

## **R-DCA-0325-2017**

**CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.**

San José, a las diez horas con cuarenta minutos del veintitrés de mayo del dos mil diecisiete.---

**Recursos de objeción** interpuestos por las empresas **Cemex (Costa Rica), S.A., Constructora Sánchez Carvajal, S.A., y Constructora Santa Fe, Limitada** en contra del cartel de la **Licitación Pública Internacional No. PIT-5-LPI-O-2016**, promovida por la **Unidad Ejecutora del Programa de Infraestructura de Transporte** para la “contratación del mejoramiento y rehabilitación de la Ruta Nacional No. 160, Sección Playa Naranjo-Paquera”.----

### **RESULTANDO**

**I.** Que el cinco de mayo del dos mil diecisiete, la empresa CEMEX (COSTA RICA), S.A. interpuso ante esta Contraloría General recurso de objeción al cartel de la referida Licitación Pública Internacional No. PIT-5-LPI-O-2016.-----

**II.** Que el nueve de mayo del dos mil diecisiete las empresas CONSTRUCTORA SANCHEZ CARVAJAL, S.A., y CONSTRUCTORA SANTA FE, LTDA., interpusieron ante esta Contraloría General recurso de objeción al cartel de la referida Licitación Pública Internacional No. PIT-5-LPI-O-2016.-----

**III.** Que mediante autos de las diez horas treinta minutos del nueve de mayo y ocho horas del diez de mayo, ambos del dos mil diecisiete, esta División otorgó audiencia al Ministerio de Obras Públicas y Transportes para que se pronunciara sobre los recursos de objeción interpuestos, lo cual fue atendido mediante el oficio No. 203\_2017 del 12 de mayo del dos mil diecisiete, el cual se encuentra agregado al expediente de la objeción.-----

**IV.** Que mediante auto de las nueve horas del dieciocho de mayo del dos mil diecisiete, este órgano contralor rechazó la solicitud de confidencialidad del presupuesto referencial solicitada por la Unidad Ejecutora.-----

**V.** Que mediante la resolución No. R-DCA-0320-2017 de las nueve horas con dieciséis minutos del veintidós de mayo del dos mil diecisiete se rechazó de plano por extemporáneo el recurso de objeción interpuesto por Holcim (Costa Rica), S.A. en contra del cartel de la Licitación Pública Internacional No. PIT-5-LPI-O-2016.-----

**VI.** Que esta resolución se emite dentro del plazo de ley y en su trámite se han observado las prescripciones legales y reglamentarias correspondientes.-----

## CONSIDERANDO

**I.- Sobre la Competencia de esta Contraloría General.** Mediante la resolución R-DCA-0320-2017 de las nueve horas con dieciséis minutos del veintidós de mayo del dos mil diecisiete, este órgano contralor señaló: ***“I.- Sobre la competencia de la Contraloría General para conocer el presente recurso. Mediante oficio No. 203\_2017 del 12 de mayo del presente año, la Unidad Ejecutora del Programa de Infraestructura del Transporte (PIT) señala: “Se debe considerar que el marco legal aplicable en este concurso, es el establecido en la Ley No. 9283 [...]” (folio 109 del expediente del recurso de objeción). Así las cosas, en la Ley No. 9283, se aprobaron los contratos de préstamo N.º 3071/OC-CR y N.º 3072/CH-CR, suscritos con el Banco Interamericano de Desarrollo, para el Financiamiento del Programa de Infraestructura de Transporte (PIT), y en lo que interesa, en el artículo 7 se dispone: “Los procedimientos de adquisición del Programa, independientemente del mecanismo de ejecución que utilice el prestatario de los indicados en el artículo 3 de esta ley, se someterán al régimen definido por las políticas de adquisición establecidas en los contratos de préstamo aprobados en los artículos 1 y 2 de esta ley, las cuales prevalecerán sobre los procedimientos y las normas del ordenamiento jurídico nacional, cuya aplicación será solo supletoria./ En los casos en que según el monto contractual estimado proceda que la Contraloría General de la República tramite y resuelva los recursos de objeción y de apelación en contra de los pliegos o carteles de licitación y los actos de adjudicación que se dicten en los procedimientos de adquisiciones, se aplicarán todos los plazos previstos para el caso de las licitaciones abreviadas, según lo establece la Ley N.º 7494, Ley de Contratación Administrativa, de 2 de mayo de 1995, y sus reformas. En dichos trámites recursivos la Contraloría General de la República resolverá únicamente sobre las alegaciones de nulidad hechas por las partes”. Según la disposición legal antes citada, si bien los concursos que se promuevan con los fondos provenientes del empréstito se realizarán conforme las políticas de adquisiciones definidas en los contratos de préstamo, este órgano contralor tiene competencia para conocer de los recursos de objeción y apelación que se planteen contra los actos de éstos. [...] Así las cosas, se procede a determinar, para el presente caso, bajo qué supuesto se está ante un procedimiento de mayor cuantía, y por tanto, le corresponde a este órgano contralor conocer del recurso de objeción. Al respecto, en el presente caso se tiene que los fondos derivados del contrato de préstamo son administrados por el Fideicomiso para los servicios de gestión financiera para el programa de infraestructura de transporte (PIT), según lo deja ver la Unidad Ejecutora (folio 322 del***

expediente del recurso de objeción). Así las cosas, el mencionado Fideicomiso, de acuerdo con lo estipulado en la resolución No. R-DC-11-2017 de las quince horas del veinte de febrero del año dos mil diecisiete, se ubica dentro del estrato “E” de los límites económicos de contratación administrativa. Por lo que, según lo que se ha expuesto, este órgano contralor podrá conocer del recurso de objeción cuando el monto presupuestado para la contratación sea igual o supere los ₡296.700.000,00. En el caso bajo análisis, la Unidad Ejecutora indica que el monto estimado de esta contratación asciende a la suma de \$31.800.000,00, monto que al tipo de cambio de la venta del Banco Central de Costa Rica, del día de la publicación de la invitación, equivale en colones a la suma de ₡18.066.534.000,00. Así las cosas, bajo lo expuesto por la norma de préstamo, este órgano contralor cuenta con la competencia para conocer el recurso”. Tomando en consideración, que este órgano contralor ostenta la competencia para conocer los recursos de objeción interpuestos por las empresas Cemex (Costa Rica), S.A., Constructora Sánchez Carvajal, S.A. y Constructora Santa Fe, LTDA., se procederá a analizar cada uno en forma separada.-----

**II.- Sobre la fundamentación del recurso de objeción.** El recurso de objeción ha sido establecido en el ordenamiento jurídico como un mecanismo para remover obstáculos injustificados a la libre participación o para ajustar el cartel a las normas y principios del ordenamiento jurídico. Al respecto, el artículo 178 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), en cuanto al deber de fundamentación del recurso de objeción, dispone que: *“El recurso deberá presentarse con la prueba que estime conveniente y debidamente fundamentado a fin de demostrar que el bien o el servicio que ofrece el recurrente puede satisfacer las necesidades de la Administración. Además deberá indicar las infracciones precisas que le imputa al cartel con señalamiento de las violaciones de los principios fundamentales de la contratación administrativa, a las reglas de procedimiento o en general el quebranto de disposiciones expresas del ordenamiento que regula la materia”*. En relación a dicho deber probatorio, en la resolución No. R-DCA-577-2008, de las once horas del veintinueve de octubre del dos mil ocho, esta Contraloría General señaló: ***“La Administración Licitante, se constituye en el ente que mejor conoce las necesidades que pretende satisfacer, por tanto es, la llamada a establecer los requerimientos cartelarios bajo su potestad discrecional y atendiendo al interés público. Como consecuencia de lo anterior, no resulta factible que este Despacho pueda imponer, sin justificación técnica y jurídica categórica, la adquisición de otro equipo diferente al que consta en el pliego cartelario.*”**

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

**III.- Sobre el fondo: A) Recurso interpuesto por la empresa Cemex (Costa Rica), S.A. 1)**

**Sobre los requisitos de las obras:** La objetante manifiesta que la Sección IV- Requisitos de las Obras, Apartado 1.1., en el párrafo final del cartel, dispone que: “*Esta carretera se realizará conforme a los planos constructivos que se adjuntan en el Anexo N. 2: Información Básica del Proyecto...*” Agrega que dichos planos constructivos específicamente las hojas 4.1, 4.2 y 4.3 denominadas “Secciones Típicas”, únicamente prevén la construcción de las obras por medio de carpeta asfáltica, dejando de lado y excluyendo injustificadamente la opción de construcción por medio de pavimento rígido (concreto). Señala que esto puede verse tanto en la simbología

como en los cuadros de estructura de pavimento de cada una de las hojas de plana pero sin explicación alguna en el cartel o expediente administrativo sobre esta diferencia. Menciona que la restricción per se conlleva una limitación a la participación de su firma, lesionando abiertamente los principios de igualdad y libre competencia consagrados en el artículo 5 de la Ley de Contratación Administrativa, dado que restringe la libre concurrencia, libertad de competencia y principio de igualdad y genera una ventaja indebida para todas las empresas que ofertan concreto. Dispone que este aspecto lo ha sacado a luz desde hace varios años en los procesos licitatorios y por ende, existe mucha jurisprudencia de la Contraloría al respecto. Menciona que la disconformidad de su representada radica en la falta de fundamento técnico del contenido cartelario, dado que el caso hubiera sido distinto si en el expediente administrativo constaran los estudios que al efecto justifican la decisión, pero en la presente contratación no es así, lo cual roza con el numeral 16 inciso 1 de la Ley General de la Administración Pública. Adiciona que existen estudios que demuestran la existencia y plena operación de carreteras de concreto como una ventaja, por lo que adjunta estudios técnicos y describe cuatro características que acreditan los aspectos positivos del concreto: durabilidad, menor consumo de combustible, disminución del efecto "isla de calor" y seguridad por menor distancia de frenado. Concluye que el cartel de licitación no es transparente y falta a los principios constitucionales de libre concurrencia, igualdad de trato y de eficiencia así como a las reglas de la lógica, la técnica, la ciencia y la racionalidad. Que no entiende por qué la Administración se niega a permitir opciones que pueden ser mejores para el interés público, siendo que no se trata simplemente de permitir las ofertas en pavimento rígido sino que además es necesaria la introducción de una serie de elementos que en la realidad material permitan a dichas ofertas acceder a la adjudicación, tales como una metodología objetiva, tal como HDM-IV, ampliar la información con las correspondientes secciones típicas, el diseño estructural del pavimento rígido (concreto) entre otros. Dispone que por todo lo indicado, solicita modificar el cartel de la licitación en lo que respecta a los planos constructivos, contenidos en el anexo 2 en cuanto a que únicamente prevén la construcción de las obras por medio de carpeta asfáltica. También solicita introducir: i) la posibilidad de que las obras se puedan ofertar también en pavimento rígido; ii) una metodología de evaluación objetiva que no otorgue ventajas entre opciones constructivas, tal como lo permite la herramienta HDM-IV, la cual es altamente confiable; iii) el cuadro de cantidades para ambas opciones constructivas y iv) el diseño estructural del pavimento rígido (concreto). La Administración señala que independientemente

de que existen suficientes razones técnicas para que el Organismo Ejecutor, haya escogido la forma en que se licitaría y construiría la carpeta asfáltica para este tramo de carretera en particular, conviene indicar que, con la elaboración de los diseños y el cartel de licitación realizado para el proyecto, no se violan los principios de igualdad y libre competencia. Manifiesta que lo anterior responde a que la Administración concedora de la necesidad que tiene en este proyecto debido a las condiciones del tráfico que lo utiliza y las cargas que debe soportar el tramo de carretera, ha determinado que la estructura de pavimento, para toda la extensión del proyecto, se prevé constituida con 40 cm de subbase granular, 20 cm de base granular estabilizada (o cementada), más 7,5 cm de carpeta asfáltica, por lo tanto, la construcción de la obra contempla el uso de una base cementada con lo cual no se limita la participación de la empresa Cemex. Menciona que adicionalmente las actividades que conlleva el proyecto, contemplan en grandes proporciones concreto, tal como los canales revestidos con concreto, cordón, cunetas, tuberías, cabezales y delantales, entre otros. Señala que además se prevé la construcción de estructuras nuevas en los sitios de puentes, los cuales requieren una cantidad de concreto a colocar importante. Indica que las actividades que se van a ejecutar en sitio van a requerir más de 8.000 toneladas de cemento aproximadamente, sin considerar el cemento que emplearán los proveedores de elementos prefabricados de concreto como tubos y vigas de puentes. Manifiesta que por otra parte, es importante aclarar que antes de licitar este concurso para la construcción de la obra, el MOPT mediante el Programa PIV-1 del CONAVI y con recursos financiados por el BID, realizó la contratación en el año 2015 de la firma consultora CACISA, para llevar a cabo la actualización del diseño geométrico, diseño de pavimento, planos constructivos, especificaciones y presupuesto para el mejoramiento de la Ruta Nacional No. 160, Sección Playa Naranjo-Paquera, considerando que el CONAVI tenía en su poder los diseños presentados y aprobados por la Administración mediante la Licitación Pública No. 045-2001, es decir, señala que se contrató la actualización de los diseños realizados catorce años antes. Indica que el proceso, responde a recursos de amparo y a la recomendación de la Contraloría, por lo que ejecutada la actualización del diseño para el proyecto, el consultor, de acuerdo con las mejores prácticas en la ingeniería para el tipo de proyecto, el mejor uso de los recursos financieros, atendiendo a la ciencia y a la lógica, determinó que la solución para la superficie de rodamiento se debe realizar en carpeta asfáltica, aportando una serie de razones, que también fueron ratificadas por la UEP. Dispone que en este caso existe una justificación técnica, formal, objetiva y legal para optimizar los escasos

recursos disponibles y que además, el cartel de licitación señala la solución técnica que se requiere para llevar a cabo el proyecto y establece las cantidades necesarias para desarrollar un contrato de construcción de obra, por lo que no es necesario establecer por qué se requiere de una solución técnica u otra, siendo esto último potestad del Estado. Señala que en ese sentido, la libre competencia no se ve afectada en la presente licitación por cuanto las condiciones a ofertar están claramente establecidas y no hay barreras de entrada que no se justifiquen en el interés público y en los principios constitucionales. Concluye que existen suficientes elementos técnicos que de forma contundente demuestran que el objeto de la licitación, en cuanto al uso de pavimento flexible, en los términos y bajo el procedimiento que ha sido aprobada, es la mejor forma de garantizar que se cumpla con el interés público que esta licitación pretende satisfacer, por lo que solicita que se rechace el recurso de la empresa Cemex. **Criterio de la División.** Visto lo indicado por las partes, se observa que el argumento principal de la recurrente versa sobre la supuesta violación de los principios constitucionales de igualdad y libre competencia, en el tanto el objeto de la presente contratación sólo prevé la construcción de obras por medio de carpeta asfáltica y no contempla la posibilidad de pavimento rígido (concreto). Al respecto, expone que no existe justificación objetiva y especialmente técnica para excluir la opción de pavimento rígido (concreto) y refiere a los precedentes R-DAGJ-673-2004 y R-DCA-205-2011. Por otra parte, la Administración, mediante respuesta a la audiencia especial otorgada, señala en lo que interesa: *“(...) En conclusión y a diferencia de otros casos en que la Contraloría ha dado razón a la objetante, en este caso existe un proceso formal, técnico y atribuido al órgano competente que justifica técnica y legalmente la solución de pavimento flexible que se licita (...)”* (folio 112 del expediente del recurso de objeción). En relación al alegato planteado, en la resolución No. R-DAGJ-673-2004 de las quince horas con cincuenta minutos del dos de noviembre de dos mil cuatro, este órgano contralor dispuso: *“Reiterando una vez más, debemos indicar que ante la ausencia de un claro, contundente y concluyente informe de parte de la Administración en el que se acredite que solo es posible aceptar como bases las ofertas en pavimento flexible, lo procedente es declarar con lugar, en todos sus extremos el presente recurso y por lo tanto han permitirse ambas propuestas como bases y se han de realizar los ajustes cartelarios correspondientes para dar paso a una valoración objetiva y equitativa.”* Por otro lado, en la resolución No. R-DAGJ-108-2005 de las diez horas del dos de marzo del dos mil cinco, este órgano contralor señaló: *“En la resolución R-DAGJ-673-2004, ante la posición de un recurrente para que se aceptara la*

posibilidad de ofrecer como oferta base, el pavimento rígido –y no solo como alternativa-, este Despacho resolvió que: “En razón de lo anterior y en virtud de la libre concurrencia, lo procedente es acoger el recurso en cuanto a este extremo y permitir ambos tipos de pavimentos como ofertas bases...” En la misma resolución antes citada, se indicó, como lo dice la propia Administración al atender la audiencia especial el recurso que nos ocupa, **que las necesidades a satisfacer deben estar respaldadas con las debidas justificaciones técnicas.** Tal manifestación es de principio, y bajo tales reglas debe ser entendido lo resuelto en aquella oportunidad. Así las cosas, para que se contemple en el cartel la posibilidad de utilizar el pavimento rígido, deben mediar estudios técnicos que indiquen la idoneidad de dicho pavimento para ser utilizado en esa zona del país, así como su durabilidad según las condiciones particulares del sitio del proyecto. Para ello deberá contarse con un estudio profesional especializado independiente, como podría ser, por ejemplo, del Laboratorio de Materiales y Modelos Estructurales de la Universidad de Costa Rica. En razón de lo dicho, omitimos pronunciarnos acerca del criterio técnico aportado, limitándonos a sugerir que dicho criterio podría ser remitido a la entidad que realice el estudio para su debida consideración. No está de más agregar que fue la Administración la que incorporó en el cartel original –página 14-, la posibilidad de ofrecer pavimento rígido como una propuesta alternativa, lo cual consideramos y resolvimos en la R-DAGJ-673-2004”. (Destacado es propio). Finalmente, en la resolución No. R-DCA-205-2011 de las trece horas del veintinueve de abril del dos mil once, este órgano contralor expuso: “En primer término se debe aclarar que la decisión de posibilitar ofrecer en asfalto o en concreto, es un asunto decisión de la Administración, la cual debería estar acompañada de la motivación correspondiente, y dejando establecido con claridad cual sería el mecanismo objetivo a través del cual se valoraría la diferencia entre uno y otro material, para entender las diferencias que en la práctica existen. De esa forma, **el tema en cuestión se incluye dentro de las facultades discrecionales con que cuenta una Administración para definir en un cartel el tipo de material a utilizar, en la medida en que esa decisión esté acompañada de razones técnicas y científicas que acrediten que esa es la mejor opción.**” (Destacado es propio). En ese sentido, la Unidad Ejecutora en su respuesta señaló: “(...) Por otra parte, es importante aclarar que antes de licitar este concurso para la construcción de la obra, el MOPT mediante el Programa PIV- I del CONAVI y con recursos financiados por el BID, realizó la contratación en el año 2015 de la firma consultora CACISA, para llevar a cabo la actualización del diseño geométrico, diseño de pavimento, planos constructivos,

*especificaciones y presupuesto para el mejoramiento de la Ruta Nacional No. 160, Sección Playa Naranjo- Paquera (...) Ejecutada la actualización del diseño para el proyecto, el Consultor de acuerdo con las mejores prácticas en la ingeniería para el tipo de proyecto, el mejor uso de los recursos financieros y atendiendo a la ciencia y a la lógica, determinó que la solución para la superficie de rodamiento se debe realizar en carpeta asfáltica, lo anterior debido a las siguientes razones que han sido ratificadas por la UEP (...)*". (folio 111 del expediente de la objeción). De frente a lo posición expuesta en las resoluciones de cita, si bien la Unidad Ejecutora señala que a partir de la actualización contratada a la empresa CACISA se derivan las razones por las que se declina por el pavimento flexible, y que son expuestas en el oficio de respuesta, ésta no llega a acreditar la derivación que menciona existir entre las razones y la actualización que se contrató, esto tomando en consideración que dentro de los alcances de la actualización contratada, se dispone: *"El alcance general de este proyecto en particular, consiste en realizar la actualización del diseño de la estructura del pavimento, que CACISA realizara en el año 2003 como producto de la licitación pública 045-2001, con base en la auscultación del pavimento existente y sub-rasante efectuados en aquel momento, lo que implica la no realización de nuevos sondeos ni de nuevos estudios de suelos y análisis de laboratorio"* (Ver dicho informe en CD remitido por la Unidad Ejecutora visible a folio 115 del expediente de objeción). Ante tal ausencia de acreditación, este órgano contralor estima que la Administración deberá proceder a incorporar los estudios e informes que corresponden conforme la posición reiterada por este órgano contralor. En consecuencia, se procede a declarar parcialmente con lugar este aspecto del recurso. **B) Recurso de la empresa Constructora Sánchez Carvajal, S.A. 1) Sobre la indeterminación del plazo de entrega.** La objetante manifiesta que el plazo de entrega de los contratos administrativos es un elemento esencial y está ligado estrechamente con el precio. Agrega que en la presente licitación, el cartel no deja librado a los oferentes el proponer un determinado plazo de ejecución de la obra, sino que impone un máximo de doce meses, según consta en el punto 4.2 del pliego cartelario. Menciona que lo anterior significa que los participantes en el concurso deben calcular muy bien las acciones y obras por ejecutar que requiere el cartel para así poder ofrecer un plazo fijo y determinado de ejecución. No obstante, dispone que, como es normal y natural en una obra de esta magnitud, existen eventos que por estar fuera del control de las empresas, son imposibles de predecir y requieren solicitar una ampliación del plazo. Señala que no reconocer atrasos debidos o atribuibles a la propia Administración contratante o a situaciones ajenas a su control,

violentan los principios de buena fe y equilibrio financiero del contrato. Lo anterior por cuanto si a un contratista no se le reconocen atrasos debidos o atribuibles a la propia Administración contratante o a situaciones ajenas a su control, se vulnerarían principios rectores de todo el procedimiento de contratación pública, situación que también quebranta el artículo 182 de la Constitución Política costarricense que reconoce la obligación de la Administración de todo contrato de mantener el equilibrio financiero del contrato en virtud del principio de intangibilidad patrimonial, así como el Decreto Ejecutivo No. 33114-MEIC, entre otros. En ese sentido, objeta una serie de disposiciones del cartel que atentan contra dichos principios. Al respecto: **i) Sobre el punto 8.4 aparte c).** La objetante manifiesta que en el punto 8.4, aparte c) de la sección VIII, se restringe el derecho a prórroga por lluvia únicamente a aquéllos que presenten “condiciones climáticas excepcionalmente adversas”. Indica que dicho concepto es indeterminado y susceptible de interpretaciones subjetivas y eventualmente arbitrarias que sin dudar afectarán al contratista, pues a su parecer, lo que interesa no es que las condiciones climáticas sean adversas sino que impidan al contratista la ejecución de los trabajos correspondientes, para lo cual no es necesario que se suscite un huracán o tormenta lluviosa, sino una lluvia normal que impida la realización de los trabajos que se requieran. Menciona que por esa razón, solicita se ordene la modificación de dicha cláusula para que se establezca que el contratista tendrá derecho a solicitar una prórroga del plazo cuando las condiciones climáticas le impidan ejecutar los trabajos propios del contrato. La Administración señala que dado que es normal en cualquier lugar que existan condiciones climáticas adversas que impiden trabajar y que el contratista debe considerar en su oferta, se mantiene el apartado. No obstante, señala que considerando lo anterior, se considera factible ajustar el pliego cartelario de forma que se lea: *“se consideran condiciones climáticas excepcionalmente adversas aquellas en las que se impide el desarrollo de los trabajos por encima del percentil de 75% de probabilidad de ocurrencia y se aceptarán retrasos en la proporción en que esto ocurra”*. **Criterio de la División.** Visto la argumentación de las partes, como primer aspecto resulta relevante señalar que la objetante únicamente dispone en su recurso que solicita que se modifique el cartel de forma que pueda solicitar una prórroga del plazo cuando las condiciones climáticas le impidan ejecutar los trabajos. No obstante, no acompaña su acción recursiva, con un ejercicio que demuestre que la redacción del pliego de condiciones le limite su participación o la forma en cómo ésta podría verse restringida, o resulte violatoria de los derechos de los oferentes. Distinto hubiera sido que, basado en su experiencia y mediante la prueba respectiva, la recurrente indicara la

imposibilidad para el contratista de cumplir con los plazos, con señalamiento del plazo que la entidad licitante debería considerar como apto u oportuno para el tipo de trabajos bajo la justificación debida, aspecto que no se desprende de su recurso. Ahora bien, la Administración no acepta el argumento de la recurrente pero sí considera ajustar las condiciones especiales del apartado, objetivando los parámetros de forma que modifica la redacción de la cláusula, por lo que en ese sentido, se impone declarar parcialmente con lugar este extremo del recurso. **ii) Sobre las escombreras.** La objetante señala que en el punto 19, página 67, el cartel dispone que con relación a las escombreras y canteras, en el momento en que el contratista haya determinado su localización deberá tramitar la correspondiente viabilidad ambiental ante SETENA. Añade que en igual sentido, el punto 76 de la página 180 del cartel establece que el contratista debe asegurarse que las canteras, préstamos, vertederos y/o botaderos que utilice debe contar con los permisos sanitarios de funcionamiento necesarios y en cualquier caso de requerir de nuevas ubicaciones, obtenerlos por su cuenta. Agrega que la obtención y trámite de todos estos requisitos tardan meses, lapso que está totalmente fuera del control del contratista, siendo que generalmente son plazos extensos, por lo tanto, trasladar al contratista este trámite sin reconocerle su duración es recortarle el plazo de entrega de la obra, en abierta contradicción con los principios de buena fe e intangibilidad patrimonial. En ese sentido, solicita que se modifique la cláusula a efecto de que se indique que el contratista tendrá derecho a solicitar una prórroga del plazo equivalente al tiempo de atraso que le genere la no disposición de la viabilidad ambiental de las escombreras, para lo cual adjunta un documento con el criterio emitido por el señor Germán Retana Calvo sobre el plazo requerido para obtener el permiso para la escombrera a cargo de SETENA. La Administración señala que sobre este tema la Unidad Ejecutora está tramitando la viabilidad ambiental del proyecto y se han incluido las escombreras y canteras, por lo tanto, se proyecta que no existirán atrasos por estas causas. De igual forma, el cartel de licitación establece en el apartado 8.5 las demoras ocasionadas por las Autoridades, por lo tanto, considera que no debe modificarse el pliego para prever lo que solicita la empresa objetante. **Criterio de la División.** Sobre el particular se observa que de conformidad con lo señalado en el pliego cartelario, cláusula 8.5, así como lo expuesto por la Administración, se tiene que se encuentra incluido dentro del trámite la posibilidad de prorrogar la contratación en el tanto existan causas imputables a las autoridades públicas, por lo que no se le traslada dicha demora al contratista. Adicionalmente a esto, la Unidad Ejecutora dispuso que en cuanto a las escombreras y canteras: “[...] *Sobre este tema la Unidad Ejecutora está*

*tramitando la viabilidad ambiental del proyecto y se han incluido las escombreras y canteras, por lo tanto, se proyecta que no existirán atrasos por estas causas.”* (folio 113 vuelto del expediente de la objeción). En ese sentido, se declara sin lugar este extremo del recurso, debiéndose estar a lo señalado por la Unidad Ejecutora. **iii) Sobre los permisos del MINAE.** La objetante agrega que lo mismo sucede con las disposiciones que contienen los puntos 63 de la página 179 y 201.01, párrafo final cuando disponen que para el aprovechamiento de fuentes de agua, se deberá contar de previo con el permiso correspondiente y que para identificar los árboles maderables del proyecto, los especialistas ambientales del contratista como el de la administración harán un reconocimiento previo a la construcción para reconocer cuáles árboles deberá de tener el tratamiento especial. Dispone que se traslada al contratista la responsabilidad de realizar gestiones y obtener permisos ante autoridades administrativas, cuya duración y obtención final es del todo imposible anticipar. Menciona que solicita que se adicione el cartel a efecto de que se indique que la duración de estos trámites sea reconocida al contratista en la medida en que su no obtención le provoque un atraso en su plazo de ejecución. La Administración señala que en cuanto a los permisos para la colocación de los pasos de fauna que se requieran, se gestionarán mucho antes del inicio del proyecto y serán debidamente comunicados al contratista por lo cual no considera necesario modificar dicha prórroga. Menciona que cualquier demora, impedimento o prevención que obedezca o se atribuya al contratante, genera el derecho a prórroga de conformidad con la cláusula 8.4, por lo que resulta innecesario modificar el cartel. **Criterio de la División.** Sobre el particular y tal como se dispuso en el apartado anterior, la Administración señala que la posibilidad de prorrogar por demoras ocasionadas por las autoridades se encuentra debidamente establecido en el pliego cartelario, en la cláusula 8.5 que a la vez remite a la cláusula 8.4, por lo que resulta innecesaria la modificación. Visto lo expuesto se procede a declarar sin lugar este extremo del recurso, debiendo estarse a lo expuesto por la Unidad Ejecutora. **iv) Sobre los permisos de los propietarios y la reubicación de los servicios públicos.** La objetante manifiesta que la situación apuntada en los apartados anteriores, se presenta en el punto 48 de la página 178 cuando expresamente se indica que el contratista debe contar con los permisos de los propietarios de terrenos aledaños antes de la colocación de los pasos de fauna. Señala que le preocupa que un propietario o varios decidan que no extienden o demoran su permiso para la colocación de los pasos de fauna y que esta responsabilidad recaiga sobre el contratista. En ese sentido, solicita que se adicione en el cartel, la aclaración en el sentido de que la no

obtención o demora en la obtención de dichos permisos no será responsabilidad del contratista. Adiciona que el plazo de entrega también se ve lesionado cuando el cartel, respecto a la reubicación de servicios públicos requiere que el contratista contemple en el plan de trabajo los plazos para la ejecución de las obras de reubicación de servicios públicos. Menciona que se presenta aquí la misma situación de incerteza para el contratista con respecto de las actuaciones de las entidades públicas competentes en la prestación de los diversos servicios públicos que se verán afectados con las obras, pues a su parecer se le asigna una responsabilidad por actuaciones totalmente ajenas a su control y cuyos eventuales atrasos deben ser reconocidos como prórrogas en su plazo de entrega. Sobre este aspecto agrega que el contratista, como particular que es, no tiene la autorización legal que se requiere para interrumpir o cortar ningún servicio público, pues esto es potestad que sólo disponen las entidades y órganos públicos legalmente competentes para ellos por lo que no se debe trasladar esa responsabilidad al contratista. Concluye que considera necesario añadir que el plazo de entrega contractual en todo contrato de construcción es para la labor esencial de construir y no para estar realizando trámites administrativos u obtener permisos de terceros cuya obtención está fuera del alcance y control del contratista. La Administración al referirse a este aspecto, al igual que en los puntos anteriores, señala lo que dispone el pliego cartelario en las cláusulas 8.4 y 8.5, en cuanto a que existen demoras y posibilidad de prórrogas del plazo de terminación, considerando que resulta innecesario realizar modificaciones al pliego, tal como lo requiere la recurrente. **Criterio de la División.** Sobre el particular, siendo que lo solicitado por la objetante, responde a lo requerido en los tres apartados anteriores, se deberá estarse a lo indicado por este órgano contralor. No obstante, resulta relevante señalar que la objetante en su recurso, indicó: *“En este tema debe considerarse además que el contratista, como particular que es, no tiene la autorización legal que se requiere para interrumpir o cortar ningún servicio público, potestad que solo disponen las entidades y órganos públicos legalmente competentes para ello y es por esta razón que no puede asignársele esa responsabilidad al contratista, que carece al efecto de la facultad legal requerida para asumirla...”* (folio 071 del expediente de objeción). Ahora bien, la cláusula 2.4 del pliego de condiciones, contempla las actividades que debe realizar el contratista para la reubicación de los servicios públicos, las cuales se deben indicar en el plan de trabajo, al indicar lo siguiente: ***“2.4 Reubicación de servicios públicos afectados / Todos los trabajos relacionados con la reubicación de las redes de Servicios Públicos afectados por las obras contempladas en el Proyecto, tales como agua potable,***

*poliducto, alcantarillado sanitario, corriente eléctrica, redes de telecomunicaciones y de fibra óptica, serán ejecutados por el Contratista en coordinación con las Entidades respectivas. Se considera que las obras de reubicación de los servicios públicos que se encuentran dentro del área de actuaciones o en el área de obras del Contratista (canalizaciones y puente de servicios, entre otros) serán ejecutados por el Contratista, en tanto que la instalación de las redes (acometidas) será responsabilidad de cada Entidad./ Para estos propósitos el Contratista deberá coordinar con estas entidades, a los menos 60 (sesenta) días antes del inicio de las obras, la aprobación de los diseños de las obras de reubicación de servicios a cargo del Contratista y los plazos para su ejecución. El Contratista debe contemplar en su Plan de Trabajo los plazos que requerirá para la ejecución de las obras de reubicación de servicios públicos...” (folio 154 del expediente de objeción). De frente al clausulado del cartel y en particular a lo antes transcrito, no encuentra este órgano contralor en qué sentido resulta ilegal lo dispuesto, lo cual vale resaltar tampoco es desarrollado por el recurrente, por lo que se impone declarar sin lugar este extremo del recurso. **2) Sobre la contradicción de cláusulas.** La objetante menciona que el aparte a) del punto 1.2, denominado “Notas generales” exige y advierte al contratista que se deben respetar condiciones de ejecución durante las obras so pena de sanción y específicamente, señala que la construcción se debe realizar sin interrupción total del tránsito en la sección a intervenir en el proyecto, por lo que el contratista debe asegurar el libre flujo vehicular en dos carriles en al menos 80% de la ruta durante todo el período de ejecución. Agrega que no obstante, en el punto 304.11 el mismo cartel dispone que no se permitirá la circulación de ningún vehículo sobre la capa de base estabilizada incluyendo el equipo de construcción, con excepción del equipo de rociado durante el período de los siete días de curado. Manifiesta que por un lado se le impone al contratista la obligación de realizar la construcción sin interrupción del tránsito, pero por otro, se le indica que no se permitirá la circulación de ningún vehículo sobre la capa de base estabilizada durante el período de siete días de curado, con lo cual se afecta de nuevo el plazo de entrega ya que no existe claridad sobre cómo proceder en dicho periodo. Señala que por esta razón, requiere una modificación para que ambas cláusulas del pliego sean consistentes y armónicas en su regulación. La Administración señala que no existe contradicción, por lo que mantiene lo indicado. Agrega que la solución habitual y lógica es que la construcción se realiza por medias calzadas permitiendo el tránsito por la otra media calzada e incluso, aprovechando la parte de la sección prevista para carril-bici. Señala que por otra parte, exigir que no se corte el tránsito en el presente caso,*

es vital para la zona ya que no existe una ruta alterna razonable y en caso de corte se dejaría aislada a la población afectada. **Criterio de División.** Resulta relevante señalar que si bien la recurrente hace mención de las cláusulas que a su parecer resultan contradictorias, lo cierto es que no realiza ningún ejercicio técnico u objetivo tendiente a demostrar que efectivamente las mismas le limiten su participación, le violenten algún principio fundamental de contratación, o reglas de procedimiento. Es decir, le correspondía a la objetante indicar que las cláusulas no sólo eran contradictorias, sino indicar las justificaciones técnicas que le impedían la construcción en el tiempo de curado o la imposibilidad de continuar el mejoramiento durante el tiempo de éste, según lo señalado en el cartel, aspecto que no se desprende de su respuesta. Lo anterior es relevante, pues la Administración expone: *“No existe contradicción, por lo tanto se mantiene lo indicado, la solución habitual y lógica es que la construcción se realiza por medias calzadas permitiendo el tránsito por la otra media calzada, e incluso en este caso aprovechando la parte de la sección prevista para carril-bici. Por otra parte, el exigir que no se corte el tránsito en el caso que nos ocupa es vital para la zona ya que no existe una ruta alterna razonable y en caso de corte se dejaría aislada a la población afectada...”* (folio 114 y 114 vuelto del expediente de objeción). De frente a lo indicado, se impone declarar sin lugar este extremo del recurso. **C) Recurso interpuesto por la empresa Constructora Santa Fe, Limitada. 1) Sobre los criterios de evaluación y calificación.** La objetante manifiesta que en la sección III del cartel denominada “Criterios de Evaluación y Calificación” se encuentra un requisito que restringe la participación de los oferentes en el tanto es un elemento que no tiene justificación técnica ni lógica ni está apegado a la ciencia y/o a la técnica cual es que “cada cantidad total del proyecto equivalente (CTPE) exigible para cada tipo de actividad debe de cumplirse en una sola obra. Agrega que el pliego cartelario no acepta sumar las cantidades ente dos obras diferentes. Menciona que en la reunión pre oferta se expresó por parte de la Administración que la idea es que quien oferte tenga experiencia en un proyecto similar (o equivalente), no obstante, respetando lo dicho, considera que no lo comparte, pues es posible haber ejecutado una obra en un trayecto de carretera, el cual por decisión de la Administración ha sido dividido en dos o más tramos, que se ejecutaron en un mismo momento, utilizando recursos independientes de forma simultánea. Señala que por esa razón, solicita que se modifique el cartel donde la experiencia se podrá demostrar con dos o más proyectos en una misma ruta, ejecutados en un mismo momento. La Administración dispone que de conformidad con lo solicitado, se modificará el cartel de licitación para que se acepte experiencia que haya

sido ejecutada con dos o más proyectos, siempre y cuando, hayan sido ejecutados en una misma ruta y en un mismo momento. Agrega que esto es así porque la Administración debe asegurarse que el contratista tenga la experiencia suficiente de ejecutar un proyecto con las mismas condiciones que el de Playa Naranjo- Paquera en el mismo momento, lo que demuestra que tiene la capacidad técnica y logística de manejar las condiciones de la obra. **Criterio de la División.** Se observa que la Administración se allana a la pretensión del objetante, por cuanto acepta modificar la cláusula para que se acepte la experiencia que haya sido ejecutada con dos o más proyectos siempre y cuando, hayan sido ejecutados en una misma ruta y en un mismo momento, tal como lo solicita la recurrente. Así las cosas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 175 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, al no observarse que con el allanamiento se violenten normas o principios del ordenamiento jurídico, procede declarar con lugar el recurso. Para ello se asume que la Administración ponderó cuidadosamente la conveniencia de la modificación al cartel, lo cual corre bajo su entera responsabilidad. **2) Sobre la cantidad total del proyecto equivalente (CTPE).** La objetante indica que en concreto, en relación con el punto 1.3, realiza la objeción en cuanto al CTPE, dado que las cantidades de obra que establece el cartel que hay que ejecutar, con el diámetro requerido es de novecientos setenta y siete metros (977.00 m) éstas, no guardan ninguna proporción ni relación con la cantidad pedida. Indica que considera que la suma le parece irracional o se debe a algún error, dado que el tipo de actividad dispone: "instalación de tuberías para alcantarillas de diámetro superior o igual a 1,00 m, en cantidad de 8,000 metros". Señala que solicita sea corregida la cantidad. Concluye que las restricciones citadas violentan los principios generales de la contratación, el ordenamiento de la materia, el principio de igualdad de oportunidades y libre competencia y carecen de toda justificación técnica y lógica, por lo que solicita sea ordenada su modificación. La Administración señala que en cuanto a las tuberías, en efecto se trata de un error del cartel, dado que la cantidad de tubería de todo tipo que hay es de 1.942 m entre 0,60 y 2,13 m y lo que hizo la Administración fue que simplificó con el valor medio ponderado de 1,0 m y redondeando, tuvo la intención de indicar 2.000 m pero por error transcribió en 8.000 m. Por lo tanto, modificará el cartel disponiendo 2.000 m. **Criterio de la División.** Visto que la Administración admite que se trata de un error de digitación y acepta la pretensión del objetante en cuanto corrige la cantidad, se declara parcialmente con lugar este extremo del recurso.-----

**POR TANTO**

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en las disposiciones de los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, artículo 7 de la Ley No. 9283 “Aprobación de los contratos de préstamo No. 3071/OC-CR y No. 3072/CH-CR, suscritos entre la República de Rica y el Banco Interamericano de Desarrollo, para el financiamiento del Programa de Infraestructura de Transporte (PIT)”; 81 de la Ley de Contratación Administrativa, 175, 178 y 181 de su Reglamento, **SE RESUELVE: 1) DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR** los recursos de objeción interpuestos por las empresas **Cemex (Costa Rica), S.A, Constructora Sánchez Carvajal, S.A. y la empresa Constructora Santa Fe, Limitada** en contra del cartel de la **Licitación Pública Internacional No. PIT-5-LPI-O-2016**, promovida por la **Unidad Ejecutora del Programa de Infraestructura de Transporte** para la “contratación del mejoramiento y rehabilitación de la Ruta Nacional No. 160, Sección Playa Naranjo- Paquera”. **2) PREVENIR** a la Administración para que proceda a realizar las modificaciones indicadas al cartel, dentro del término y condiciones previstas en el artículo 180 del citado Reglamento. **3) Se da por agotada la vía administrativa.**-----

**NOTIFÍQUESE.**-----

Allan Ugalde Rojas  
**Gerente de División**

Fernando Madrigal Morera  
**Gerente Asociado a.i.**

Suraye Zaglul Fiatt  
**Fiscalizadora Asociada**

Maritza Chacón Arias  
**Fiscalizadora**

SZF/MCHA/MMR/tsv

NN: 05776 (DCA-1034-2017)

NI: 11062, 11284, 11291, 11769, 11775, 11798, 11799, 11802, 11808, 11945, 12356.

G: 2017001751-1