

## **R-DCA-412-2016**

**CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa.**

San José, a las quince horas cuarenta y un minutos del diecisiete de mayo de dos mil dieciséis.-  
**Recursos de objeción** interpuestos por las empresas **EDICA, LTD, R Y S CONSULTORES, S.A. ESTRUCTURAS, S.A., COMPAÑÍA CONSTRUCTORA VAN DER LAAT Y JIMENEZ, S.A., CONSTRUCTORA GONZALO DELGADO, S.A.** en contra del cartel de la **Licitación Pública Nacional Simplificada EDU-UNED-136-PS-O-2016LPNS-000005**, promovida por la **UNIVERSIDAD ESTATAL A DISTANCIA** para la “Construcción de la Ampliación del Centro Universitario de Pérez Zeledón”.-----

### **RESULTANDO**

- I. Que las empresas Edica, Ltd, R Y S Consultores, S.A. Estructuras, S.A., Compañía Constructora Van Der Laat Y Jimenez, S.A. y Constructora Gonzalo Delgado, S.A. presentaron en fecha 03 de mayo de 2016 recursos de objeción. -----
- II. Que mediante auto de las ocho horas del cinco de mayo de dos mil dieciséis se otorgó audiencia especial a la Administración licitante. Dicha audiencia fue atendida mediante oficio número OCS-481-2016 del 09 de mayo de 2016. -----
- III. En el procedimiento se han observados la disposiciones legales respectivas.-----

### **CONSIDERANDO**

**I.- Sobre la competencia del órgano contralor.** En relación con la competencia que le asiste a este órgano contralor para conocer sobre el recurso de objeción interpuesto, ya este órgano contralor se había emitido su criterio por medio de la resolución R-DCA-286-2016 de las quince horas con veintinueve minutos del cuatro de abril de dos mil dieciséis. En dicha resolución se mencionó que al igual que en este caso el procedimiento cuyo cartel se recurría, se realizaba de conformidad con las normas del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial), según el préstamo 8194-CR, en el marco del Proyecto de Mejoramiento de la Educación Superior, Ley 9144. Y en ese sentido, el artículo 5 de dicha ley no solo exceptúa las contrataciones financiadas con recurso del préstamos, de la aplicación de los procedimientos ordinarios que establece la Ley de Contratación Administrativa, sino que el mismo artículo dispone que a esas contrataciones les resultarán aplicables los principios de contratación administrativas. En concordancia con lo establece el artículo 135 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, cuando dispone que para el caso de los instrumentos de empréstito aprobados por la Asamblea Legislativa que establezcan la utilización de

procedimiento de contratación especiales, o remitan a normativa elaborada por el organismo internacional del crédito, resultarán aplicables los principios de contratación administrativa y tendrán régimen recursivo. De tal forma, que en razón de las normas citadas y en aplicación del principio de control de los procedimientos, resulta ser de plena aplicación el régimen recursivo ante esta sede, regulado en los numerales 164 y siguientes del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. -----

**II.- Sobre el fondo de los recursos presentados. Cláusulas 14.6, IAL 14, Formulario de oferta, carta de oferta (f), 44, CGC 44.1 – los precios cotizados no están sujetos a reajuste de precios.** Manifiestan los objetantes que interponen los recursos de objeción en contra de las cláusulas cartelarias número 14.6, IAL 14.6, (f), 44, las cuales establecen que no se admite el reajuste de precios. Al respecto, expone que de acuerdo con la señalado por la doctrina en cuanto al equilibrio económico de los contratos, el derecho al equilibrio financiero del contrato (incluyendo todas las garantías conexas con ella) tiende al mantenimiento o restitución de las condiciones originalmente pactadas, con el objeto de velar por el cumplimiento del objeto contractual destinado a la satisfacción de un interés público determinado, en tanto: - Se trata de un derecho irrenunciable, - No puede ser limitados o restringido por las partes, - Aplica para situaciones derivadas de actos de la Administración, por causas ajenas a las partes, o por causas no imputables al contratista. - Supone el restablecimiento no solo de los daños causados, sino también de los perjuicios y de la utilidad proporcional previsible. Asimismo, señala que de acuerdo con la jurisprudencia judicial (resoluciones número 998-98, 6432-98) se tiene que durante la fase de ejecución del contrato administrativo rigen los siguientes principios: - Al regular una relación bilateral que nace de un contrato administrativo en el que existen intereses contrapuestos, debe existir una posición de equilibrio de manera que no exista ventaja de una de las partes, ni perjuicios en contra de la otra. - El contrato otorga derechos subjetivos a las partes que deben ser absolutamente respetados y garantizados de forma íntegra plena. - En caso que se produzcan alteraciones en el equilibrio financiero de la relación contractual, resulta de vital importancia analizar la causa de dicha modificación, ya que cuando el cambio es producido por la Administración, o es ajena a la voluntad de las partes, el Estado está en la obligación de asumir el mayor costo frente al contratista, con el objeto de preservar el interés público que dio origen a la contratación. - Al celebrar un contrato con la Administración, el contratista siempre busca obtener una utilidad; definida en el acto de formalización de la obligación, este extremos no puede sufrir un menoscabo por razones sobrevinientes o

imprevisibles que no le sean imputables. Es decir, cuando no existe una causa imputable al contratista que desmejore su posición en la relación, el nivel del beneficio económico originalmente previsto debe ser restablecido por la Administración, a condición de que el desequilibrio no obedezca a errores cometidos por el contratista al formular su propuesta. De igual manera, indica que con el accionar de la Administración se violentan los principios de contratación administrativa tales como seguridad jurídica, igualdad, libre competencia, legalidad de los procedimientos, intangibilidad patrimonial. Además, solicitan la anulación, en caso de que exista reconocimiento de reajustes, de la cláusula del cartel que estipula que cada oferente debe señalar los índices y los coeficientes de ponderación. Lo anterior, argumenta por cuanto podría ocurrir que cada interesado utilice índices y coeficientes o fórmulas diferentes que arrojen resultados disímiles. Por su parte, la Administración advierte que siendo que los recursos son iguales en su contenido procederá a brindar una única respuesta a todos ellos. En primer lugar, afirman que el proceso de la referida licitación se está promoviendo de conformidad con las normas del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial), de conformidad con el préstamo N° 8194-CR, suscrito entre el Gobierno de Costa Rica y dicho Banco, en el marco del Proyecto de Mejoramiento de la Educación Superior, Ley N9144, publicada en el Diario Oficial La Gaceta No.140 del Lunes 22 de julio del 2013. En ese orden, señala que por lo que en el artículo 5 de dicha Ley se establece lo siguiente: *“Se exceptúan de la aplicación de los procedimientos de contratación administrativa regulados por la legislación ordinaria las adquisiciones de bienes, obras y servicios que se financien con recursos del préstamo, así como los de contrapartida. Dichas adquisiciones serán efectuadas mediante los procedimientos establecidos en el Contrato de Préstamo N08194-CR”*. Partiendo de lo anterior, en relación con lo expuesto por parte de los objetantes afirma que de acuerdo con lo establecido en las Normas para las Adquisiciones de Bienes, Obras y Servicios distintos a los de Consultoría con préstamos del BIRF, Créditos de la AIF y Donaciones por prestatarios del Banco Mundial en su versión 2011 y la cual es la vigente para los alcances del préstamo N° 8194-CR, se dispone en el punto II, sección B, inciso 2.24, página 18 lo siguiente: *“Ajustes de precios / 2.24 En los documentos de licitación se debe especificar ya sea que a) los precios de las ofertas deben ser fijos, o b) que se harán ajustes de precio ('aumento o disminución) en caso de ocurrir cambios en los principales componentes de los costos del contrato, tales como mano de obra, equipos, materiales y combustible. Por lo común, no son necesarias las disposiciones de ajustes de precio en los contratos simples en los cuales el suministro de los*

bienes o la terminación de obras se completen en un período menor de 18 (dieciocho) meses, pero se deben incluir en los contratos que se ejecuten en más de 18 (dieciocho) meses. Los documentos de licitación para contratos de corta duración podrán igualmente incluir una provisión similar para el ajuste de precios cuando se prevé que la tasa de inflación local o internacional va a ser alta. Sin embargo, es práctica común obtener precios fijos para algunas clases de equipo, independientemente de su plazo de entrega. En tales casos, no se necesitan disposiciones sobre ajuste de precios.” En ese sentido, agrega que el cartel de la referida licitación establece en los Datos de la Licitación punto IAL 14.6 que los precios cotizados por el licitante no estarán sujetos a ajustes durante el periodo de ejecución del contrato (ver página 38 del cartel). Además, en el Formulario de la Carta de la Oferta en el punto f) se indica que: “No aplica ajuste de precios. En caso de aplicarse ajuste de precios, la tabla de Datos de Ajuste deberá ser considerada parte integral de esta Oferta” (ver página 57 del cartel). A su vez, en la cláusula 14.6 de las Instrucciones a los Licitantes (IAL) Sección 1 página 16 del cartel, se indica que: “14.6 A menos que se especifique en los DDL y las condiciones específicas del contrato, los precios cotizados por el Licitante deben ser fijos. Si los precios llegasen a estar sujetos a ajustes durante la ejecución del Contrato, el Licitante deberá señalar los índices y los coeficientes de ponderación de las fórmulas de ajuste de precios en el Formulario de Datos de Ajuste de la Sección IV (Formularios de la Oferta), y el Contratante podrá exigir al Licitante que justifique los índices y coeficientes de ponderación propuestos”. Al respecto, indica la Administración que, en cada caso, debe especificarse en los DDL si se aplica o no el ajuste de precios. Y asegura que en este caso, tanto en los DDL como en el formulario de la oferta se estableció claramente que no aplica el ajuste de precios. De conformidad con lo anterior, la Administración manifiesta que no existe contradicción alguna con lo establecido en las condiciones especiales del contrato (CEC), punto 44.1 página 447 y 448 del cartel. La Administración recalca además, que el plazo de ejecución de las obras es de 180 días, tal y como se indica en la Sección VIII Condiciones Especiales del Contrato punto CGC 1.1 (y), por lo que en concordancia con lo establecido en las Normas para las Adquisiciones de Bienes, Obras y Servicios distintos a los de Consultoría con préstamos del BIRF, Créditos de la AIF y Donaciones por prestatarios del Banco Mundial en su versión 2011, la cual es la vigente para los alcances del préstamo N° 8194-CR, no es necesaria dicha disposición en los contratos simples en los cuales el suministro de los bienes o la terminación de las obras se completen en un periodo menor de 18 (dieciocho) meses. Indica la Administración que los documentos

estándar para las adquisiciones realizadas con fondos del Banco Mundial, presentan una serie de restricciones en cuanto a su manejo y edición, dado que hay secciones del pliego estándar que no pueden ser manipuladas por las entidades contratantes, dado que se busca una integridad en la información general del pliego de condiciones. Reitera que no puede interpretarse por los objetantes, que existe una ambigüedad en la información, dado que si en las DDL y el formulario de la oferta se hubiera establecido el ajuste de precios, la cláusula 44.1 entraría en aplicación, pero como no se acepta el ajuste de precios, la cláusula 44.1 simplemente no aplica, pero esto bajo ningún concepto puede interpretarse como una contradicción cartelaria, dado que dicho punto se encuentra en la Sección VII Condiciones Generales del Contrato, que no puede ser modificada, por indicación expresa del Banco Mundial. Por otra parte, en relación con la nulidad de las cláusulas, la Administración vuelve a mencionar que esta licitación, se está promoviendo de conformidad con las normas del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial), ya mencionados. Aclaran que al sujetarse el Gobierno de Costa Rica en las condiciones del contrato de préstamo y que en dichas condiciones se establece la metodología de adquisiciones y por ende al uso de los documentos estándar para licitaciones de obras menores, la Administración se somete a las regulaciones que en materia de adquisiciones establece el Banco Mundial. Así las cosas, consideran que esa condición resulta ser invariable a los alcances del presente proceso licitatorio. Adicionalmente, dicen que las cláusulas impugnadas por los objetantes, no violentan los principios invocados en sus recursos, toda vez que el mismo pliego de condiciones establece en la Sección VII otra serie de medidas que garantizan el equilibrio patrimonial, por lo que no debe suponerse que solamente con la aplicación de un ajuste de precios tal y como se aplica habitualmente con la Ley de Contratación Administrativa puede lograrse ese equilibrio patrimonial. **Criterio de la División.** **a) Sobre las regulaciones respecto del reajuste.** En relación con los recursos incoados, este órgano contralor es consciente que a la presente licitación no le resultan aplicables los procedimientos establecidos en la Ley de Contratación Administrativa, tal y como se desprende del artículo 5 de la Ley No. 9144 Ley mediante la cual se “Aprueba Contrato de Préstamo N° 8194-CR con el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), para financiar el Proyecto de Mejoramiento de la Educación Superior”. Sin embargo, el propio artículo 5 de la misma norma menciona que para dichas contrataciones resultarán aplicables los principios de contratación administrativa establecidos en la legislación ordinaria. En esa misma línea, la Administración señala como parte de su respuesta a los

recursos, que efectivamente la licitación se promueve con base en las normas del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial), según el préstamo 8194-CR, en el marco del Proyecto de Mejoramiento de la Educación Superior (Ley No. 9144) en congruencia con lo que precisamente dispone el artículo 5 de la ley de citas. Ahora bien, la Administración señala que en las Normas para las Adquisiciones de Bienes, Obras y Servicios distintos a los de Consultoría con préstamos del BIRF, Créditos de la AIF y Donaciones por prestatarios del Banco Mundial en su versión 2011 y la cual es la vigente para los alcances del préstamo 8194-CR, establece en el punto II, sección B, inciso 2.24, página 18 lo siguiente: *“Ajustes de precios / 2.24 En los documentos de licitación se debe especificar ya sea que a) los precios de las ofertas deben ser fijos, o b) que se harán ajustes de precio (aumento o disminución) en caso de ocurrir cambios en los principales componentes de los costos del contrato, tales como mano de obra, equipos, materiales y combustible. Por lo común, no son necesarias las disposiciones de ajustes de precio en los contratos simples en los cuales el suministro de los bienes o la terminación de obras se completan en un período menor de 18 (dieciocho) meses, pero se deben incluir en los contratos que se ejecuten en más de 18 (dieciocho) meses. Los documentos de licitación para contratos de corta duración podrán igualmente incluir una provisión similar para el ajuste de precios cuando se prevé que la tasa de inflación local o internacional va a ser alta. Sin embargo, es práctica común obtener precios fijos para algunas clases de equipo, independientemente de su plazo de entrega. En tales casos, no se necesitan disposiciones sobre ajuste de precios”*. En relación con la norma transcrita, este órgano contralor entiende que en aquellos contratos en los que el suministro de los bienes o la terminación de obras, se realice de forma completa en un período menor de 18 meses, a la luz de las normas del Banco Mundial, no se requiere la inclusión de disposiciones de ajustes de precio. Esto quiere decir, que la regla general esbozada, implica que en contratos con dichas condiciones no resulta necesaria la inclusión del reajuste de precios. Sin embargo, se observa que de acuerdo con la redacción del numeral en cuestión, lo que existe a favor de la Administración es la facultad de no incluir disposiciones referentes al reajuste de precios en contratos menores a 18 meses, mas no una obligación. De tal forma, que a criterio de este órgano contralor, en las normas de referencia, no existe un imperativo que obligue a la Administración a prescindir de su incorporación. Por el contrario, la propia norma reconoce la existencia de supuestos en los que sí se amerita la inclusión de disposiciones referentes al reajuste de precios, como es el caso de la detección de una tasa de inflación local o internacional alta. En consecuencia, siendo que la norma lo que hace es habilitar a la Administración para que determine si en un caso particular se hace necesaria la inclusión de disposiciones referentes al reajuste de precios, corresponde a la Administración justificar de forma razonada su decisión, de tal forma que deje constancia de la

motivación en virtud de la cual decidió incluir o no disposiciones referentes al reajuste de precios en una contratación determinada. Esta obligación de motivar las diversas cláusulas y requerimientos cartelarios, se echa de menos en este caso o al menos, no ha sido presentada ante este órgano contralor la motivación sobre la decisión tomada por parte de la Administración. Lo anterior, considerando que en la respuesta a la audiencia inicial la Administración lo que hace es limitarse a remitir a la norma que la faculta para ello, sin que se presente o se refiera en su respuesta al análisis efectuado para efectos de llegar a la conclusión de que en este caso no resultaba necesaria su incorporación y sin que se brinde una mayor explicación al respecto. Por consiguiente, entiende este órgano contralor que corresponde a la Administración fundamentar de forma suficiente, adecuada y razonada su decisión de no incluir disposiciones sobre el reajuste de precios en el cartel recurrido. Debe tenerse en cuenta que en razón del principio de seguridad jurídica, el cartel debe ser un documento que contenga las especificaciones técnicas y las condiciones bajo las cuales se va a llevar a cabo la contratación, de una forma clara, objetiva, concreta y amplia (en cuanto a las oportunidades de participar). Tal y como ha mencionado este órgano contralor en anteriores ocasiones, el cartel se constituye como el reglamento específico de la contratación y si bien la Administración tiene amplias facultades para definir dentro del pliego las especificaciones y las condiciones bajo las cuales estima que se debe desarrollar la contratación, esa facultad discrecional encuentra los límites en los principios que informan la materia de contratación administrativa, las reglas de la lógica, la ciencia y la técnica y el propio ordenamiento jurídico. De tal forma que a partir de los límites a los que se enfrenta la Administración dentro de la definición del pliego, se exige que cada una de las cláusulas que se incorporan al pliego de condiciones, sean el resultado de un proceso de análisis libre de determinaciones antojadizas, por lo que su incorporación debería de estar debidamente fundamentada. En este caso en particular, resulta ser relevante la fundamentación en cuestión, en virtud del principio de transparencia y de control de los actos administrativos, de tal forma que los potenciales oferentes tengan conocimiento de las razones en virtud de las cuales la Administración decidió, entre las opciones que deja abierta la norma del Banco, no incluir el reajuste de precios dentro del pliego. Por otra parte, corresponde señalar que este órgano contralor entiende que pueden existir casos en los que no resulta necesario o pertinente, incluir dentro del pliego, disposiciones referentes al reajuste de precios, cuando en virtud de ciertas condiciones, como por ejemplo técnicas o financieras, así se haya definido. Lo que amerita que ante cuestionamientos como el actual, necesariamente la

Administración deba exponer esas razones o condiciones particulares con base en las cuales determinó innecesaria la inclusión de cláusulas de reajuste de precio. Sin detrimento de lo anterior, bajo ningún supuesto, esto implica que no sea posible, atendiendo a la modalidad de la contratación, que en determinados casos y bajos ciertas circunstancias cuando la ejecución del contrato lo amerite, en aplicación del principio de intangibilidad patrimonial, se proceda al establecimiento de mecanismos para el mantenimiento del equilibrio económico del contrato, el beneficio proyectado por parte del contratista inicialmente, se vea afectado por hechos imputables a la Administración o bien por situaciones sobrevinientes o imprevisibles. En ese sentido, entiende este órgano contralor que en relación con la no inclusión del reajuste de precios en el cartel de marras, no existe una contradicción entre las cláusulas señaladas por el recurrente, en el tanto se desprende de ellas que el reajuste de precios no se estaría reconociendo, pero lo que se presenta es una ausencia de justificación por parte de la Administración en relación con la decisión de optar por no incluir el reajuste de precios dentro de esta contratación. Consecuentemente, no es factible proceder a declarar la nulidad de las cláusulas a que hace referencia el recurrente, pero sí procede requerir a la Administración que motive su decisión. Consecuentemente, se procede a declarar parcialmente con lugar los recursos en cuanto a este extremo, de tal forma que la Administración deberá incluir dentro del expediente respectivo la justificación de la decisión tomada. **b) Sobre la información requerida a los oferentes.** En relación con la solicitud para que se anule la cláusula del cartel que dispone que cada oferente debe señalar los índices y coeficientes de ponderación, se debe indicar que lo expuesto por las recurrentes carece de la debida fundamentación, tal y como lo exige el numeral 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Lo anterior, debido a que las objetantes no presentan argumentos ni prueba pertinente por medio de los cuales se llevara a concluir que lo solicitado por la Administración resultara improcedente legal o técnicamente, por el contrario únicamente se limitan a solicitar que se elimine el clausulado del cartel sin mayor explicación que apelando a que se podrían arrojar resultados diferentes. En este sentido, se requería que se demostrara fehacientemente en qué reside la imposibilidad de presentar la información requerida, o bien, por qué no es pertinente técnicamente para los efectos la inclusión de esos aspectos y por ende se sustente su eliminación. Así las cosas, se rechaza de plano este punto por falta de fundamentación. -----

**POR TANTO**



De conformidad con lo expuesto y con fundamento en lo que disponen los artículos 81, 82 y 83 de la Ley de Contratación Administrativa y los artículos 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 **EDICA, LTD, R Y S CONSULTORES, S.A. ESTRUCTURAS, S.A., COMPAÑÍA CONSTRUCTORA VAN DER LAAT Y JIMENEZ, S.A., CONSTRUCTORA GONZALO DELGADO, S.A.** en contra del cartel de la **Licitación Pública Nacional Simplificada EDU-UNED-136-PS-O-2016LPNS-000005**, promovida por la **UNIVERSIDAD ESTATAL A DISTANCIA** para la “Construcción de la Ampliación del Centro Universitario de Pérez Zeledón”. **2)** De conformidad con el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa se da por agotada la vía administrativa.-----  
**NOTIFIQUESE.** -----

Alfredo Aguilar Arguedas  
**Fiscalizador**

Karen Castro Montero  
**Fiscalizador**

Elard Gonzalo Ortega Pérez  
**Gerente Asociado**

AAA/KCM/chc  
NI: 11851, 11853, 11854, 11857, 11858,12592  
NN: 06302 (DCA-1280)  
G: 2016001801-1