

R-DCA-0781-2019

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las diez horas doce minutos del doce de agosto del dos mil diecinueve diecinueve.-

RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por **AMERICA INGENIERIA Y ARQUITECTURA, S.A.**

en contra del acto de adjudicación relativo a la **LICITACIÓN ABREVIADA 2019LA-000009-**

0008000001 promovida por el **MINISTERIO DE CULTURA Y JUVENTUD**, para la contratación

de “Obras en el CENAC de mantenimiento, conservación y adaptaciones”, recaído en favor de

RODRIGUEZ CONSTRUCTORES ASOCIADOS, S.A., por un monto de (¢155.313.719).-----

RESULTANDO

I. Que la empresa AMERICA INGENIERIA Y ARQUITECTURA, S.A., el dieciocho de junio de dos mil diecinueve, presentó ante esta Contraloría General de la República recurso de apelación en contra del acto de adjudicación de la referida Licitación Abreviada No. 2019LA-000009-0008000001, promovida por el Ministerio de Cultura y Juventud.-----

II. Que mediante auto de las trece horas con cincuenta y cuatro minutos del veinte de junio de dos mil diecinueve esta División requirió a la Administración el expediente administrativo del concurso, lo cual fue atendido mediante oficio No. PI-136-2019 del veintiuno de junio de dos mil diecinueve.-----

III. Que mediante auto de las diez horas cuarenta y cuatro minutos del dos de julio de dos mil diecinueve, esta División otorgó audiencia inicial a la Administración licitante y al adjudicatario con el objeto de que manifestaran por escrito lo que a bien tuvieran con respecto a los alegatos formulados por el apelante, y para que ofrecieran las pruebas que consideraran oportunas. Dicha audiencia fue atendida mediante escritos incorporados al expediente de la apelación.-----

IV. Que mediante auto de las diez horas cuarenta y seis minutos del diecisiete de julio de dos mil diecinueve, esta División confirió audiencia especial a la empresa apelante para que se refiriera a las argumentaciones en contra de su oferta realizadas por la Administración licitante y la empresa adjudicataria al momento de contestar la audiencia inicial, y audiencia especial a la Administración para que se refiriera a los alcances de la disposición cartelaria relativa a que los precios deben ser consignados libre de impuestos, mencionando el sustento jurídico respectivo. Dicha audiencia fue atendida por ambas partes mediante escritos que constan en el expediente de apelación.-----

V. Que de conformidad con lo establecido en el artículo ciento noventa del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se consideró que no era necesario otorgar audiencia final a las

partes, en vista de que durante el trámite del recurso se tenían todos los elementos necesarios para su resolución.-----

VI. Que la presente resolución se emite dentro del plazo de ley y en su trámite se han observado las prescripciones legales y reglamentaria correspondientes.-----

CONSIDERANDO

I. HECHOS PROBADOS: Para la resolución del recurso, se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés, con vista en el expediente administrativo electrónico que consta en el Sistema Integrado de Contratación Pública (SICOP): **1)** Que el Ministerio de Cultura y Juventud promovió la Licitación Abreviada No. 2019LA-000009-0008000001 para la contratación del “Servicio de trabajos de mantenimiento, construcción y adaptaciones en el CENAC”, publicando el cartel en la plataforma electrónica del SICOP el cuatro de marzo de dos mil diecinueve. (SICOP. En consulta por expediente mediante el número de la contratación, en el punto denominado “1. Información General”, ingresar por “2019LA-000009-0008000001 (Versión Actual)”, en la nueva ventana “Detalles del concurso”, “1. Información General”, “Fecha / hora de publicación”). **2)** Que al referido concurso licitatorio se presentaron ocho ofertas: i) Ingeniería y Desarrollo Corrales, S. A., ii) Rodríguez Constructores y Asociados, S.A., iii) Constructora Arpo, S.A., iv). América Ingeniería y Arquitectura, S.A., v) José Antonio Soto Pacheco, vi) Ingeniería PCR, S.A., vii) Ingeniería en Pintura Industrial y Arquitectónica, S.A. y viii) Constructora Luna & Rojas L&R, S.A. (SICOP. En consulta por expediente mediante el número de la contratación, en el punto denominado “3. Apertura de ofertas”, campo de Apertura finalizada, ingresar por “consultar”, en la nueva ventana “Resultado de la apertura”). **3)** Que en la oferta de la empresa Rodríguez Constructores Asociados, S.A. se establece un precio total sin impuestos de ¢155.313.719 y un precio total de ¢155.313.719, indicándose en el campo de “Observaciones / detalle de otros impuestos / otros costos: *“El monto indicado es sin impuestos de ventas incluidos, el monto de impuestos a exonerar es de ¢ 8.897.000,00 para un total con impuestos de ¢ 164.210.719,00 (Ciento sesenta y cuatro millones doscientos diez mil setecientos diecinueve colones con 00/100)”*. (SICOP. En consulta por expediente mediante el número de la contratación, en el punto denominado “3. Apertura de ofertas”, campo de Apertura finalizada, ingresar por “consultar”, en la nueva ventana “Resultado de la apertura”, posición de ofertas No. 2, en 2019LA-000009-0008000001-Partida 1-Oferta, ingresar por “-Consulta de ofertas”, en la nueva venta “Oferta”, “Información de bienes, servicios u obras”.) **4)** Que en la oferta de la empresa América Ingeniería y Arquitectura, S.A. se establece un precio total sin

impuestos de ¢164.819.143,46. (SICOP. En consulta por expediente mediante el número de la contratación, en el punto denominado “3. Apertura de ofertas”, campo de Apertura finalizada, ingresar por “consultar”, en la nueva ventana “Resultado de la apertura”, posición de ofertas No. 4, en 2019LA-000009-0008000001-Partida 1-Oferta 6, ingresar por “-Consulta de ofertas”, en la nueva venta “Oferta”, “Información de bienes, servicios u obras”.) **5)** Que la Administración licitante solicitó a la empresa Rodríguez Constructores y Asociados, S.A. indicar cuál era el monto firme y definitivo de su oferta. (SICOP. En consulta por expediente mediante el número de la contratación, en el punto denominado “2. Información de Cartel”, en el campo de “Resultado de la solicitud de información”, ingresar por “Consultar”, en la nueva ventana “Listado de solicitudes de información”, número de solicitud 171846 / 2019LA-000009-0008000001 / subsane (0682019000200015), ingresar por “subsane”, en la nueva ventana “Detalles de la solicitud de información”, campo de “Contenido de la solicitud”). **6)** Que la empresa Rodríguez Constructores y Asociados, S.A. atendió la solicitud de información No. 171846, señalando que: “...*El monto firme y definitivo de nuestra oferta es de ¢155.313.719, 00 (Ciento cincuenta y cinco millones trescientos trece mil setecientos diecinueve colones con 00/100)*”. (SICOP. En consulta por expediente mediante el número de la contratación, en el punto denominado “2. Información de Cartel”, en el campo de “Resultado de la solicitud de información”, ingresar por “Consultar”, en la nueva ventana “Listado de solicitudes de información”, número de solicitud 171846 / 2019LA-000009-0008000001 / subsane (0682019000200015), ingresar por “subsane”, en la nueva ventana “Detalles de la solicitud de información”, campo de “Encargado relacionado”, ingresar por “Resuelto”, en la nueva ventana “Respuesta a la solicitud de información”, campo de “Comentarios de respuesta”). **7)** Que mediante sesión ordinaria No. 0023-2019 de las 13:30 horas del 11 de junio de 2019, la Comisión de Recomendación de Adjudicación del Ministerio de Cultura y Juventud, según consta en acta No. 0023-2019, acordó adjudicar la Licitación Abreviada No. 2019LA-000009-0008000001 a la empresa Rodríguez Constructores Asociados, S.A., por un monto de ciento cincuenta y cinco millones trescientos trece mil setecientos diecinueve colones exactos (¢155.313.719,00). (SICOP. En consulta por expediente mediante el número de la contratación, en el punto denominado “8. Información relacionada”, en el campo de Adjudicación / Acta de adjudicación / 11/06/2019 ingresar por “Consultar”, en la nueva ventana “Anexo de documentos al Expediente Electrónico”, descargar el archivo denominado “Acta N°23 Adjudicación Restauración CENAC.pdf”).-----

II. SOBRE LA LEGITIMACIÓN DEL CONSORCIO APELANTE: El artículo 176 del Reglamento a la Ley Contratación Administrativa (RLCA), dispone que: *“Podrá interponer el recurso de apelación cualquier persona que ostente un interés legítimo, actual, propio y directo”*. Por su parte, el artículo 180 del RCLA, establece que el recurso de apelación será rechazado de plano por improcedencia manifiesta entre otras razones, *“b.) Cuando el apelante no logre acreditar su mejor derecho a la adjudicación del concurso, sea porque su propuesta resulte inelegible o porque aún en el caso de prosperar su recurso, no sería válidamente beneficiado con una eventual adjudicación, de acuerdo con los parámetros de calificación que rigen el concurso. (...) Debe entonces el apelante acreditar en el recurso su aptitud para resultar adjudicatario. (...)”*. Así las cosas, resulta necesario realizar el análisis referente a la legitimación, como actuación previa para determinar si la apelante cuenta o no con la legitimación requerida por el ordenamiento jurídico para interponer su acción recursiva. Corresponde analizar los argumentos expuestos por la apelante respecto a la supuesta inelegibilidad del adjudicatario. La apelante alega que su oferta fue indebidamente excluida, y que en caso de prosperar su recurso ocuparía el primer lugar, ya que su oferta contiene el segundo mejor precio y estima que la oferta de la adjudicataria debió ser excluida. Así, menciona que la Administración le permitió a la empresa adjudicataria subsanar un aspecto fundamental como es el precio, siendo que la empresa en su oferta había presentado dos precios y se le requirió indicar cuál era el firme y definitivo. Señala que los dos precios que indica la adjudicataria en su oferta, son uno sin impuestos de ₡155.313.719.00 y otro con impuestos de ₡164.210.719. Ahora bien, argumenta que el precio sin impuestos es porque la empresa asume equivocadamente que tendrá exoneración de impuestos, entre ellos los aplicados a los materiales, pero indica que eso no es lo que dice el cartel. Menciona que el cartel lo que indica en la página 21, Formulario 3 es que todos los precios consignados deberán ser libre de impuestos para la Administración. Señala que eso significa que el oferente no puede poner a su precio impuestos, pero no indica nada de los impuestos que sí debe pagar el contratista para cumplir con el servicio de construcción, entre ellos impuesto de renta, impuesto de materiales, etc. Alega que por ese motivo todas las demás empresas cotizaron sin cobrar ningún impuesto, porque lo que se realiza es un servicio de construcción que actualmente no está gravado y no una venta de materiales. Agrega que de su experiencia puede afirmar que ese Ministerio no exonera de impuestos al contratista para la realización de las obras. Indica que esa misma Administración ya había descartado la oferta de la empresa ahora adjudicataria en otro procedimiento, por ofertar dos precios, uno de los que

considera la exoneración. La Administración argumenta que se solicitó subsanación a la adjudicataria de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 80 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa debido a que los precios estaban establecidos en su oferta, con impuestos y sin impuestos y dado que el cartel estableció que se debía ofertar sin impuestos, se solicitó que se aclarara cuál era el precio firme y definitivo, por lo que al haber aclarado la oferente que el precio sin impuestos era el firme y definitivo, y al no haber variado el monto ofertado, no existe problema en la subsanación. Agrega que en cuanto a la referencia que se efectúa sobre otro procedimiento, debe tenerse presente que cada caso se resuelve de acuerdo a sus propias circunstancias, por lo que omite cualquier tipo de manifestación sobre ese otro caso. La adjudicataria alega que su oferta tiene un precio único e invariable de ¢155.313.719,00 el cual no incluye los impuestos de ventas de materiales e insumos, y señala que ello se fundamenta en el hecho de que el Ministerio se encuentra exonerado del pago de impuestos, tal y como lo certifica el Lic. Jorge Rodríguez Solera, Proveedor Institucional del Ministerio de Cultura y Juventud para un proyecto en que su empresa participó. Destaca que en la citada certificación, la cual aporta, se indica que el Ministerio está exento del pago de los impuestos de ventas y consumo de acuerdo con el principio de inmunidad fiscal del Estado, según pronunciamiento No. C-179-2001 de la Procuraduría General de la República, el cual dispone en lo que interesa: "...B) *Inmunidad Fiscal del Estado. De conformidad con el principio de inmunidad fiscal, el Estado se encuentra exento del pago de impuestos, por cuanto al ejercer su potestad tributaria para imponer los tributos, se configura como sujeto activo --acreedor-- de una obligación tributaria que debe administrar y recaudar; de modo que no podría constituirse en deudor de aquellos tributos creados a su favor. Por consiguiente, resulta jurídicamente imposible que exista una relación tributaria en esas circunstancias, donde el Estado se comporta simultáneamente como sujeto activo y sujeto pasivo de la obligación tributaria impuesta por él mismo. Sobre este particular, la Procuraduría, en Dictamen C-114-92 de fecha 21 de julio de 1992, ha considerado: "...Criterio que se ratifica, por cuanto en la relación jurídica tributaria el Estado no puede revestir el carácter de sujeto activo (Fisco) y de sujeto pasivo (deudor) al mismo tiempo, por cuanto la relación tributaria supone la existencia de dos sujetos diferenciados. Por lo que es buena técnica, **el principio de inmunidad fiscal del Estado implica la no sujeción del Estado a los impuestos creados por el mismo -salvo en los casos que expresamente lo disponga el legislador- y no una exoneración propiamente dicha.**" (...) En éste orden de ideas, y teniendo en cuenta que el principio de inmunidad fiscal*

del Estado implica la no sujeción del Estado a los impuestos creados por él mismo por inexistencia de la relación jurídico tributaria -salvo que el legislador así lo disponga- la derogatoria contenida en el artículo 1º de la Ley 7293 no alcanza dicho principio,(...)". De este modo, debe advertirse que el principio de inmunidad fiscal del Estado no es absoluto, ya que rige únicamente para aquellos tributos de carácter estatal; es decir, que dicho principio no es aplicable a los tributos establecidos a favor de otros entes. Razón por la cual, la no sujeción del Estado se mantiene cuando se trata de los propios impuestos que él mismo administra y recauda, aunque la ley no lo disponga expresamente." **Criterio de la División** El Ministerio de Cultura y Juventud promovió la Licitación Abreviada No. 2019LA-000009-0008000001 para la contratación del servicio de realización de trabajos de mantenimiento, conservación y adaptaciones en el CENAC (ver hecho probado No. 1), a la cual se presentaron 8 ofertas (ver hecho probado No. 2), resultando adjudicataria la empresa Rodríguez Constructores Asociados, S.A., por un monto de ₡155.313.719. (ver hecho probado No. 7). La oferta de la empresa adjudicataria fue por un monto de ₡155.313.719 sin impuestos, aclarándose que el monto indicado es sin impuestos de ventas incluidos, y que el monto de impuestos a exonerar es de ₡ 8.897.000,00 para un total con impuestos de ₡ 164.210.719,00 (Ciento sesenta y cuatro millones doscientos diez mil setecientos diecinueve colones con 00/100)". (ver hecho probado No. 3), ante lo cual la Administración le solicitó que aclarara cuál era el monto firme y definitivo (ver hecho probado No. 5), respondiendo la oferente que el monto firme y definitivo de su oferta es de ₡155.313.719, 00 (ver hecho probado No. 6). El argumento expuesto por la apelante consiste en que dicha aclaración se debe entender como una modificación de un elemento esencial como lo es el precio, por lo que se trata en su criterio de un aspecto no subsanable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 del RLCA. En lo que refiere a ese primer planteamiento, es importante recalcar que este órgano contralor en anteriores oportunidades ha señalado que el hecho de detallar un precio sin impuestos y otro con impuestos, no implica *per se* que se estén ofertando dos precios. En ese sentido, conviene traer a colación lo dispuesto por esta Contraloría General en la resolución No. R-DCA-0236-2017 de las 7:49 horas del 20 de abril de 2017, que en lo que interesa señala: "*Sin embargo, estima este órgano contralor que del contenido de la propuesta del recurrente sí es claro y se puede visualizar con certeza cuál fue el precio con y sin impuestos, por lo que no se está, bajo ningún supuesto, de frente a una modificación del respectivo elemento esencial, por el contrario, inclusive podría pensarse que el recurrente, al momento de estructurar su cotización económica y presentar su oferta, tuvo el*

deber de cuidado de separar ambos rubros a efectos de evitar cualquier situación anómala. De igual forma, indica la licitante que lo pretendido por la recurrente le otorgaría una ventaja indebida al momento de comparar y evaluar las ofertas; sin embargo, dicha afirmación carece de total fundamentación, toda vez que la información respecto a la oferta económica estaba claramente revelada desde la oferta del recurrente y no se explica o acredita cuál sería la supuesta ventaja indebida que ahora arguye la Administración.” (el subrayado se agregó). De tal manera que el hecho de que la Administración le haya consultado cuál era el precio firme y definitivo y la consecuente respuesta de la adjudicataria, no resulta contrario a lo dispuesto en el artículo 80 del RLCA por cuanto no se varió el monto ofertado y no se concedió ventaja indebida alguna. Ahora bien, por otro lado la apelante a su vez plantea que la adjudicataria efectuó una interpretación errónea del cartel, por cuanto, considera que de acuerdo con el pliego de condiciones el precio debía ofertarse sin impuestos pero en lo que atañe a los eventuales impuestos aplicables a la actividad propia de la prestación del servicio de construcción, pero sin que en ninguna parte se estableciera que se exoneraría el pago de los impuestos de ventas sobre los materiales que se requirieran para prestar el servicio, o el pago de cualquier otro impuesto que pudiera afectar al oferente. Al respecto, es preciso observar lo dispuesto en el Formulario No. 3 sobre “Costos Unitarios y Totales del Proyecto Obras en el CENAC 2019” del cartel, el cual establece que todos los precios consignados deberán ser libres de impuestos para la Administración. (Ver cartel en SICOP. En consulta por expediente mediante el número de la contratación, en el punto denominado “2. Información de Cartel”, ingresar por “2019LA-000009-0008000001 (Versión Actual)”, en la nueva ventana “Detalles del concurso”, campo de “F. Documento del cartel”, descargar el archivo “Condiciones cartelarias – CENAC-.pdf”, página 21). De acuerdo con la Administración, al atender la audiencia especial conferida para que se refiriera a los alcances de la disposición cartelaria respecto a que los precios consignados debían ser libres de impuestos, dicha cláusula se incluyó con la intención de determinar de forma clara para los oferentes que los precios debían ser únicos, definitivos y netos, con sustento jurídico en el principio de inmunidad fiscal del Estado contemplado en el artículo 49 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios. Sobre el particular, estima esta División que la apelante no sustenta la interpretación que sostiene respecto a que la lectura que hace la adjudicataria del cartel resulta errónea. Por el contrario, la adjudicataria alega que de acuerdo con el propio criterio del proveedor institucional de ese Ministerio para el caso de otro procedimiento concursal, ese Ministerio está exento del pago de los impuestos de ventas y

consumo de acuerdo con el principio de inmunidad fiscal del Estado. Debe tomarse en cuenta la naturaleza jurídica de la Administración promovente del concurso, siendo que se trata de un órgano ministerial que forma parte del Poder Ejecutivo, y con ello integra el concepto de la “Administración Central”. Teniendo presente lo anterior, se puede entender aplicable el principio de inmunidad fiscal del Estado, en el sentido de que en este caso el mismo Estado, conformado por la Administración Central sería quien estaría actuando como sujeto activo y como sujeto pasivo, ya que el Estado –Ministerio de Hacienda- estaría ejerciendo su potestad tributaria para imponer los respectivos tributos aplicables al objeto contractual, constituyéndose como acreedor de los mismos, y paralelamente el mismo Estado –Ministerio de Cultura y Juventud- estaría actuando como deudor de dichos tributos. Debe recalcar que en ningún momento aporta la apelante elementos de juicio para desvirtuar la aplicación del principio de inmunidad fiscal a este caso, sin que haya acreditado que exista una norma legal que expresamente advierta lo contrario, o bien que la actividad atinente al objeto contractual se encuentre gravada por tributos a favor de otros entes diferentes al Estado. A partir de lo anterior, considera este órgano contralor que resulta aplicable el citado principio de inmunidad fiscal, y por ende en aplicación de lo dispuesto en el artículo 49 del Código Tributario, se configura el supuesto de la extinción por confusión, al coincidir el sujeto activo de la obligación tributaria con el sujeto pasivo. Bajo esa tesitura, tomando en cuenta que el cartel fue claro en establecer que todos los precios consignados debían ser libres de impuestos para la Administración, al haber ofertado la empresa adjudicataria un precio libre de impuestos, se entiende que la oferta es válida. A partir de lo expuesto, al no haber logrado la apelante desvirtuar la elegibilidad de la oferta adjudicataria, no ostenta legitimación para poder recurrir el acto de adjudicación, con lo cual, carece de interés entrar a conocer los argumentos expuestos respecto a su indebida exclusión, por cuanto, aún en el caso de que se concluyera que su oferta resultaba elegible, no superaría la calificación de la adjudicataria al contar ésta con un mejor precio (ver hechos probados 3 y 4). De forma que procede **declarar sin lugar** el recurso de apelación interpuesto por falta de legitimación.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en los artículos 84 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa, 182 y siguientes del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se resuelve: **1) DECLARAR SIN LUGAR** el recurso interpuesto por **AMERICA INGENIERIA Y ARQUITECTURA, S.A.** en contra del acto de adjudicación relativo a la

LICITACIÓN ABREVIADA 2019LA-000009-0008000001 promovida por el **MINISTERIO DE CULTURA Y JUVENTUD**, para la contratación de “Obras en el CENAC de mantenimiento, conservación y adaptaciones”, recaído en favor de **RODRIGUEZ CONSTRUCTORES ASOCIADOS, S.A.**, por un monto de (¢155.313.719).. **2)** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa se da por agotada la vía administrativa.-----
NOTIFÍQUESE.-----

ORIGINAL FIRMADO

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

ORIGINAL FIRMADO

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

ORIGINAL FIRMADO

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

Estudio y Redacción: Adriana Pacheco Vargas
APV/chc
NN:11793 (DCA-2875-2019)
NI: 15964, 16369, 16944, 17973, 17984, 18045, 19230, 19436
G: 2019002437-2

