

## R-DCA-432-2016

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

San José, a las doce horas cuarenta y ocho minutos del veintiséis de mayo de dos mil dieciséis.-----

**Recurso de apelación** interpuesto por **INGENIERÍA GAIA, S.A.**, en contra del acto de adjudicación del **CONTRATO A PRECALIFICADOS No. 2015PR-000005-UP**, promovida por el **BENEMÉRITO CUERPO DE BOMBEROS DE COSTA RICA**, para la “Remodelación y ampliación de la Estación de Bomberos del Aeropuerto Daniel Oduber”, acto de adjudicación recaído a favor de **SERVICIOS DE MANTENIMIENTO CUBERO, S.A. (Sermac, S.A.)**, por la suma de **¢249.000.000,00**.-----

### RESULTANDO

**I.-** Que Ingeniería Gaia, S.A., presentó en tiempo ante esta Contraloría General, recurso de apelación en contra del acto de adjudicación, dictado dentro del referido contrato a precalificados No. 2015PR-000005-UP.-----

**II.-** Que mediante auto de las 15:45 horas del 14 de abril de 2016, esta División solicitó a la Administración el expediente administrativo del concurso impugnado, el cual fue remitido mediante oficio CBCR-010361-2016-PRB-00505 de 15 de abril de 2016.-----

**III.-** Que mediante auto de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del veintiuno de abril de dos mil dieciséis, el recurso de apelación interpuesto fue admitido para su trámite, otorgándose audiencia inicial a la Administración y al adjudicatario, para que procedieran a referirse a los alegatos expuestos por la parte apelante, diligencia que fue atendida mediante escritos que corren agregados al expediente de apelación.-----

**IV.-** Que mediante auto de las quince horas veinticinco minutos del doce de mayo de dos mil dieciséis, fue conferida audiencia especial a la parte apelante, para referirse a las argumentaciones realizadas en su contra por el adjudicatario, expuestas al contestarse la audiencia inicial, la cual fue atendida mediante escrito que corre agregado al expediente de apelación.-----

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

### CONSIDERANDO

**I.- HECHOS PROBADOS:** Para el dictado de la presente resolución, esta División ha tenido por probados los siguientes hechos de interés: **1)** Que el Benemérito Cuerpo de Bomberos de

Costa Rica promovió contrato a precalificados No. 2015PR-000005-UP, para la “Remodelación y ampliación de la Estación de Bomberos del Aeropuerto Daniel Oduber”, cursando invitación a eventuales oferentes en fecha 4 de diciembre de 2015 (ver folios 138 a 144 del expediente administrativo). **2)** Que de acuerdo con el Acta de Apertura de las 10:20 horas del 18 de enero de 2016, fueron presentadas dos ofertas, la número uno de Servicios de Mantenimiento Cubero, S.A., y la número dos de Ingeniería Gaia, S.A. (ver folios 145 y 146 del expediente administrativo). **3)** Que de conformidad con el Acuerdo de Adjudicación, oficio CBCR-008388-2016-DAB-00321 de 30 de marzo de 2016, el renglón único fue adjudicado a la oferta número uno de Servicios de Mantenimiento Cubero, S.A. (ver folios 452 a 456 del expediente administrativo). **4)** Que la adjudicataria Servicios de Mantenimiento Cubero, S.A., en el Anexo II de su oferta económica, denominado “Desglose de la Oferta”, en la tabla denominada “Cierre de la Oferta”, para la línea de “Imprevistos” señaló un costo total de cinco millones cuatrocientos sesenta y ocho mil doscientos sesenta y ocho colones con treinta y cuatro céntimos (¢5.468.268,34), e indicó para esa misma línea de “Imprevistos” que ello representa un porcentaje de dos punto veinte por ciento, de la siguiente forma:-----

<b>CIERRE DE LA OFERTA</b>		
Descripción	Costo total	%
Costos Directos (CD)		
Materiales	¢ 144.734.099,27	58,13%
Mano de obra	¢ 37.150.008,80	14,92%
Equipo	¢ 3.618.352,48	1,45%
Subcontratos	¢ -	0,00%
Cargas Sociales	¢ 16.717.503,96	6,71%
Costos Indirectos (CI)	¢ 27.960.689,98	11,23%
Imprevistos (I)	¢ 5.468.268,34	2,20%
Utilidad (U)	¢ 13.351.077,17	5,36%
<b>Total de la Oferta</b>	<b>¢ 249.000.000,00</b>	<b>100,00%</b>

(ver folio 159 del expediente administrativo). **5)** Que en el estudio de adjudicación, oficio CBCR-008251-2016-PRB-00401 de 29 de marzo de 2016, el Comité de Adjudicaciones de la Unidad de Proveeduría del Benemérito Cuerpo de Bomberos de Costa Rica, citándose estudio de la Unidad de Servicios Generales contenido en oficio CBCR-006824-2016-SGB-00290 de 11 de marzo de 2016, indicó “...que la oferta de Servicios de Mantenimiento Cubero S.A. efectivamente ofertó aproximadamente un 2,38% para el rubro de imprevistos...” (ver folio 446 del expediente administrativo, folios 440 a 451 para todo el estudio de adjudicación).-----

**II.- SOBRE LA AUDIENCIA FINAL:** De conformidad con el artículo 182 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (en adelante RLCA), la audiencia de conclusiones es de carácter facultativo, por lo que a efectos de la tramitación del recurso, es necesario señalar que este órgano contralor estimó innecesario otorgar dicha audiencia en este caso, en el tanto con los documentos que constan en el expediente del recurso de apelación, así como en el expediente administrativo del concurso, se cuenta con los elementos suficientes para resolver el presente asunto, aspecto que se señala a las partes.-----

**III.- SOBRE LA LEGITIMACIÓN DE INGENIERÍA GAIA, S.A.:** El artículo 176 del RLCA indica que *“Podrá interponer el recurso de apelación cualquier persona que ostente un interés legítimo, actual, propio y directo”*, normativa que impone realizar el análisis referente a la legitimación, como actuación previa para determinar la procedencia o no del estudio de los argumentos en que el apelante apoya su recurso. Sobre este tema, de previo a entrar a conocer los alegatos expuestos por el apelante en su recurso, se debe analizar este extremo como primer orden, a efecto de determinar precisamente si es procedente conocerlos o si, por el contrario, resulta innecesario al carecer el apelante de la legitimación necesaria para resultar eventualmente readjudicatario del proceso. Lo anterior, en función de las imputaciones que el adjudicatario Servicios de Mantenimiento Cubero, S.A., ha realizado al apelante Ingeniería Gaia, S.A. Señala la adjudicataria que de conformidad con la oferta económica de Ingeniería Gaia, S.A., este debió incluir en su oferta un monto por concepto de timbres fiscales igual a ¢709.812,25, según la fórmula de cálculo incluida en el pliego cartelario; sin embargo, el apelante señaló en dicha línea la suma de ¢2.250.000,00, lo cual es un 316% superior al monto que legalmente corresponde de conformidad con el Código Fiscal; siendo que este accionar del apelante pretende afectar a la Administración al incluir en su propuesta un sobreprecio que no debe ser cubierto por la entidad licitante. En segundo lugar, la adjudicataria señala que el apelante al indicar que por bodeguero debe incluirse un costo mensual de ¢750.000,00, sin cargas sociales, está incurriendo en un sobreprecio, porque es innecesario que haya destacado un encargado de bodega por tiempo completo, lo cual refleja ineficiencia en la organización de los recursos que terminaría perjudicando a la licitante, porque basta con un colaborador de forma parcial. Respecto de los dos rubros, la adjudicataria considera que la oferta del apelante es excesiva en el cálculo de impuestos por formalización de contrato y costos de bodega, lo cual significa que se está en presencia de un precio excesivo. En

consecuencia, la legitimación para apelar está afectada porque la apelante no es apta para ser adjudicataria. La apelante señala que el rubro propio de especies fiscales incluye costos indirectos, puesto que si en el listado de costos indirectos señalados en el cartel por la Administración no están todos los que el oferente requiere cotizar, queda a criterio de este último donde los incluye, porque el listado de la Administración no es taxativo. Considera que si la Administración tiene duda sobre dicho costo, puede solicitar aclaración, y que así fue hecho mediante el oficio IG-02-3242. Estima que el desglose de la línea por timbres legales incluye un monto por ¢709.250,00 por timbres legales, y un monto por ¢1.540.750,00 por patente municipal, para un total de ¢2.250.000,00. Así entonces, esta inclusión del rubro por patente municipal en el de timbres legales se dio porque no existe una línea por patente municipal en el cartel. Como prueba de la existencia de cobro por patente municipal, aporta un cobro que en otro proyecto les efectuó la Municipalidad de Golfito. Respecto de los costos de bodega, señala la apelante que dentro de las labores normales de un bodeguero están las siguientes: mantener actualizados los registros de ingreso y salida de materiales, equipos, herramientas y otros que permanecen en bodega; lo mismo que su entrega a los trabajadores y su control; mantener al día los archivos de documentos que acreditan la existencia de materiales en bodega, como lo son facturas o guías de despacho; procurar mantener ordenado el espacio de bodega, manteniendo aislados los elementos combustibles e inflamables por razones de seguridad, según asesoría del encargado de prevención de riesgos; recibir materiales y equipos en los proyectos y documentarlos; firmar las respectivas facturas de materiales, acreditando con su firma la recepción de bienes; mantener actualizado el inventario general de bodegas, e informar a su jefatura para evitar el desabastecimiento de algún material requerido, y adquisición de bienes; informar sobre pérdidas detectadas; y proveer el equipo de seguridad necesario para los trabajadores. De conformidad con estas funciones, resulta necesario mantener a un bodeguero por tiempo completo, ya que en caso contrario se podrían presentar diversos problemas: presencia de camiones de carga por más tiempo del necesario, atrasos en la entrega de materiales y herramientas a otros trabajadores, imposibilidad de reclamarle responsabilidad al bodeguero de tiempo parcial respecto de lo custodiado, desabastecimiento, no retiro de implementos de seguridad, y utilización de tiempos del ingeniero. Estima que la contratación de un bodeguero tiempo completo permite mejorar el control en obra y optimizar el trabajo del resto del equipo. A su vez, explica que la línea de

bodega está compuesta, en su oferta, por un bodeguero encargado con la suma de ¢315.000,00, y por un asistente de ingeniería (técnico de educación superior, construcción), con la suma de ¢435.000,00, para un total de ¢750.000,00, sobre lo que indica que en ambos casos cumplen con los salarios mínimos. Indica también que el asistente de ingeniería se encarga de llevar rendimientos de mano de obra y materiales, levantar listas de materiales requeridos y enviarlos a la oficina, aseguramiento de la calidad de los materiales recibidos, levantar minutas, registro de horas de ingreso y salidas, generar plazo de taller, control de avance de subcontratistas, entre otros. Así entonces, alega que el bodeguero y el asistente de ingeniería estarían bajo la supervisión del ingeniero director del proyecto. Solicita que los argumentos de la adjudicataria en su contra sean rechazados. **Criterio de la División:** La adjudicataria al defender su oferta se refirió a la forma en que el apelante cotizó los rubros de timbres fiscales y el rubro de bodega, en razón de dicho ejercicio consideró que la oferta del apelante, más bien, era de precio excesivo en sendos rubros, y que por tanto la oferta del apelante es de precio excesivo. Al respecto, considera este órgano contralor que el argumento de la adjudicataria en contra de la oferta de la apelante debe rechazarse por falta de fundamentación en el ofrecimiento de motivos que permitan tener en claro porqué la oferta como un todo debe considerarse excesiva, y por carecer de un análisis económico que lo demuestre. En ese sentido, se tiene que el artículo 30 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa dispone: “**Artículo 30.- Precio inaceptable.** Se estimarán inaceptables y en consecuencia motivo de exclusión de la oferta que los contenga, los siguientes precios: / [...] / b) Precio excesivo es aquel que comparándose con los precios normales de mercado los excede o bien que supera una razonable utilidad. Igualmente, la Administración, indagará con el oferente cuáles motivos subyacen para ese tipo de cotización, antes de adoptar cualquier decisión.” Considerando lo dispuesto por la norma, es necesario concluir que se echa de menos una adecuada fundamentación del argumento tendiente a demostrar que la oferta económica de la apelante es de precio excesivo, ejercicio que no ha emprendido ni siquiera la Administración, ya que la adjudicataria no demuestra cómo el precio cotizado supera una razonable utilidad en el contexto de este concurso y objeto contractual; así como tampoco ha acreditado que el precio excede los precios de mercado (no de las ofertas recibidas, sino de mercado); por lo que no se ha evidenciado el incumplimiento imputado. En relación con el deber de fundamentación, valga señalar que le aplica de igual forma a la empresa adjudicataria como reflejo de que tiene la

carga de la prueba, respecto de lo que ha indicado este órgano contralor que: “De esa forma, no basta la construcción de la legitimación para el ejercicio recursivo, sino que –en lo pertinente– todos los alegatos deben contar con la respectiva fundamentación, sea en prueba visible en el expediente administrativo; o bien, aportando criterios técnicos en contra de las valoraciones técnicas de la Administración o simplemente demostrando técnicamente los argumentos de índole técnica que se expongan en el recurso. Desde luego, la prueba aportada debe resultar también idónea para demostrar los alegatos, de tal suerte que no basta con traer pruebas a conocimiento de la Contraloría General con la interposición del recurso, sino que necesariamente la prueba debe contar con los elementos mínimos para desvirtuar un criterio, o bien, para apoyar una determinada afirmación.” (resolución R-DCA-334-2007 de las nueve horas del catorce de agosto dos mil siete). En el presente caso el adjudicatario ha alegado que el precio de la oferta del apelante es excesivo, sin embargo, no ha fundamentado su alegato sino que se ha limitado a referir dos componentes como excesivos, no así el precio total de la oferta. Así las cosas, se impone rechazar este alegato del adjudicatario en contra de la oferta de la apelante.-----

#### **IV.- SOBRE EL FONDO DEL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR INGENIERÍA**

**GAIA, S.A.: 1) Sobre los incumplimientos de la oferta del adjudicatario:** La sociedad apelante en escrito de recurso de apelación alega básicamente siete incumplimientos en la oferta del adjudicatario, que en su criterio son razones suficientes para que en etapa de evaluación tuviese que haber sido rechazada y en consecuencia no adjudicada. Los incumplimientos alegados por el apelante respecto de la oferta del adjudicatario son los siguientes: **a) No cotización del porcentaje mínimo para el rubro de imprevistos:** La apelante Ingeniería Gaia, S.A., manifiesta que el cartel requería la cotización de un mínimo de tres por ciento del monto conformado por los costos directos y los costos indirectos, y que el ofertar un porcentaje menor a lo señalado en el cartel significa una ventaja indebida con respecto a quienes cotizaron en apego a la disposición cartelaria. Que el oferente cotizó por imprevistos la suma de  $\text{¢}5.468.268,34$ , lo cual representa el 2.38% de  $\text{¢}230.180.654,49$ , que es la sumatoria de costos directos y costos indirectos (CD+CI). Estima que la Contraloría General de la República en la resolución R-DCA-127-2014 ya se ha referido al tema de los imprevistos y su porcentaje fijado cartelariamente. Agrega que la cláusula cartelaria no fue objetada, adquiriendo firmeza, y no es posible desconocerla, en la cual la Administración estableció el 3% como un mínimo por concepto de imprevistos, de carácter obligatorio, en tanto que la adjudicataria cotizó el rubro en comentario de forma contraria a lo dispuesto en el cartel, y que

por lo tanto no podría subsanar dicho porcentaje. Sostiene la apelante que al adjudicarse el objeto contractual en el oferta de la adjudicataria se contravinieron los requerimientos cartelarios; porque ya fuese en mucho o en poco, se está adjudicando en un precio que no puede ser el ofertado porque no se ajusta al porcentaje requerido en el cartel para imprevistos, lo cual significa que si se calculara según el tres por ciento, el precio de dicha oferta aumentaría, y ello da lugar a que el precio no es firme ni definitivo como lo requiere el artículo 25 del RLCA. Contrariamente, continúa exponiendo la apelante, si el adjudicatario se hubiese apegado al cartel en este punto, el monto de imprevistos sería de seis millones novecientos cinco mil cuatrocientos diecinueve colones con sesenta y tres céntimos (¢6.905.419,63), que es el tres por ciento (3%) de la suma de ¢198.601.612,03 y ¢31.579.042,46, que corresponden respectivamente a costos directos y costos indirectos. Concluye la apelante que de conformidad con dichos cálculos, siguiendo las disposiciones cartelarias, el costo de la oferta de la adjudicataria cambia, lo cual sería objeto de subsanación si ninguno de los oferentes hubiese cotizado el mínimo, pero ello no es así porque la oferta de la apelante sí cumplió. La adjudicataria manifiesta que en la presente contratación se está ante una modalidad de llave en mano, según se indica en la primera plana del cartel, debiendo el contratista entregar la obra licitada como un todo, sin posibilidad de alegarse cotización u oferta parcial; lo cual hace que el precio global ofertado sea determinante y conlleva un traslado de riesgos al contratista, superior al de otras modalidades de contratación. Considera que esta modalidad debe entenderse relacionada con el principio de conservación de los actos administrativos según el artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa (en adelante LCA). También señala que a solicitud de la Administración presentaron subsanación y aclaración sobre el presupuesto y sus detalles, sin haber variado el precio de la oferta; respecto de lo que debe considerarse que mediante resolución No. R-DCA-794-2015 de la Contraloría General de la República, es posible detallar los presupuestos salvo que exista una ventaja indebida o que se trate de un tema trascendental. Considera que el apelante no se refiere a la trascendencia del incumplimiento, es decir, cómo ello impediría que la Administración alcance el objeto contractual, como tampoco explica cuál sería la ventaja indebida. Agrega que no basta señalar incumplimientos, puesto que el apelante debe sustentar y probar cuál es el grado de su trascendencia. Por otro lado, la adjudicataria reconoce la existencia de una diferencia entre la oferta y el cartel, pero considera que no es una condición perjudicial para la Administración o

para el apelante, porque la línea de imprevistos es utilizada a discreción del contratista, para cumplir con erogaciones que por su propia responsabilidad no contempló en su oferta y presupuesto, pese a que sí son obligaciones derivadas del contrato. Por ello, explica que la técnica cartelaria de requerir la cotización de imprevistos implica la concurrencia de limitaciones naturales; de tal forma que si los imprevistos de la obra en ejecución superan el porcentaje previsto en el cartel, el contratista debe asumir esa diferencia adicional; y en caso de no haber imprevistos, el porcentaje por dicho rubro acrecentará la utilidad del contratista. De esa forma, estos imprevistos superiores a los requeridos por el cartel deben ser asumidos por el contratista porque aceptó las condiciones del pliego de condiciones, en la medida que es un tipo de riesgo asumido por el contratista. También estima que en el expediente administrativo no existe motivación del por qué se estableció en el cartel un 3% de imprevistos, y no un 1% o un 5%, de modo que como al parecer no es técnicamente defendible dicho porcentaje, debe concluirse que su inclusión en el cartel es ilustrativa o ejemplificativa, y por tal razón cualquier exclusión de un contratista por apartarse del porcentaje cartelario no es defendible. En ese sentido, alega que la Administración no pretendió ser tan rigurosa como lo pretende el apelante, y ello es así porque en el cartel no se estableció un porcentaje de utilidad, que usualmente es del diez por ciento. De esa forma, en la resolución de la Contraloría General de la República No. R-DCA-127-2014, citada por el apelante, conoció de un caso en realidad diferente, porque ahí la Administración fue especialmente enfática en que sí debía cotizarse en cumplimiento de los porcentajes predeterminados para imprevistos y utilidad. De manera que, el haber cotizado un 2.38% de imprevistos cuanto más obligaría a gestionar este rubro por un porcentaje menor al cartelario, pero ello no afecta a la Administración, pues es obligación del contratista cubrir las erogaciones por imprevistos que le son achacables, independientemente de que el cartel haya solicitado un porcentaje de imprevistos o no. Por ello, es del criterio que las utilidades pueden cubrir sobradamente la diferencia por imprevistos; y en caso de que no fuesen suficientes, aún es responsabilidad del contratista el cubrirlas, lo cual es propio de la modalidad de llave en mano; modalidad que no requiere revisar el detalle de la estructura de costos, porque únicamente implica cotizar un monto total y único. Considera que la resolución recién mencionada de la Contraloría General y citada por el apelante dispuso que la no cotización del porcentaje de imprevistos podría ocasionar una ventaja indebida, es decir, se está refiriendo a una potencial ventaja indebida, y



por ello si para el oferente no se genera dicha ventaja, no habrá infracción legal porque no existe perjuicio para otros oferentes, y no puede por ello significar la exclusión de la plica del adjudicatario por tal razón, siendo que en este caso el apelante no ha demostrado la existencia de una ventaja indebida. De esa forma, cuestiona que si la Administración hubiese excluido su oferta por la razón referida, el acto sería nulo de forma absoluta de conformidad con los artículos 132 y 133 de la Ley General de la Administración Pública, porque se carecería de un motivo lícito, claro, preciso y proporcional. Agrega también que, aunque el precio total de su oferta se reduce por la cotización parcial de los imprevistos, incluso si hubiese cotizado el 3%, su oferta seguiría siendo la ganadora porque la diferencia de precio entre su oferta y la de la apelante es considerable, es decir, ¢34.700.000,00, es decir, un 14% adicional. Es por ello que en su criterio, el apelante no hizo el ejercicio de legitimación adecuado para demostrar que aún con ese precio adicional en la oferta de la adjudicataria, habría sido acreedor de un mejor derecho, precisamente porque no habría logrado una oferta con mejor precio. De esa forma, la apelación debe rechazarse de plano por falta de fundamentación, para lo cual cita la resolución de la Contraloría General R-DCA-169-2007. La Administración manifiesta que en el cartel solicitó un mínimo del tres por ciento de la suma de costos directos más los costos indirectos; no obstante, mediante oficio CBCR-006824-2016-SGB-00290 de 11 de marzo de 2016, la Unidad Técnica Especializada emitió su criterio, que consta en el estudio de adjudicación en oficio CBCR-008251-2016-PRB-00401 de 29 de marzo de 2016, donde se ha expuesto que el rubro de imprevistos consiste en una previsión para sufragar costos eventuales por contingencias naturales, económicas y humanas, quedando dicho monto bajo el control y responsabilidad del contratista; de modo que si no surge ningún costo asociado a dicho rubro, este pasa a formar parte de la utilidad del contratista; y si durante la etapa de ejecución surgen costos asociados que superen el monto presupuestado de forma inicial, el contratista debe asumir la carga económica que ello implique. Expone que la oferta de Servicios de Mantenimiento Cubero, S.A., ofertó aproximadamente un dos punto treinta y ocho por ciento para el rubro de imprevistos; pero que se trata de una pequeña diferencia porcentual inferior al mínimo requerido por el cartel que no genera ningún desequilibrio en la oferta, y puesto que el contratista debe asumir los imprevistos independientemente de su porcentaje, la Administración no se vería afectada. Luego, aún cuando la adjudicataria hubiese cotizado el porcentaje por imprevistos requerido por el cartel, su oferta hubiese continuado siendo la

opción con el mejor precio, razón por la cual no se está otorgando ninguna ventaja indebida. Manifiesta que en el momento en que las ofertas fueron valoradas, y en apego al artículo 83 del RLCA y a la resolución de la Contraloría General de la República No. R-DCA-027-2013 de 15 de enero de 2013, se constató un incumplimiento intrascendente que no implicaba la exclusión de la oferta de la adjudicataria. La Administración pone de manifiesto su deber de velar por el cumplimiento de sus necesidades de la forma más eficiente y económica posible, haciendo el mejor uso de los recursos públicos, para lo cual se efectuó el siguiente ejercicio: Servicios de Mantenimientos Cubero, S.A., no cotizó el 0.57% del monto de imprevistos, que equivale a ¢1.437.151,29; en tanto que Ingeniería Gaia, S.A., cotizó un 14% más que la otra oferta, porcentaje que equivale a ¢34.700.000,00; de donde resulta que la primer oferta tiene un mejor precio y la no cotización de un pequeño porcentaje correspondiente a imprevistos no pone en riesgo la correcta consecución del fin público. Por su parte el apelante, manifiesta la Administración, no demuestra en su análisis cómo podría haber podido resultar adjudicatario aún cuando Servicios de Mantenimientos Cubero, S.A., hubiese cotizado la totalidad del porcentaje requerido en el cartel por concepto de imprevistos. Ahora bien, sostiene la Administración que de haberse excluido la oferta de quien resultó adjudicataria, tendría que analizarse la oferta económica del apelante, que es más cara; o bien, declarar desierto el concurso para ajustar el cartel en el punto de imprevistos, e iniciar un nuevo concurso, lo cual causaría una afectación del plazo para el cumplimiento del objeto contractual. En consecuencia, la Administración solicita declarar sin lugar el recurso de apelación interpuesto.

**Criterio de la División:** El argumento esgrimido por el apelante en contra de la oferta del adjudicatario y en contra de la decisión de la Administración de adjudicar en dicha oferta, radica en el reclamo de no haberse cotizado la totalidad del rubro correspondiente a imprevistos. Al respecto, se tiene que en este caso el cartel de la presente licitación dispone en la cláusula “IV. Requisitos técnicos para el oferente”, inciso E, lo siguiente: “El cierre de presupuesto debe hacerse, NECESARIAMENTE, conforme al siguiente esquema: / CIERRE DE PRESUPUESTO / COSTOS DIRECTOS / [...] / COSTOS INDIRECTOS / [...] / SUBTOTAL DIRECTOS + INDIRECTOS / Rubro imprevistos (mínimo 3 % de (CD + CI) / [...]” (folios 29 y 30 del expediente administrativo). En el presente caso la adjudicataria Servicios de Mantenimiento Cubero, S.A., (ver hechos probados 1, 2, y 3), en el Anexo II de su oferta económica, denominado “Desglose de la Oferta”, señaló por imprevistos la suma de cinco

millones cuatrocientos sesenta y ocho mil doscientos sesenta y ocho colones con treinta y cuatro céntimos (¢5.468.268,34); a su vez, en ese mismo cuadro se desglosan los costos directos, que sumados con los costos indirectos, arroja un monto de doscientos treinta millones ciento ochenta mil seiscientos cincuenta y cuatro colones con cuarenta y nueve céntimos (¢230.180.654,49) (ver hecho probado 4). De esa forma, si en el caso se hace la simple operación matemática para obtener el tres por ciento del monto de doscientos treinta millones ciento ochenta mil seiscientos cincuenta y cuatro colones con cuarenta y nueve céntimos (¢230.180.654,49) se tiene que el porcentaje asciende a seis millones novecientos cinco mil cuatrocientos diecinueve colones con sesenta y seis céntimos (¢6.905.419,63), lo cual resulta en un monto superior al cotizado por el adjudicatario. De esta forma, la concreción del monto dejado de cotizar por parte de la adjudicataria para el rubro de imprevistos es de un millón cuatrocientos treinta y siete mil ciento cincuenta y un colones con veintinueve céntimos (¢1.437.151,29); correlativamente, la adjudicataria al ofertar para el rubro de imprevistos la suma de ¢5.468.268,34, cotizó un porcentaje de 2.375642% de la suma de costos directos y costos indirectos, lo cual evidencia que no cotizó el 3% requerido por el pliego de condiciones (ver hechos probados 4, y 6). Al respecto, debe señalarse que en el caso la regla cartelaria no solo fue definida por la Administración como concedora de sus necesidades, sino que también se consolidó e hizo vinculante para todos los oferentes cuando no fue objetada oportunamente. La Administración, de conformidad con su experiencia, determinó que en este tipo de contratos resulta necesaria la fijación de un porcentaje de imprevistos que debe cotizarse obligatoriamente como parte integrante de las ofertas y decidió que un 3% es el porcentaje mínimo que refleja el *quantum* de los eventuales imprevistos del contratista al momento de cotizar, por lo que debió respetarse. No se pierde de vista que la Administración ha tratado de justificar el incumplimiento de la adjudicataria al calificarlo de insustancial; sin que se haya demostrado cuáles fueron los alcances de la estimación original del 3% y qué elementos de ella se dejarían al descubierto, sin que ello represente riesgos para la fase de ejecución. En ese sentido, debe tomarse en cuenta que el Manual Técnico para el Desarrollo de Proyectos de Obra Pública, emitido por la Contraloría General de la República mediante Circular DCOP-198 de julio 1998, en el comentario a la norma 8.5 indica que: "...el presupuesto detallado de la obra es un cálculo de su costo, a partir de los componentes del precio de cada una de las unidades de obra que conforman el proceso de construcción (por ejemplo, movimiento de tierras,

instalaciones provisionales, trazado, cimientos, etc.). El precio de cada unidad de obra está compuesto por: / [...] / -los imprevistos: es un monto que el contratista considera para cubrir cualquier error en la estimación del presupuesto o cualquier eventualidad que recaiga bajo su responsabilidad y pueda afectar aspectos del proceso constructivo, tales como atrasos en el suministro de materiales, mano de obra y equipos, accidentes, extravíos y robos, escasez de materiales, mano de obra o equipos, etc. / [...]”. De donde se desprende que el rubro de imprevistos le permite al contratista contar con un monto adicional para cubrir situaciones que él mismo no previó o no controló al momento de formular o estimar su oferta y que ocurren durante la ejecución contractual; pero no se ha demostrado qué circunstancias han reflejado que ese monto requerido en el cartel se haya hecho innecesario y por ello pueda entrar a discutirse la trascendencia del incumplimiento reconocido por la propia adjudicataria. A su vez, es necesario señalar que este órgano contralor ya se ha referido a la obligatoriedad de cotizar el rubro por imprevistos, al disponer: “...la adjudicataria incumplió con la presentación de acuerdo a los términos consignados en el cartel, lo cual la Administración no observó al momento de analizar las ofertas sino que lo hace en esta etapa recursiva señalando en la contestación a la audiencia inicial que la oferta de la adjudicataria no consignó los mínimos en imprevistos, utilidad y administración, por lo tanto, reconoce su error al momento de analizarse las ofertas y considera conveniente acoger los argumentos del apelante. [...] De acuerdo con lo anterior, la oferta de la adjudicataria resulta inadmisibles ya que no cumple con los requisitos de admisibilidad señalados en el cartel. Nótese que el punto 4 del cartel establece claramente que serán inadmisibles las ofertas que no presenten el formulario 3 y el presupuesto por actividades y completo de la obra el cual se encuentra en el punto 8.2 visible al folio 117 de expediente administrativo, lo cual no resulta subsanable y de todas formas, el detalle del presupuesto, aún cuando pudiera ser subsanable, que no lo es, no fue variado por la adjudicataria.” (Considerando II.B de la resolución R-DAGJ-682-2004 de las 9:00 horas del 5 de noviembre de 2004, de la División de Asesoría y Gestión Jurídica de la Contraloría General de la República). De forma posterior, este órgano contralor ha sostenido también: “[...] De lo anterior se desprende la obligación que tenían todos los oferentes de formular y presentar sus precios bajo las indicaciones cartelarias, debiendo ajustar sus propuestas a los requisitos y porcentajes exigidos, entre lo que estaban los porcentajes mínimos de utilidad e imprevistos. [...] Ante esto, resulta necesario señalar que una vez que el cartel se consolida, al no haber sido modificado o bien no ser motivo de objeción, éste se convierte en el reglamento específico de la contratación, tal y como lo dispone el artículo 51 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa (RLCA) y su clausulado obliga tanto a la Administración como a aquellos que sometieron su oferta a concurso. [...] Lo anterior, por cuanto no resulta posible aceptar que un oferente presente

*una oferta económica disminuyendo los porcentajes mínimos requeridos por el cartel, frente a otros oferentes que sí respetaron tales porcentajes, ya que ello impacta directamente en el precio ofrecido, pudiéndose ocasionar una ventaja indebida a quien cotizó menores porcentajes frente a quienes, en apego al pliego de condiciones, cotizaron los porcentajes mínimos requeridos. Considerando lo que viene dicho, se tiene que la Administración en la licitación en estudio, determinó porcentajes mínimos del 5% de imprevistos y 10% de utilidad, lo cual no fue atendido por la adjudicataria ya que cotizó porcentajes menores. Así las cosas, lleva razón la apelante, en el tanto se está ante un supuesto en el que la adjudicataria ofrece una propuesta distinta a los términos exigidos por el cartel ya consolidado, oferta por tanto que se torna en inelegible.”* (Considerando II.A de la resolución R-DCA-127-2014 de las 9:00 horas del 3 de marzo del 2014, de esta División de Contratación Administrativa).

No se deja de lado que se ha sostenido por la Administración y la parte adjudicataria que los imprevistos entran en la esfera patrimonial y de responsabilidad del contratista en el tanto que si resultan inferiores a los previstos cartelariamente, se pasa a engrosar el rubro de utilidad, y en caso de ser superiores a la previsión del pliego de condiciones, el contratista debe suplir la diferencia necesaria para cumplir con las obligaciones que ha contraído; argumento que si bien describe la mecánica práctica del rubro de imprevistos, permitiría desconocer la propia estructura del precio, en el tanto lo relevante sería el precio globalmente considerado, toda vez que en última instancia se trata de un riesgo del oferente. No obstante, esa tesis tampoco ha sido aceptada por este órgano contralor en el sentido de que no es posible que otros rubros del precio puedan utilizarse para compensar otros montos que no se cotizaron conforme el ordenamiento jurídico o según las reglas cartelarias, todo como parte de un principio de transparencia pero sobre todo considerando la necesidad de que exista un precio cierto y definitivo en la oferta. De conformidad con las razones que vienen dadas, siendo la oferta del adjudicatario técnicamente inelegible, procede **declarar con lugar** el recurso de apelación. **b) Sobre los restantes alegatos del apelante en contra de la oferta del adjudicatario:** El apelante plantea una serie de incumplimientos adicionales en la oferta del adjudicatario, sin embargo, de conformidad con el artículo 183, último párrafo del RLCA, no se procede a examinar estas articulaciones adicionales, por haber resultado decisiva para el dictado de la presente resolución, la articulación referente al incumplimiento del porcentaje mínimo para el rubro de imprevistos en la oferta de la adjudicataria.-----

**POR TANTO**

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política; 85 y 89 de la Ley de Contratación Administrativa; 174, 178, 180, 182, y 183 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se resuelve: **1) DECLARAR CON LUGAR** el recurso de apelación interpuesto por el Ingeniería Gaia, S.A., en contra del acto de adjudicación del Contrato a Precalificados No. 2015PR-000005-UP, promovida por el Benemérito Cuerpo de Bomberos de Costa Rica, para la “Remodelación y ampliación de la Estación de Bomberos del Aeropuerto Daniel Oduber”, acto de adjudicación recaído a favor de Servicios de Mantenimiento Cubero, S.A. (Sermac, S.A.), por la suma de ₡249.000.000,00 (doscientos cuarenta y nueve millones de colones exactos), **acto que se anula. 2)** De conformidad con el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa se da por agotada la vía administrativa.-----

**NOTIFIQUESE.**-----

Allan Ugalde Rojas  
**Gerente de División**

Elard Gonzalo Ortega Pérez  
**Gerente Asociado**

Pamela Tenorio Calvo  
**Gerente Asociada a.i**

Estudio y redacción: Rolando Brenes Vindas.

EOP/LCA/CGS/RBV/chc

NN:06780 (DCA-1353)

NI: 9438, 9446, 10156, 11473, 11477, 11438, 13430, 13432, 13433, 13434, 13442, 13520.

Ci: Archivo central

G: 2016001569-1