cabe agregar que el numeral 35 de la Ley de Contratación Administrativo dispone que: *“Si se trata de obras públicas, el término para el reclamo indemnizatorio originado por vicios ocultos, será de diez años, contados a partir de la entrega de la obra.”* (Destacado es propio) (folio 71 del expediente del recurso de objeción) **5) Sobre la posibilidad de retenciones por diversas causas.** La empresa objetante expone que en el cartel se deja la posibilidad a la Administración de realizar retenciones en los pagos al contratista si median diferentes situaciones, lo cual considera irrespeta los principios de contratación administrativa de buena fe, además señala que los presupuestos que se enlistan para la retención de pagos o su modificación en el caso de demandas presentadas contra el contratista, no sólo infringe el derecho de pago del contratista, sino que no se indica qué tipo de demanda se ajustaría a dicho presupuesto, lo que considera generaría un estado de indefensión. Respecto al incumplimiento de pagos a subcontratistas y daño a otro contratista, señala que esto es una relación eminentemente privada por lo que podría limitarse mediante norma cartelaria. Señala que en caso del pago al subcontratista genere el atraso de los trabajos sería una situación diferente en la cual se vería afectada la ejecución de la obra, pero que esto no lo expresa la norma cartelaria. Por otro lado, en cuanto a la duda razonable y los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento señala que se encuentra el resarcimiento en la garantía de cumplimiento, cláusulas penales y sanciones dispuestas por el cartel, por lo que considera no ser necesaria la retención. Además, señala que no se determina procedimiento ajustado a Derecho donde

establezca el proceder para la imposición de dicha sanción. La Administración aclara que la disposición cartelaria sobre las retenciones encuentra con el fundamento del artículo 46 del RLCA, por lo que considera que la disposición cartelaria no es antojadiza. Indica que la Administración debe procurar asegurarse diversas situaciones que ponen en riesgo la ejecución total de la obra y evitar el acaecimiento de escenarios en las que se pretenda hacer responsable a la institución por relaciones de carácter privado. Manifiesta que se pretenden prevenir situaciones contrarias a la correcta ejecución del contrato, por lo que el administrador del contrato podrá retener los pagos o anularlos con el fin de asegurar obligaciones legales con la Administración o con terceros involucrados que haya acreditado su derecho en sede judicial.

Criterio de la División. El artículo 46 del RLCA, dispone: ***“La Administración, podrá incorporar en el cartel cláusulas de retención porcentual de las sumas pagadas, cuando ello resulte conveniente para asegurar una correcta ejecución contractual. El monto máximo de esas retenciones será de un 10% de los pagos a realizar.”*** (Destacado es propio). En relación con lo anterior, en la resolución No. R-DCA-855-2015, de las catorce horas con treinta y cinco minutos del veintidós de octubre del dos mil quince, esta Contraloría General indicó: ***“Al respecto, se debe señalar que la disposición contenida en el artículo 46 del Reglamento a la Ley tiene como objetivo que la Administración se asegure una correcta ejecución contractual para lo cual retendrá un porcentaje de los pagos que realiza al contratista.”*** (Destacado es propio) Y respecto a dicha cláusula, la Administración expone: ***“Como se observa, la disposición cartelaria no es antojadiza de esta Administración, sino que su establecimiento se hace con base en una potestad otorgada por la normativa en contratación administrativa. En este sentido, este Ministerio debe procurar asegurarse que diversas situaciones que ponen en riesgo la ejecución total de la obra no afecten la satisfacción del interés público; así como evitar el acaecimiento de escenarios en los que se pretende hacer responsable a la Institución por relaciones “de carácter privado” entre el contratista y otras partes involucradas.”*** (Destacado es propio) (folio 72 del expediente del recurso de objeción). De frente a lo anterior, es claro que la determinación de las retenciones se encuentra dentro del ámbito discrecional de la Administración, en el tanto se sujete a los supuestos descritos por el artículo 46 del RLCA. No obstante, en el pliego de condiciones respecto a dicho aspecto, se señala: ***“Además, el ADMINISTRADOR DEL CONTRATO podrá retener, a causa de evidencia descubierta, y también anular todo o parte de cualquier pago, hasta donde sea necesario para proteger al Patronato de Construcciones, Instalaciones y***

*Adquisición de Bienes y el Ministerio de Justicia y Paz de incurrir en pérdidas a causa de: a. Demandas presentadas contra el CONTRATISTA./ b. Incumplimiento del CONTRATISTA en los pagos a los subcontratistas o a sus proveedores de materiales y mano de obra./ c. Obras defectuosas que no hayan sido corregidas./ d. Una duda razonable de que la obra pueda ser terminada con el saldo a pagar./ e. Daño a otro CONTRATISTA./ f. Indemnización de daños y perjuicios ocasionados por incumplimiento imputable al CONTRATISTA.” (Destacado es propio) (folio 104 vuelto del expediente del recurso de objeción). Ante esto, en primera instancia se le indica a la Administración que el artículo 46 del RLCA, es claro al indicar: **“El monto máximo de esas retenciones será de un 10% de los pagos a realizar.”** (Destacado es propio), por lo que no es posible que se realicen retenciones de todo el pago, debiendo proceder a suprimir tal aspecto. Asimismo, además de lo señalado, respecto a los puntos a, b y f, en la resolución No. R-DCA-340-2015 de las quince horas cincuenta y cuatro minutos del cuatro de mayo del dos mil quince, este Despacho dispuso: **“Lo anterior, siendo de que este órgano contralor en resoluciones anteriores (R-DCA-907-2014 de las quince horas cincuenta y cinco minutos de dieciséis de diciembre del dos mil catorce) ha señalado que el pago a los subcontratistas debe realizarlo directamente el contratista y no la Administración, siendo que se trata de una relación de índole privada que debe ser resuelta por las partes intervinientes. Por lo que, no se comparte el argumento invocado por la objetante de que al permitirse subcontratar un 50% y haber establecido la Administración un 2% de retención se le dejaría a la libre al contratista titular el pago de un 48%, dado que no es la Administración la que debe realizar el pago de las deudas sino le corresponde al contratista, el cual debe honrar las obligaciones que tenga con los subcontratistas que haya contratado.”** (Destacado es propio) De lo cual se desprende que los motivos por los que operan las retenciones deben surgir de aspectos propios de la relación entre la Administración y el contratista, no así de aquéllos que se originan de la acción del contratista en relación a un tercero, debiendo éstos de ventilarse ante las instancias correspondientes. Ahora bien, respecto a los puntos c, d y e, son aspectos que pueden originar una posible resolución contractual, en tanto hechos vinculados con la obra, para lo cual existen procedimientos ya determinados. Así las cosas, deberá la Administración suprimir del cartel, el párrafo antes transcrito, lo que implica declarar parcialmente con lugar el presente aspecto del recurso.-----*

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en lo que disponen los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 81 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa, 46, 55, 60, 170 y 172 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa se resuelve: **1) Declarar parcialmente con lugar** los recursos de objeción interpuestos por las empresas **Grupo Orosi S. A** y por **Constructora Montedes S. A**, en contra del cartel de la **Licitación Pública No. 2016LN-000002-0012600001**, promovida por el Patronato de Construcciones, Instalaciones y Adquisición de Bienes de la Dirección General de Adaptación Social, para la contratación de “Movimiento de tierras y construcción de infraestructura en complejo La Reforma” **2)** De conformidad con el artículo 172 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, proceda la Administración a realizar las modificaciones correspondientes al pliego cartelario indicadas en la presente resolución. **3)** Se da por agotada la vía administrativa.-----
NOTIFÍQUESE.-----

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Fernando Madrigal Morera
Fiscalizador

FMM/ksa
NI: 11178, 11199, 11196, 11316, 11807.
NN: 05888 (DCA-1187-2016)
G: 2016001729-1