

R-DCA-899-2016

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las diez horas cincuenta y dos minutos del siete de noviembre del dos mil dieciséis.

Recurso de apelación interpuesto por **CONSORCIO GRUPO OROSI y CONSTRUCTORA**

SANTA FE LTDA en contra del acto de adjudicación de la línea número 3, zonas 1-3, 1-7 y 1-8

de la **LICITACIÓN PÚBLICA 2014LN-000018-0CV00**, promovida por el **CONSEJO NACIONAL**

DE VIALIDAD para “*MP-R mantenimiento periódico y rehabilitación del pavimento de la Red*

Vial Nacional Pavimentada”, acto recaído en favor de **CONSTRUCTORA HERNAN SOLIS**, por

un monto de **₡17.072.283.152,02**. -----

RESULTANDO

I. Que el Consorcio Grupo Orosi y Constructora Santa Fe presentaron recurso de apelación

ante esta Contraloría General de la República en fecha veinticuatro de octubre de dos mil

dieciséis, en contra del acto de readjudicación de la línea número 3 de la Licitación Pública

2014LN-000018-0CV00, “*MP-R mantenimiento periódico y rehabilitación del pavimento de la*

Red Vial Nacional Pavimentada”. -----

II. Que mediante auto de las once horas del veintiséis de octubre de dos mil dieciséis, esta

División solicitó a la Administración el expediente de la mencionada licitación, el cual fue

remitido mediante oficio número PRO 16-2016-1322 de fecha veintiséis de octubre de dos mil

dieciséis, suscrito por la Licda. Carmen Madrigal Rímola, en su condición de Directora de la

Proveeduría Institucional.-----

III. Que la empresa adjudicataria mediante oficio número LCT-2016-1031-01 del 31 de octubre

de 2016 respecto a la legitimación de los recurrentes.-----

IV. Que la empresa adjudicataria mediante documento de fecha 01 de noviembre de 2016

manifiesta que el Tribunal Contencioso Administrativo rechazó a medida cautelar solicitada por

Constructora Santa Fe. -----

Que la presente resolución se emite habiendo observado las disposiciones legales y

reglamentarias correspondientes. -----

CONSIDERANDO

I. Hechos probados: De conformidad con la información que consta en el expediente administrativo del concurso, para la resolución del presente asunto se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** Que el Consejo Nacional Vialidad promovió la Licitación Pública 2014LN-000018-0CV00 para el “MP-R Mantenimiento Periódico y Rehabilitación del Pavimento de la Red Vial Nacional Pavimentada” (Invitación a participar publicada en el diario

oficial La Gaceta número 200 del diecisiete de octubre de dos mil catorce y del pliego cartelario, folios 1 y 1603 al 1877 del expediente administrativo del concurso). **2)** Que para la línea número 3 en debate, participaron en el concurso los siguientes oferentes:

LÍNEA	REGION	OFERENTE
3	I Central, Subregión Oriental	Constructora Hernán Solís, Constructora Meco, Consorcio Grupo Orosi, Constructora Santa Fe

(folio 15659 del expediente administrativo del concurso). **3)** Que la Administración mediante el oficio número GCTT 01-15-1357 del quince de diciembre de dos mil quince determinó que la oferta del Consorcio Grupo Orosí debía ser declarada inelegible por las siguientes razones: *“Siendo que el tema de reajustes no se trata en el Aparte No. 18, sino en el Aparte No. 22, debe señalarse que los elementos allí indicados son: costo de posesión de maquinaria y equipo, repuestos, combustible, lubricantes, llantas, mano de obra, materiales, administración, insumos y administración mano de obra; que son precisamente los mismos que se repiten en los Formularios Nos. 6 y 7, con adición de los imprevistos y la utilidad. [...] Sobre este tema, la Contraloría General de la República (CGR), emitió recientemente la Resolución No. R-DCA-199-2015 de las nueve horas del diez de marzo del dos mil quince, en la que resolvió declarar con lugar el "recurso de apelación" presentado por la empresa Constructora San Román de Turrialba, S.A., contra del acto de adjudicación de la Licitación Abreviada No. 2014LA-000010-0DI00, dictado a favor de la empresa Constructora El Bajo de León, S, A. [...] Concluyéndose de la lectura de las citas anteriores, que: 1) las memorias de cálculo presentadas con la oferta - por cualquier oferente en un concurso- deben contener en la sección de "Mano de obra" los operarios necesarios y suficientes para "operar" toda la maquinaria indicada en la sección de "Maquinaria" y 2) que no es de recibo que se pretenda incluir en los costos de maquinara, sección de "Maquinaria", el pago del personal requerido para su operación, pues ello afecta el cálculo del reajuste de precios, que se realiza durante la ejecución contractual. Así las cosas, en la oferta que el Consorcio Grupo Orosi presenta para este concurso, se observa el incumplimiento 1) descrito en el párrafo anterior, en las memorias de los renglones de pago indicados en el cuadro siguiente, para las Líneas Nos. 3 y 9 respectivamente.*

Cuadro No. 1

Renglón de pago No.	Líneas Nos.	
	3	9
M41 (A2)		

M42(B)		
M45(A)		
M45C		
M47(B)		
CR.301.03		
CR.301.06		
MCR.408(5) (sic)		
M30(A)		
CR.302.03		
MCR.702.03 (sic)		
CR.634.05		
MDV-01		
CR.502.01		
CR.502.05		

Nota: representa incumplimiento.

A manera de ejemplo de la naturaleza de los incumplimientos antes apuntados, sólo para suficiencia de este documento, debe indicarse que para el renglón de pago M41(A2) "Bacheo a profundidad parcial con mezcla asfáltica en caliente", para la Línea No. 3, en el cuadro de "Maquinaria" dice:

Cuadro No. 2.

No. equipos	Descripción/Marca/Modelo/Potencia (HP)	Cantidad Horas
1.00	Distribuidor de Asfalto	354.30
1.00	Cortadora de Pavimento	354.30
-	Perfiladora	354.30
1.00	Barredora	354.30
1.00	Compactadora	354.30
1.00	Finisher	354.30
1 00	Vagonetas	3,543.00

Nota: aunque no indica número de 'perfiladoras' si considera 354.30 horas de su operación, asignándose un monto de S 32,480,452.50 por concepto, en la columna "Costo total".

Mientras que en la sección de "Personal",
se indica:

Cuadro No. 3.

	Descripción	Cantida d Horas
1.00	Operario	354.30
3.00	Peones	354.30
-	- Ayudantes	-
1.00	Encargados	354.30
-	- Ingeniero Civil	-
1.00	Rastrilleros	354.30
2.00	Banderilleros	354,30
2.00	Encargados de señal	354.30

Siendo claro, que las 354.30 horas operario incluidas en el Cuadro No. 3 no son suficientes para “operar” el distribuidor de asfalto, la perfiladora (tenida en cuenta la nota del Cuadro No.2), la barredora, la compactadora, el finisher y las 10 (diez) vagonetas, que de manera conjunta suman 5,314.50 horas, según se desprende de la información contenida en el Cuadro No. 2. [...] Es menester indicar que el caso de análisis -Licitación Pública No. 2014LN-000018-OCVOO-, guarda gran similitud con la situación presentada en la Licitación Pública No. 2014LN-000010-ODI00, en cuanto al contenido cartelario y los errores apuntados en la oferta, por lo que la aplicación de la Resolución R-DCA-199-2015 es procedente (“erga omnes”). **No queda más que dictar la inelegibilidad de la oferta del Consorcio Grupo Orosí, en este concurso.**” (folios 1693 al 16098 del expediente administrativo del concurso). 4) Que mediante oficio número GCTT-01-16-0765 del cuatro de agosto de dos mil dieciséis la Administración procede a realizar el análisis ordenado por esta Contraloría General mediante la resolución número R-DCA-631-2016 de las trece horas seis minutos del veintiséis de julio del dos mil dieciséis, en el cual en lo que interesa se indicó: “De la correcta lectura e interpretación de las citas anteriores, se concluye que en las disposiciones técnicas como en el cartel de licitación, la mezcla asfáltica se considera un “producto terminado”, pues para todos los renglones de pago, es considerada como un material a suministrar por parte de los contratistas (parte de un proceso, en este caso la actividad definida por el renglón de pago). Queda debidamente probado y más allá de cualquier duda que el cartel de licitación (documentos técnicos incluidos) consideran a la mezcla asfáltica, como un producto terminado y por lo tanto, todos los oferentes que participaron en el concurso –y particularmente en la Línea No. 3 que nos ocupa-, cumplieron con este requerimiento cartelario.” (Folios 19001 al 19008 expediente administrativo

del concurso). **5)** Que el Consejo de Administración en el artículo IX de la Sesión número 1352-16 del 29 de setiembre de 2016 acordó readjudicar el presente concurso a la empresa Hernán Solís, SRL (Folio 19652 expediente administrativo del concurso). -----

II. Sobre la legitimación de los recursos incoados. 1) RECURSO DEL CONSORCIO

GRUPO OROSI. Discute el Consorcio apelante que en su recurso los siguientes temas: **1.**

Elegibilidad de su oferta. Al respecto, señala el apelante que esta Contraloría General declaró la nulidad absoluta del acto de adjudicación original mediante la resolución número R-DCA-631-2016, todo acto preparatorio corre la misma suerte, pues la declaratoria de nulidad absoluta tiene efectos retroactivos (ex tunc). Así las cosas, expone que los oficios GCTT-0 1-15-1357 y GCSV-0 1-16-0179, al igual que el acto de adjudicación originalmente dictado, han desaparecido para todo efecto legal. De ahí, que a su criterio se ratifica la existencia del interés actual, legítimo, propio y directo que les legitima para recurrir y poder discutir la admisibilidad de su oferta. En sentido, se refiere a los vicios en los que la Administración se basó para excluirlos:

A. Memorias de Cálculo. Señala el apelante que mediante documento con consecutivo de recibido No. 0932 y presentado desde febrero del año en curso expuso con claridad absoluta las razones que explican cómo al analizar los diferentes datos que se presentaron desde un inicio sí existía información suficiente para desagregar el costo de los operadores del costo de la maquinaria. En este sentido, discute que se demostró con ello no sólo que su oferta cumplía con el formato solicitado en el cartel para la presentación de la memoria de cálculo sino también que los 6 operadores de los equipos eran suficientes para operar toda la maquinaria ofertada. Agrega, que la supuesta omisión de haber dejado de desglosar por aparte el costo del personal frente al costo de la maquinaria debe considerarse como un aspecto subsanable. Lo anterior, a su entender porque en su oferta se indica detalladamente la descomposición de costos por rubros que afectan al reajuste de precios. Asimismo, indica que con respecto al presunto error en el desglose de la estructura del precio, de conformidad con los principios constitucionales en materia de contratación administrativa, esta Contraloría General ha avalado la corrección tanto de la estructura del precio como del presupuesto detallado, siempre y cuando dicha subsanación no implique el otorgamiento de una ventaja indebida. Es así como, argumenta que este Despacho no apreció la existencia de ninguna ventaja indebida, con la entrega del documento que presentaron con consecutivo de recibido No. 0932 en la resolución número R-DCA-631-2016. Además, manifiesta que en dicha resolución, luego de estimar que la

documentación que aportaron merecía ser examinada, esta Contraloría señaló que la información ahí presentada, presuntamente, no era suficiente para acreditar que cumplían con la obligación de pagar salarios mínimos y cargas sociales. Al respecto, señala que aporta certificación extendida por Contador Público Autorizado, con la que se acredita que de los documentos aportados con consecutivo de recibido No. 3932, sí se desprende que su Consorcio cubriría tanto los salarios mínimos como el resto de rubros que exige el ordenamiento jurídico. B. Plantas de Asfalto. B.1.- Planta ubicada en Barrio San José de Curridabat. Explica el recurrente que su planta ubicada en Barrio San José de Curridabat sí ha contado y sigue contando con permiso para tanque de almacenamiento de cemento asfáltico, dicho permiso fue otorgado mediante resolución R-MINAE-DGTCC-0427-2014 (de fecha 27 de junio de 2014), que no sólo estaba vigente para el momento de apertura de ofertas sino que ya fue prorrogada por otros tres años. Además, expone que mediante resolución R-MINAE-DGTCC-1461 -2015 del 17 de noviembre de 2015, es decir, emitida mucho tiempo antes de los estudios técnicos que sirven como antecedentes del acto de readjudicación el órgano competente emitió una nueva resolución favorable a la operación de su planta de Curridabat. Asimismo, argumenta que el CONAVI ha venido recibiendo, aceptando y pagando (hasta el día de hoy, inclusive) la mezcla asfáltica producida en su planta de La Lima, sin ningún problema, aún después de haberlos excluido en esta licitación. Agrega, que de todos modos mediante resolución R-MINAE-DGTCC-0516-2016 del 17 de febrero de 2016, la DGTCC otorgó licencia de almacenamiento de combustible diésel y asfalto para autoconsumo en esta otra planta. Por ello, en cuanto a su planta de La Lima, manifiesta que también se cuenta ya con el permiso respectivo de la DGTCC, obtenida mucho antes de la emisión de los estudios técnicos que antecedieron el dictado del acto de readjudicación aquí impugnado. **2. Nulidad Absoluta del Nuevo Acto Final.** Señala el apelante que el nuevo acto que se dictó está viciado tanto por el fondo como por groseros defectos de forma. Es así como, señala que vista la gravedad de todos estos yerros, no les queda ninguna duda en cuanto a que, aún de oficio, esta Contraloría General se encuentra obligada a declarar la nulidad absoluta del acto de readjudicación. A. Vicios de Forma del Oficio GCTT-01-16-0765. Expone el apelante que el Gerente de Contratación de Vías y Puentes se encontraba disfrutando de una licencia sin goce de salario, para la fecha en que suscribió el oficio GCTT-01-16-0765. Asimismo, indica que todavía peor resulta que los funcionarios que suscribieron dicho oficio, fueron accionados en sede penal por

hechos relacionados con esta misma licitación, y pese a ello siguieron actuando. Agrega, que la existencia del proceso penal era razón suficiente para que las personas investigadas se hubieran separado de inmediato del conocimiento de esta licitación. B. Sobre el Oficio GCTT-01-16-0765. Argumenta el apelante que el CONAVI optó por insistir en su tesis sobre el "producto terminado" y obviar el análisis de salarios mínimos y cargas sociales. Por lo cual, indica que deben ser enfáticos en que la Administración incumplió con el mandato emanado de este Despacho. Lo anterior, a su criterio dado que el supuesto "estudio" del escenario identificado con la letra "b" en la resolución R-DCA-631 -2016, en el fondo no es tal. Agrega, que en su carácter de Jerarca Impropio esta Contraloría General está obligada a determinar si el oficio GCTT-01-16-0765 es suficiente o no para entender cumplido la orden dictada previamente. En este sentido, discute que el CONAVI obvia y tolera la omisión de que las descomposiciones de la MAC (mezcla asfáltica en caliente) y del concreto se realicen como correspondía en todos los componentes con índices del INEC y del Banco Central de Costa Rica, desglosándose todos los componentes de su coste de producción, tal y como se exige en la metodología para realizar el cálculo del reajuste publicada en el Decreto Ejecutivo vigente para tales efectos y en el propio cartel de la licitación. Asimismo, argumenta que luego de analizado el cartel de forma integral, la mezcla asfáltica en caliente no es considerada un producto terminado, por lo cual el supuesto b) del informe ordenado por esta Contraloría General debe ser desestimado. En razón de lo anterior, cuestiona que CONAVI ha desatendido la instrucción de esta Contraloría General al no constar en el oficio GCTT-01-16-0765 el análisis exhaustivo por medio del cual determine si en las memorias de cálculo de los renglones de pago en los que intervienen los insumos de mezcla asfáltica de la empresa adjudicataria y de las otras empresas se encuentran elegibles en la línea 3 se incluyen los rubros de maquinaria y de personal y si los mismos resultan ser suficientes para cumplir con las obligaciones legales. Por tanto, a su criterio no queda más que concluir que la obligación de comprobación impuesta por esta Contraloría General al CONAVI no solo no se ha cumplido, sino que la verificación realizada es falaz y claramente tergiversa la realidad de las ofertas en lo que al cumplimiento del cartel se refiere. **Criterio de la División:** Primeramente, estima esta Contraloría General que resulta relevante para la resolución del presente caso, hacer un recuento de los antecedentes que han sucedido en relación con el Consorcio apelante, los cuales se detallan a continuación. Mediante oficio número GCTT 01-15-1357 del quince de diciembre de dos mil

quince se declaró inelegible la oferta del Consorcio recurrente en razón de que la Administración determinó que no cotizó los operarios necesarios y suficientes para operar toda la maquinaria en quince renglones de pago (Hecho probado 3). En virtud de esto, el Consorcio apelante presentó en fecha quince de abril de dos mil dieciséis recurso de apelación ante esta Contraloría General. Al respecto, este órgano contralor mediante resolución número R-DCA-631-2016 de las trece horas seis minutos del veintiséis de julio del dos mil dieciséis determinó que el Consorcio apelante carecía de legitimación, en razón de que no logró desacreditar los incumplimientos por medio de los cuales la Administración declaró inelegible su oferta, específicamente respecto a sus memorias de cálculo, sobre lo cual se indicó que: *“Es así como, ante la falta de demostración de la realidad de las cifras declaradas por el Consorcio recurrente en el documento con número de consecutivo 0932, no logra descalificar el incumplimiento atribuido por la Administración respecto a que no cotiza los operarios necesarios y suficientes para operar toda la maquinaria en los renglones de pago en los cuales la Administración le achacó el incumplimiento en la línea 3 (Hecho probado 3). En este orden de ideas, al no acreditar el recurrente que haya cotizado la totalidad de los operarios necesarios y suficientes para operar la maquinaria declarada en su oferta, se incumple con la cotización de un precio cierto, definitivo e inmodificable, en la medida que no se ha logrado demostrar que su precio efectivamente incorporó los operarios necesarios y suficientes para operar la maquinaria según la misma Administración le achacó a su oferta, así como tampoco es posible determinar si incluyó los montos para las provisiones en materia laboral. De esta manera, al contener el documento con número de consecutivo 0932 los vicios probatorios antes detallados no demostró el recurrente su afirmación de que con las explicaciones que fueron expuestas en el mencionado documento se llegaba a concluir de que con los datos de los formularios 6 y 7 sí existía información suficiente para desagregar el costo de la maquinaria del costo de los operadores, siendo que la documentación con lo que pretendía acreditar esta información resulta improcedente al carecer de base probatoria. No se deja de lado también, que el Consorcio ha alegado que con la información que se había incluido en los formularios se obtenía la desagregación de los rubros de personal y maquinaria; sin embargo entre ambos formularios existen inconsistencias (que admite el propio apelante); de forma que se presentó ante la Administración el mencionado documento 0932 (Hecho probado 4), con base en el cual se pretendía exponer las justificaciones de la falta de coincidencia de los datos de dichos*

formularios. En este contexto, dado que el documento en cuestión no cuenta con el sustento suficiente como para demostrar lo afirmado, no se pueden tener por desvirtuadas las inconsistencias entre ambos formularios que fueron cuestionadas por la Administración, con lo cual no logra la recurrente tampoco desacreditar la declaratoria de su inelegibilidad. En igual sentido, no resulta atendible el argumento del Consorcio apelante de que con la información de los formularios 6 y 7 se desagregan los costos del personal y de la maquinaria, dado que se mantienen las inconsistencias antes apuntadas respecto de la omisión de fuentes y detalle de cómo se obtienen los datos ahí presentados. Conforme lo expuesto, se debe declarar **sin lugar este punto.**” Asimismo, en dicha resolución, con ocasión de un alegato interpuesto por el Consorcio Grupo Orosi en contra de la empresa adjudicataria Hernán Solís SRL relacionado con el incumplimiento del deber de haber incluido en las memorias de cálculo en los renglones de pago en los que intervienen los insumos de mezcla asfáltica en caliente los rubros de maquinaria y personal, se le ordenó a la Administración, ante la omisión en su contestación de referirse al aspecto alegado de que en el presente concurso se exigiera que los participantes contaran con plantas productoras de mezcla asfáltica, siendo ellos mismos los productores de dicha mezcla, que procediera a realizar un análisis de este tema y determinara a la luz de los argumentos expuestos por el recurrente y de lo regulado en el cartel del concurso si las ofertas elegibles en esta línea cumplían o no con dichos aspectos, sobre lo que se indicó en concreto: “Por su parte, la Administración al referirse al incumplimiento achacado por el recurrente a la empresa adjudicataria se limitó a argumentar que debido a que la mezcla asfáltica se considera un producto terminado no se incluye en las memorias de cálculo los datos de la operación de las plantas, dejando de considerar el aspecto alegado de que en el presente concurso se exige que los participantes cuentan con plantas productoras de mezcla asfáltica, siendo ellos mismos los productores de dicha mezcla. Adicionalmente, se echa de menos el razonamiento de la Administración sobre cómo conforme las reglas del cartel se puede concluir precisamente que la mezcla es un producto terminado que exima a la empresa adjudicada del análisis reclamado por el Consorcio recurrente. Ahora bien, en el caso de la adjudicataria consideró que no debía demostrar este aspecto por la naturaleza de producto terminado, por lo que en este caso no ha omitido su deber de fundamentar el cumplimiento sino en tanto mantiene otra tesis; la cual debe integrarse con todo el cartel. Es por ello que si bien no se explicó cómo se incluyen esos costos o se armoniza el producto terminado con las reglas del cartel, esto no resulta suficiente para

*excluir su oferta en el tanto no se le requirió formalmente contrastar la propiedad de plantas que pidió el cartel y el argumento del producto terminado; sin embargo ello no exime de que la Administración realice ese análisis y le requiera toda la información que pueda resultar pertinente. Es por ello que, considerando que el punto no fue analizado por la Administración, procede ordenar que: a) Se realice un análisis exhaustivo por medio del cual determine si en las memorias de cálculo de los renglones de pago en los que intervienen los insumos de mezcla asfáltica de la empresa adjudicataria y de las otras empresas se encuentran elegibles en la línea 3 se incluyen los rubros de maquinaria y de personal y si los mismos resultan ser suficientes para cumplir con las obligaciones legales o b) Por el contrario, analizar si la tesis presentada ante este Sede, respecto a que se trata de un producto terminado, es conforme con lo dispuesto en el cartel del concurso respecto de la obligación de contar con las plantas productoras de mezcla y en este supuesto verificar, si las respectivas memorias de cálculo presentadas armonizan con esta posición. Así las cosas, conforme las competencias reguladas en el artículo 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, pese a la falta de legitimación del Consorcio recurrente, se **procede anular de oficio el acto de adjudicación**. En ese sentido, no se excluye la oferta de la empresa adjudicataria pero sí se anula el acto de adjudicación para que se revise los aspectos indicados en los puntos anteriores por las razones expuestas.”* En consecuencia, en la citada resolución se procedió a anular de oficio el acto de adjudicación de la línea 3 recaído a favor de la empresa Hernán Solís, SRL. En este punto, resulta necesario precisar que la anulación del acto de adjudicación, tal y como se explicó con claridad en la resolución de mérito fue exclusivamente con el fin de que la Administración procediera a realizar el análisis técnico que ahí se ordenó, siendo que en ningún momento en la citada resolución se anularon los estudios técnicos que declararon el incumplimiento del Consorcio Grupo Orosi, pues incluso fue confirmada su inelegibilidad por este órgano contralor, en virtud de la falta de demostración a que ya se hizo referencia, con lo cual la oferta de mérito quedó excluida del presente concurso. Es así como, esta Contraloría General considera improcedente la argumentación que invoca el recurrente de que con la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación se tienen por anulados los demás actos preparatorios que conducen a ese acto final, pues únicamente se anuló para que se procediera a revisar lo concerniente a la mezcla asfáltica como producto terminado, que fue precisamente un aspecto que se echó de menos en los análisis y en las respuestas de la Administración en la tramitación del recurso. De

esa forma, la resolución de anulación emitida por este órgano contralor confirmó su inelegibilidad, para lo cual el Consorcio apelante tuvo la oportunidad procesal para presentar sus argumentos en contra de los estudios técnicos en los que se basó la Administración para descalificar su oferta. Es por ello que, siendo que se trata de los mismos aspectos por los cuales la Administración lo había declarado inelegible anteriormente y que fueron objeto de análisis y resueltos por este órgano contralor en la anterior ronda de apelación, se deben tener por precluidos, de conformidad con lo regulado en el párrafo tercero del numeral 177 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa que dispone: *“Cuando se apele un acto de readjudicación, el fundamento del recurso debe girar únicamente contra las actuaciones realizadas con posterioridad a la resolución anulatoria estando precluida cualquier situación que se conociera desde que se dictó el acto de adjudicación”*. En igual sentido, debe tener por precluidos los argumentos que interpone en contra de la oferta de la empresa readjudicataria, relacionados con la distancia de acarreo y calidad de la mezcla asfáltica, dado que los mismos no se originan a partir del nuevo estudio técnico que emitió la Administración para la readjudicación (Hecho probado 4), el cual versa exclusivamente respecto al cumplimiento de lo ordenado por esta Contraloría General en la resolución número R-DCA-631-2016, sino que los mismos pudieron haber sido discutidos en la anterior ronda de apelación, en razón de que desde ese momento eran conocidos por el recurrente, siendo que no se tratan de hechos nuevos surgidos con posterioridad a la anulación. Es así como, no son procedentes legalmente los argumentos por medio de los cuales pretende el Consorcio apelante volver a discutir las razones por las cuales la Administración declaró inelegible su oferta y por lo tanto tampoco los alegatos que interpone en contra del oficio GCTT-01-16-0765. Así las cosas, de conformidad con lo dispuesto en el inciso e) del artículo 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa se impone rechazar de plano por improcedencia manifiesta el recurso interpuesto por el Consorcio Grupo Orosi, en la medida que su oferta ya había sido confirmada como inelegible desde la resolución que atendió la primera ronda de impugnación y por ello la discusión está precluida, por lo que no le resulta factible tampoco discutir la readjudicación realizada por la Administración de la línea 3 a la empresa Hernán Solís, SRL (hecho probado 5).

2) RECURSO CONSTRUCTORA SANTA FE. De la lectura del recurso de la empresa apelante se tiene que discute los siguientes temas: **1. Elegibilidad de su oferta.** Manifiesta la recurrente que mediante resolución R-DCA-631-2016 de las trece horas seis minutos del

veintiséis de julio de dos mil dieciséis, este órgano contralor dispuso anular el acto de adjudicación recaído sobre la línea 3, a favor de la empresa Constructora Hernán Solís y ordenó al CONAVI realizar un análisis exhaustivo por medio del cual determinara si en las memorias de cálculo de los renglones de pago en los que intervienen los insumos de mezcla asfáltica de la empresa adjudicataria y otras empresas elegibles en la línea 3, se incluyen los rubros de maquinaria y de personal y si los mismos resultan ser suficientes para cumplir con las obligaciones legales, o bien, revisara si la mezcla asfáltica es producto terminado, de conformidad con las reglas del cartel del concurso y que las memorias de cálculo se ajusten a esta posición. Agrega que su representada ocupa el segundo lugar en precio, y que al analizarse si las memorias de cálculo de los renglones de pago en los que intervienen los insumos de mezcla asfáltica deben desagregarse, su oferta merece el derecho bajo el principio de igualdad de trato y libre competencia de demostrar su elegibilidad a través del presente recurso de apelación. Que en lo que se refiere a sus memorias de cálculo, reglón de pago: CR.703.09 "Material de Secado", el error es susceptible de subsanación. Señala que al tratarse de una apelación a una readjudicación la cual debe versar sobre aspectos relacionados y discutidos para la adopción del acto, resulta importante el motivo que trajo la anulación de la adjudicación, esto es determinar si los rubros de maquinaria y de personal contenidos en las memorias de cálculo resultan ser suficientes para cumplir con las obligaciones legales. Si bien es cierto lo anterior fue solicitado para las memorias de cálculo que contienen el componente de mezcla asfáltica, considera debe aplicarse a todos los renglones de pago de todas las memorias de cálculo de todas las ofertas presentadas para la línea 3; por lo que el tema de memorias de cálculo y su correcta desagregación no resulta ser un tema precluido. Al abrir la posibilidad de discutir nuevamente estos temas ante una readjudicación con ocasión del recurso de Grupo Orosi declarado parcialmente con lugar, considera que en esta etapa es procedente demostrar como todas sus memorias de cálculo se encuentran debidamente desagregadas cumpliendo así con los requerimientos legales según lo establecido en la Resolución 199-2015, la cual establece la obligatoriedad de cumplir con lo establecido en el Decreto de Salarios Mínimos. Menciona que la exclusión de su oferta obedece única y exclusivamente a un error en memorias de cálculo del reglón de pago "Material de Secado", y que no se le solicitó subsanar como si sucedió con Grupo Orosi, por lo que remite al oficio GCTT-01-16-0708 donde se reconoce que Grupo Orosi contiene inconsistencia en quince renglones de pago mientras que su

representada falta en un solo un renglón de pago. **2. Nulidad Absoluta del Nuevo Acto Final**. Continúa argumentando que la readjudicación se basó en un simple oficio sin la debida fundamentación y demostración técnica, por lo que el CONAVI nunca realizó el análisis exhaustivo ordenado por esta Contraloría. En este sentido menciona, que las memorias de cálculo en las que intervienen los insumos de mezcla asfáltica deben desagregarse en maquinaria y materiales ya que forman parte de la estructura de costos para elaboración del producto por lo tanto deben desagregarse a fin de lograr verificar el cumplimiento de los requerimientos legales, conforme a los requerimientos cartelarios no puede ser considerada un producto terminado por contener elementos reajustables que obligan la desagregación. A su criterio, la posición asumida por el CONAVI pone en duda el requerimiento de las plantas de asfalto como requisito de admisibilidad ni se explica en el oficio GCTT-01-16-0765 de fecha cuatro de agosto de dos mil dieciséis, de qué manera un oferente puede demostrar su capacidad, por el solo hecho de aportar plantas de asfalto, ya que bajo la tesis de que el mezcla es un producto terminado, la mezcla puede ser obtenida por cualquier otro medio como lo es la compra directa, lo que no demuestra de ninguna forma la capacidad técnica del oferente.

3. Incumplimientos de otras ofertas (Constructora Hernán Solís y Meco). Finalmente apunta, que la oferta de la adjudicataria posee errores en sus memorias de cálculo insubsanables así como una indebida aplicación del porcentaje de descuento aplicado a la utilidad. Como otros incumplimientos, señala que la oferta presentada por la Constructora Hernán Solís S.A y Meco contienen memorias de cálculo insuficientes debido a que el componente de seguridad vial no se ha indicado; así como la falta de operadores en los renglones M45 (A) pavimento bituminoso en caliente (aplanadora), M45 (E) pavimento bituminoso en caliente con polímeros (aplanadora y trailer lowboy); M30 (A) reacondicionamiento de la calzada (llanta de hule); MCR.702.03 emulsión asfáltica para imprimación (trailer para cabezal con tanque); y CR.502.01 bacheo del pavimento de concreto (trailer para cabezal con tanque). **Criterio de la División:** En el caso de análisis, al igual que lo hace el Consorcio Grupo Orosi, la apelante se ha presentado a recurrir el acto de readjudicación en lo que respecta a la línea tres de la licitación promovida por el Consejo Nacional de Vialidad, por lo que conviene citar nuevamente lo establecido en el artículo 177 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, que viene a establecer “*cuando se apele un acto de readjudicación, el fundamento del recurso debe girar únicamente contra de las*

actuaciones realizadas con posterioridad a la resolución anulatoria estando precluída cualquier situación que se conociera desde que se dictó el acto de adjudicación” (el resaltado no es del original). Así las cosas, se debe analizar en primer orden, si los argumentos que ha presentado con su ejercicio recursivo se encuentran precluídos o no. Al respecto, este órgano contralor conoció del recurso de apelación interpuesto por parte de la oferente Santa Fe en contra de la adjudicación, en el que argumentó no solo la nulidad del acto en ese entonces por falta de competencia de los funcionarios que lo emitieron, sino además intentó desvirtuar incumplimientos por los cuales su oferta fue descalificada. Como resultado de esta primera etapa recursiva, en la resolución R-DCA-361-2016 de las trece horas cuarenta y cinco minutos del dos de mayo del dos mil dieciséis se declaró la inelegibilidad de la empresa apelante por cuanto: “2) Sobre el incumplimiento de la oferta del apelante: como ya se indicó anteriormente, se tiene por acreditado que mediante el oficio GCTT-01-15-1359, se determinó que las memorias de cálculo aportadas por la apelante en su oferta para las líneas 1, 2, 3, 4, 5, 6, 9 y 10 presentan un incumplimiento en el renglón de pago CR.703.09 denominado ‘Material de secado’, ya que en la sección de ‘mano de obra’ no ofertó los operarios suficientes para manejar toda la maquinaria indicada en la sección de ‘maquinaria’, aspecto abordado por la Contraloría General de la República en la resolución R-DCA-199-2015 y que resultó aplicable en este caso (ver hecho probado 11). (...) queda acreditado que el criterio técnico emitido en el oficio GCTT-01-15-1359 contiene una explicación clara y detallada del motivo por la cual la oferta de la apelante debe ser declarada inelegible. Ahora bien, la apelante reconoce en su recurso que su oferta incurrió en algunas inconsistencias, sin embargo explica que esa inconsistencia se presenta únicamente en la línea 1, por lo que no es cierto que esa inconsistencia se presenta en las otras líneas en que ella participó. (...) **revisadas las memorias de cálculo aportadas por la apelante en su oferta para las líneas 2, 3, 4, 5 y 6 apeladas, se observa que en todas ellas se presenta el mismo incumplimiento que fue mencionado por la Administración en la línea 1, concretamente en el renglón de pago CR.703.09 denominado ‘Material de Secado’, ya que en todas las memorias de cálculo para las líneas apeladas la apelante cotizó en la sección denominada ‘Maquinaria’ los siguientes equipos: un retroexcavador, un compactador doble rodillo, una vagoneta, una barredora autopropulsada, un tanque de agua y un camión, y en la sección denominada ‘Personal’ la apelante cotizó un operador de back hoe, un operador de compactadora y**

un vagonetero (ver hecho probado 10), confirmándose así que el incumplimiento detectado en su momento por la Administración para las líneas 2, 3, 4, 5 y 6 ahora apeladas fue correcto, y por lo tanto en este argumento no lleva razón la apelante. 3)

Sobre la trascendencia del incumplimiento de su oferta: El artículo 82 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa establece que serán declaradas fuera del concurso, las ofertas que incumplan aspectos esenciales de las bases de la licitación o sean sustancialmente disconformes con el ordenamiento jurídico. En el caso bajo análisis ha quedado acreditado que la oferta de la apelante presenta un incumplimiento en las memorias de cálculo aportadas para las líneas 2, 3, 4, 5 y 6 apeladas, concretamente en el renglón de pago: CR.703.09 denominado 'Material de secado', ya que no cotizó toda la mano de obra calificada que se requiere para operar toda la maquinaria ofertada –sin indicar razones para ello-; (...) Al respecto hemos de indicar que **para este órgano contralor la correcta cotización de la mano de obra es un aspecto fundamental y de especial trascendencia para la ejecución del contrato;**

(...) debe tenerse presente que la no inclusión del personal suficiente para operar la totalidad del equipo ofertado implica que la oferta podría resultar parcial e incompleta, y además le genera una ventaja indebida de frente a los demás participantes que sí incluyeron dentro de sus ofertas el personal necesario para operar la maquinaria ofrecida y todos los costos relacionados con este aspecto. Ahora bien, es lo cierto que en la resolución R-DCA-199-2015 esta División indicó que entre la mano de obra calificada y el equipo ofrecido debe existir una similitud en cantidad y reflejarse en la memoria de cálculo: "...a menos que previa constatación en la oferta, como en la memoria de cálculo, el oferente acredite que un operador de maquinaria puede operar varias máquinas, porque éstas no serían utilizadas en el mismo momento a la hora de ejecutar la actividad", sin embargo en el caso bajo análisis la apelante no hizo ningún ejercicio argumentativo en ese sentido, por lo tanto se mantiene como cierto el incumplimiento señalado por la Administración. (...) De conformidad con todo lo expuesto, queda acreditado el incumplimiento de la oferta de la apelante en las memorias de cálculo, concretamente en el renglón de pago CR.703.09 denominado 'material de secado', y que dicho incumplimiento comporta un vicio grave que conlleva la exclusión de esa oferta, por lo tanto lo actuado por la Administración al descalificar a dicha oferta del concurso fue correcta, sin que en su escrito de apelación la apelante haya logrado demostrar lo contrario, ni llegó a acreditar que un operador de maquinaria pueda operar varias máquinas en tanto éstas no serían utilizadas en el mismo

momento. Así las cosas, y al no haber acreditado su legitimación para recurrir, lo procedente es rechazar de plano por improcedencia manifiesta el recurso de apelación interpuesto". Con vista en la resolución transcrita, la apelante no logra acreditar su elegibilidad en primera ronda, toda vez que con su ejercicio argumentativo no demostró tener el personal suficiente para operar la maquinaria en el rubro de material de secado para varias líneas del concurso, entre estas la línea 3 en discusión. Ciertamente en la resolución R-DCA-631-2016, esta Contraloría General ordenó: "a) Se realice un análisis exhaustivo por medio del cual determine si en las memorias de cálculo de los renglones de pago en los que intervienen los insumos de mezcla asfáltica de la empresa adjudicataria y de las otras empresas se encuentran elegibles en la línea 3 se incluyen los rubros de maquinaria y de personal y si los mismos resultan ser suficientes para cumplir con las obligaciones legales (...)", expresamente se indicó que el análisis se correría únicamente para aquellas empresas elegibles, en las que no califica Constructora Santa Fe según se indicó líneas atrás, en tanto no logró desvirtuar su inelegibilidad con la interposición del recurso. De esa forma, no lleva razón la recurrente al indicar, que dicho análisis le permite entrar a defender nuevamente aspectos de su elegibilidad. Como ya se indicó, en esta nueva etapa procesal, específicamente contra el acto de readjudicación emitido a favor de Constructora Hernán Solís S.R.L (hecho probado 5), los apelantes solo pueden impugnar hechos nuevos acontecidos con posterioridad a la anulación del acto final. Como un primer aspecto, debe resaltarse que Constructora Santa Fe fue excluida desde que se dictó la adjudicación, situación que fue confirmada en la resolución R-DCA-361-2016, por lo que no procede defender su elegibilidad en esta oportunidad procesal, mucho menos intentar subsanar aspectos que debieron preverse en la primera ronda, como pretende hacerlo en esta ocasión con aporte de la memorias de cálculo en principio modificada. En ese sentido, no podría entenderse beneficiado directamente de una variación en el resultado de la readjudicación, por cuanto ya transcurrió la posibilidad de discutir la inelegibilidad de su oferta y en consecuencia no resulta elegible como para impugnar el acto recaído a favor de Constructora Hernán Solís (hecho probado 5). Por otra parte, al igual que lo hace el Consorcio recurrente, la argumentación de la empresa Constructora Santa Fe incorpora presuntos incumplimientos de otras empresas elegibles en el concurso (Hernán Solís y Meco), para restarles elegibilidad y que se declare la nulidad del concurso. Debe observarse que los supuestos vicios que menciona se encuentran relacionados directamente con el personal de maquinaria visible en las memorias de cálculo y que no versan sobre el tratamiento del material

asfáltico al que alude el oficio GCTT-01-16-0765, respecto de lo cual debe reiterarse que se trata de aspectos que no son hechos nuevos, sino que corresponden a circunstancias que constan desde la oferta y por ende anterior al acto con el que se dispone readjudicar a Constructora Hernán Solís. De esa manera, con el dictado del acto de adjudicación precluyó también la posibilidad de alegar incumplimientos que fueran conocidos desde la oferta, toda vez que la seguridad jurídica y la posibilidad de alegar incumplimientos no puede quedar abierta al buen o mal ejercicio que hagan las partes de sus oportunidades procesales, pues ello conllevaría a que aspectos que podían discutirse desde una primera ronda puedan alegarse hasta en una tercer ocasión lesionando con ello la oportunidad con que se atienden las necesidades públicas y en general los principios de eficiencia y seguridad jurídica. Siendo que los alegatos de Constructora Santa Fe S.A. se encuentran precluidos, procede **rechazar de plano** dicho recurso. **3) SOBRE EL OFICIO GCTT-01-16-0765**. En el caso, se tiene que se hace una serie de consideraciones respecto de lo ordenado por esta Contraloría General en la resolución número R-DCA-631-2016 de las trece horas seis minutos del veintiséis de julio del dos mil dieciséis, se tiene que se indicó: “ *Es por ello que, considerando que el punto no fue analizado por la Administración, procede ordenar que: a) Se realice un análisis exhaustivo por medio del cual determine si en las memorias de cálculo de los renglones de pago en los que intervienen los insumos de mezcla asfáltica de la empresa adjudicataria y de las otras empresas se encuentran elegibles en la línea 3 se incluyen los rubros de maquinaria y de personal y si los mismos resultan ser suficientes para cumplir con las obligaciones legales o b) Por el contrario, analizar si la tesis presentada ante este Sede, respecto a que se trata de un producto terminado, es conforme con lo dispuesto en el cartel del concurso respecto de la obligación de contar con las plantas productoras de mezcla y en este supuesto verificar, si las respectivas memorias de cálculo presentadas armonizan con esta posición. Así las cosas, conforme las competencias reguladas en el artículo 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, pese a la falta de legitimación del Consorcio recurrente, se **procede anular de oficio el acto de adjudicación**. En ese sentido, no se excluye la oferta de la empresa adjudicataria pero sí se anula el acto de adjudicación para que se revise los aspectos indicados en los puntos anteriores por las razones expuestas.*” Al respecto, se tiene que para atender lo ordenado se procedió a emitir el oficio número GCTT-01-16-0765 del cuatro de agosto de dieciséis, por lo cual se debe indicar que lo

consignado técnica y legalmente en dicho documento es de exclusiva responsabilidad de la Administración licitante. -----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en las disposiciones de los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 81 de la Ley de Contratación Administrativa y 180 inciso b y e del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, **SE RESUELVE: 1) RECHAZAR DE PLANO POR IMPROCEDENCIA MANIFIESTA** los recurso de apelación interpuesto por **CONSORCIO GRUPO OROSI y CONSTRUCTORA SANTA FE LTDA** en contra del acto de adjudicación de la línea número 3, zonas 1-3, 1-7 y 1-8 de la **LICITACIÓN PÚBLICA 2014LN-000018-OCV00**, promovida por el **CONSEJO NACIONAL DE VIALIDAD** para “*MP-R mantenimiento periódico y rehabilitación del pavimento de la Red Vial Nacional Pavimentada*”, acto recaído en favor de **CONSTRUCTORA HERNAN SOLIS**. **2)** De conformidad con el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa se da por agotada la vía administrativa. -----
NOTIFÍQUESE. -----

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Estudio y Redacción: Karen Castro Montero, Marcia Madrigal Quesada.

KMCM, MGQ/chc
NN:14577 (DCA-2784)
NI: 29133, 29164, 29648, 30029, 30248
CI: Archivo central
G: 2014003411-32