

R-DCA-0836-2019

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa. San José, a las quince horas doce minutos del veintisiete de agosto del dos mil diecinueve.-----

Recurso de objeción interpuesto por **AZVI S.A.** en contra del cartel de la **LICITACION PUBLICA INTERNACIONAL PIT-155-PI-O-2019** promovida por la **Unidad Ejecutora del Programa de Infraestructura de Transporte (PIT)** para la “Contratación de la ampliación y rehabilitación de la ruta nacional No.1, Carretera Interamericana Norte, sección Barranca-Limonal y de la ruta nacional 17, sección La Angostura”. -----

RESULTANDO

I. Que en fecha doce de agosto de dos mil diecinueve, la empresa AZVI S.A presentó ante esta Contraloría General, recurso de objeción en contra del cartel de la LICITACION PUBLICA INTERNACIONAL PIT-155-PI-O-2019 promovida por la Unidad Ejecutora del Programa de Infraestructura de Transporte para la “Contratación de la ampliación y rehabilitación de la ruta nacional No.1, Carretera Interamericana Norte, sección Barranca-Limonal y de la ruta nacional 17, sección La Angostura”.-----

II. Que mediante auto de las once horas veintidós minutos del trece de agosto del dos mil diecinueve, se otorgó audiencia especial a la Administración licitante para que se refiriera al recurso interpuesto, la cual fue atendida por medio de oficio SP-No. 01-2015, el cual se encuentra incorporado al expediente de objeción.-----

III. Que por medio de oficio 0952-2019 del dieciséis de agosto del dos mil diecinueve, la Administración indicó que el monto referencial de esta contratación es de doscientos diez millones de dólares. -----

IV. Que por medio de correo electrónico de fecha veinte de agosto del año en curso, la licitante remitió copia del cartel de la licitación recurrida.-----

V. Que en fecha veintiséis de agosto del año en curso, la recurrente presenta lo que denomina testimonio y apostillado del Dictamen, presentado con recurso de objeción.-----

VI. Que la presente 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 para conocer el recurso interpuesto: 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), norma en cuyo 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 lo dispuesto en la ley, si bien los concursos que se promuevan con los fondos provenientes del empréstito, se realizan conforme las políticas de adquisiciones definidas en los contratos de préstamo, procede señalar que esta Contraloría General es competente para conocer los recursos de objeción y apelación que se planteen contra los actos de éstos. Ya este órgano contralor se ha referido a la competencia que ostenta para conocer recursos de objeción, que se interpongan contra los pliegos de condiciones de concursos que son financiados por medio de empréstitos, y que por ello se basan en las reglas determinadas por estos y no por las establecidas en la Ley de Contratación Administrativa. Sobre el particular, en la resolución No. R-DCA-413-2016 de las nueve horas con cincuenta minutos del dieciocho de mayo del dos mil dieciséis se indicó: *“(…) Resulta así claro, que los servicios que se contraten con base en el contrato de préstamo aprobado mediante la Ley No. 7376, se encuentran excluidos de los procedimientos ordinarios dispuestos en la Ley de Contratación Administrativa. No obstante, como se señaló líneas arriba, les resultan de aplicación los principios de contratación administrativa, como los recursos correspondientes. En relación con lo anterior, conviene citar lo indicado por este órgano contralor en la resolución No. R-DCA286-2016, de las quince horas con veintinueve minutos del cuatro de abril del dos mil dieciséis, donde se expuso: “En ese sentido, si bien este órgano contralor reconoce que en las contrataciones derivadas de este préstamo aplican los procedimientos especiales dispuestos para la adquisición de bienes, servicios y obras, es lo cierto, que ello no excluye la aplicación del régimen recursivo ante esta sede, regulado en los numerales 164 y*

siguientes del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, todo ello derivado del principio de control de los procedimientos. En relación con lo anterior, este órgano contralor ha señalado: "(...) Al respecto, corresponde indicar que las potestades de fiscalización que goza esta Contraloría General de la República respecto a los procedimientos de contratación establecidos con ocasión de créditos otorgados por instituciones internacionales de diversa índole, ya han sido expuestas por este órgano contralor, señalando al respecto que: "Tratándose de este tipo de contratos la propia Sala Constitucional ha aceptado que el banco acreedor establezca las condiciones bajo las cuales se rige el crédito, incluyendo atenuaciones en la aplicación del ordenamiento jurídico costarricense. Al tratar el tema de los empréstitos la Sala Constitucional en su voto N°1027-90, de las diecisiete horas con treinta minutos del veintinueve de agosto de mil novecientos noventa, manifestó: "... es universalmente aceptado que en esos meros contratos públicos se pueda excepcionar la aplicación de determinadas leyes u otras normas a la materia del contrato, razón por la cual precisamente deben ser "aprobados" por el poder legislativo, sin que nada de ello los convierta en tratados o en leyes en sí, pero tampoco que los haga inválidos o ineficaces, siempre que tales excepciones sean temporales y razonablemente adecuadas al objeto del contrato, de manera que la desaplicación o excepción de la legislación común tiene como límites, no solamente la Constitución, lo cual es de principio, sino también aquellas normas o principios que correspondan al orden público en su sentido específico." De acuerdo con lo señalado corresponde a la Asamblea legislativa decidir, en su momento oportuno, si acepta dicha condición al aprobar el empréstito, o bien, si lo desapruueba, todo dentro de un respeto a los principios constitucionales que rigen el ordenamiento jurídico, pero en cualquiera caso, ello obedece a una decisión reservada a la discrecionalidad legislativa. Incluso existen varios antecedentes en los cuales se han aprobado contratos de empréstito, incluyendo cláusulas similares a la que hoy cuestiona la apelante, sin que existiera oposición del legislador (ver, entre otros la Ley 7683)." (ver Resolución RC-260-2001 de veintitrés de mayo del dos mil uno) En ese mismo sentido, mediante posterior pronunciamiento (R-DJ146-2009 del 17 de setiembre del 2009, señalado mediante oficio N° 04613- DCA-1352- del 25 de mayo del 2011), en desarrollo de los principios constitucionales que aplican para una circunstancia como la expuesta, esta Contraloría General señaló que: "Sin embargo, resulta conveniente tener presente que aún en esos casos especiales serán de aplicación los principios fundamentales de contratación administrativa, así como el ejercicio de los recursos establecidos en la legislación nacional (...) Al amparo de lo anterior, no debe perderse de vista que la aplicación de los principios

que informan la contratación administrativa, sumados a los de lógica, razonabilidad, técnica, conveniencia y proporcionalidad, así como la vigencia del régimen recursivo en la materia de conformidad con la normativa jurídica nacional, resultan extensivos a toda contratación de bienes y servicios que sea financiada con recursos otorgados en ejecución del Contrato de Préstamo de cita (...)“ (R-DCA-109-2012, del 2 de marzo de 2012).” (Destacado es propio). Establecido que este órgano contralor se encuentra habilitado para conocer de los recursos que se desarrollen en procedimientos de contratación que les apliquen principios de contratación, se debe precisar que para que este Despacho entre a conocer de los recursos que se presenten, se debe de cumplir con los preceptos determinados por el ordenamiento jurídico. Al respecto, en la resolución No. R-DCA-331-2010, de las once horas del trece de julio del dos mil diez, este Despacho indicó: “En cuanto al recurso de objeción propiamente dicho, debemos señalar que este medio recursivo ha sido establecido en nuestro ordenamiento jurídico como un mecanismo para remover obstáculos que restrinjan injustificadamente la participación de oferentes o que violenten el principio de igualdad de trato, lo se traduce en última instancia, en un mecanismo de control y verificación de la correcta aplicación de los principios de contratación administrativa en los procesos de compras de las administraciones públicas. Entonces, así como se tiene competencia para conocer los recursos de apelación sobre los actos de adjudicación o lo que declare desierto o infructuoso el concurso, de los procesos de contratación administrativa que se realicen con fondos públicos, de igual manera se debe concluir que esta Contraloría General tiene competencia para conocer de los recursos de objeción contra los carteles de las contrataciones –según lo que de seguido se dirá-, independientemente de la denominación que se le haya dado al procedimiento. Ahora bien, es lo cierto que el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa divide la competencia para conocer de dichos recursos en razón del procedimiento, de forma tal que a la Contraloría General le corresponde conocer de los recursos de objeción en las contrataciones de mayor cuantía (artículo 172 del reglamento), y a la Administración licitante le corresponde conocer de los recursos de objeción en las contrataciones de menor cuantía (artículo 173 del reglamento). Por consiguiente, y bajo los presupuestos dichos, resulta necesario determinar la cuantía a partir de la cual le corresponde a este órgano contralor la competencia para conocer de los recursos de objeción en los procesos de contratación administrativa [...]” (Destacado es propio). En adición se añade que en consonancia con lo resuelto sobre este mismo tema, en las resoluciones R-DCA-0320-2017 y R-DCA-0336-2017 de las nueve horas con dieciséis minutos del veintidós de mayo del dos mil diecisiete y de las trece horas con

treinta y cinco minutos del veinticuatro de mayo del año dos mil diecisiete respectivamente, 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). Así las cosas, el mencionado Fideicomiso, de acuerdo con el presupuesto promedio de los últimos tres años, para la adquisición de bienes y servicios no personales, según lo estipulado en la resolución No. R-DC-14-2019 de las nueve horas con treinta minutos del veintiuno de febrero del dos mil diecinueve, se ubica dentro del estrato B 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 ₡886.000.000 en tanto este monto es el que exige desarrollar una licitación pública para las entidades ubicadas en ese estrato, que comprenden obra pública. En el caso bajo análisis, la Unidad Ejecutora indica que el monto estimado de esta contratación asciende a la suma de \$210.000.000,00 (folio 217 del expediente de recurso de objeción), monto que al tipo de cambio de la venta del Banco Central de Costa Rica a ₡578,78 colones por dólar el día de la publicación de la invitación (19 de julio de 2019), equivale en colones a la suma de ₡121.543.800.000,00. Bajo lo expuesto por la norma de préstamo, este órgano contralor cuenta con la competencia para conocer del recurso.-----

II. SOBRE EL FONDO DEL RECURSO. 1) Subcláusula IAO 11.1 (h) de la Sección II Datos de la Licitación: La objetante en lo que denomina ser el apartado 1) de su recurso, expone que la cláusula indica: -----

IAO 11.1 (h)	<p>Se agrega: El Oferente o cada uno de sus integrantes (en caso de una Asociación en Participación, Consorcio o Asociación (APCA), presentará con su oferta los siguientes documentos adicionales:</p> <ul style="list-style-type: none"> • La empresa oferente o cada uno de los miembros del consorcio o APCA, debe presentar para cada obra con un monto superior a US 70 millones de dólares actualmente en ejecución (en caso de que tenga alguna obra de esa magnitud), una certificación de avance suscrita por la entidad contratante dentro de los 3 últimos meses previos a la fecha de presentación de la oferta para la presente licitación, la cual debe indicar lo siguiente: la fecha de inicio, el plazo del contrato, el porcentaje actual transcurrido del plazo, el valor acumulado actual de certificados de obra ejecutada de cada contrato, el valor acumulado del avance físico-financiero programado vigente de cada contrato y, en caso de existir atrasos, indicar si son imputables o no al contratista.
---------------------	---

Agrega que se instruye sobre el mismo requisito en la Sección III Criterios de Evaluación y Calificación, añadiéndose condicionantes en el cumplimiento del requisito: -----

Criterios de elegibilidad y calificación			Requisitos			Documentación	
N.º	Factor	Requisito	Entidad individual	APCA (constituida o por constituir)			Requisitos de presentación
				Todos los miembros en su conjunto	Cada miembro	Al menos un miembro	
2.1.1	Empresa con mala ejecución	No debe tener atrasos en ninguna de las obras con monto adjudicado superiores a US \$70 millones de dólares actualmente en ejecución, en caso que tenga alguna obra de esta magnitud. Dichos atrasos acumulados imputables como contratista en la ejecución física no deben superar el 30% con respecto al programa de trabajo aprobado por el contratante.	Debe cumplir el requisito	Deben cumplir los requisitos	Debe cumplir el requisito ²	No se aplica	Formulario CON-2.1

Añade que las disposiciones anteriores son desarrolladas en la Sección IV. Formularios del cartel de la Licitación, mostrándose de la siguiente forma:-----

Formulario CON 2.1
Empresa con mala ejecución

Nombre del Ofertante: _____ Fecha: _____
 Nombre del miembro de la APCA: _____
 Número y nombre de la licitación: _____
 Página _____ de _____

2.1.1 Empresa con mala ejecución

La empresa oferente o cada uno de los miembros del consorcio o APCA, no debe tener atrasos en ninguna de las obras con monto adjudicado superiores a US \$70 millones de dólares actualmente en ejecución, en caso que tenga alguna obra de esta magnitud. Dichos atrasos acumulados imputables como contratista en la ejecución física no deben superar el 30% con respecto al programa de trabajo aprobado por el contratante. Debe presentar una certificación de avance suscrita por la entidad contratante dentro de los 3 últimos meses previos a la fecha de presentación de la oferta para la presente licitación, para cada contrato, la cual debe indicar lo siguiente:

No.	Monto del Contrato	Identificación del contrato
1	Mayor a US \$70 millones.	1. Identificación del contrato: [indique el nombre completo, el número y cualquier otra identificación del contrato] 2. Nombre del Contratante: [indique el nombre completo] 3. Dirección del Contratante y datos de contacto: [indique la calle, la ciudad y el país] 4. Fecha de inicio: [indique día, mes y año] 5. Plazo de contrato: [indique plazo en meses] 6. Porcentaje actual transcurrido del plazo: [indique el plazo en meses] 7. Valor acumulado actual de certificados de obra ejecutada de cada contrato: [indique el monto en US\$] 8. El valor acumulado del avance físico-financiero programado vigente de cada contrato, en caso de existir atrasos, indicar si son imputables o no al contratista: [indique el valor y las razones].

Nombre, Cargo y Firma del Contratante del Proyecto

Adiciona que en las licitaciones previas del mismo programa, no se había incluido el requisito objetado, pero que en todos ellos, al igual que en el cartel que ocupa y sobre el mismo particular (incumplimientos contractuales de los oferentes), sí se incluían los requisitos 2.1 [Antecedente de Incumplimientos de contratos], 2.2 [Suspensión basada en el incumplimiento de la garantía de mantenimiento de oferta], 2.3 [Litigios pendientes] y 2.4 [Antecedentes de litigios], todos recogiendo antecedentes en incumplimientos contractuales. Alega que el requisito objetado es un adicional a una serie de requisitos que ya contemplan situaciones de incumplimientos en otros contratos de los oferentes en el cartel, pero lo hace vulnerando principios constitucionales de la República de Costa Rica. Expone puntualmente, lo siguiente sobre su impugnación. **Criterio de la División:** Sobre este apartado, no es necesario emitir especial pronunciamiento, considerando que lo que aquí expone la recurrente, son los requisitos cartelarios sobre los que versarán sus impugnaciones, las cuales de seguido se exponen. **2) Análisis Técnico del requisito objetado y de su ilegalidad:** La objetante: Argumenta: **2.1. Requisitos y condicionantes de la subcláusula IAO 11.1 (h) de la Sección II Datos de la Licitación, en la Sección III Criterios de Evaluación y Calificación, y en la Sección IV Formularios.** Menciona que el

cartel instruye para que cualquier empresa que desee concurrir a la licitación deba revisar dentro de su cartera de proyectos, obteniendo todos aquéllos que se encuentren actualmente en ejecución y su monto sea superior a 70 millones de dólares, y de cada uno de ellos disponer de un certificado (denominado "Certificación de Avance") de la entidad contratante, que ha de estar emitido en los 3 meses previos a la fecha de la licitación, que incluya la siguiente información: *Fecha de Inicio - Plazo del contrato - Porcentaje actual transcurrido del plazo - Valor acumulado actual de certificados de obra ejecutada - Valor acumulado del avance físico-financiero programado vigente - Y, en caso de existir atrasos indicar si son o no imputables al Contratista.* Añade que se establece como criterio de elegibilidad (refiere se trata realmente de una exclusión en caso de entenderse que no se da cumplimiento al requisito) que para cada uno de los proyectos objeto del requisito, los *"atrasos acumulados imputables como contratista en la ejecución física no deben superar el 30%, con respecto al programa de trabajo aprobado por el contratante"*. Refiere que el requisito exige que para cada uno de los contratos afectados, dispongan de al menos lo siguiente: *"- Que el proyecto disponga de una ORDEN DE INICIO y ésta sea efectiva. - Que el plazo del proyecto se encuentre actualizado. Que el proyecto disponga de un programa vigente que muestre el avance físico financiero programado.- Que se disponga de certificados de pago para la obra ejecutada aprobado en los 3 meses anteriores a la fecha de la Licitación. - Que el Contratante decida a su libre criterio y de forma totalmente subjetiva, que una vez se den todos los condicionantes anteriores para un proyecto, emitir el certificado solicitado, lo que debe hacer considerando que el proyecto se encuentra en ejecución, y por tanto, pudiendo estar en trámite cuestiones relativas al plazo, al avance y a los certificados de pago, que pudieran verse afectados en su resolución por el mismo certificado que se le solicita que emita"*. Adiciona la recurrente que llegado este punto, se debe notar que el Contratista (solo el que tiene contratos de más de 70 millones de dólares) esté incumpliendo su contrato en lo que se refiere al avance del mismo, eso no tiene que suceder para que a la vista del requisito incluido en el cartel de la Licitación resulte excluido como oferente de la Licitación. Es decir, que perfectamente podría darse el caso de que un Contratista esté retrasado un 30% en su avance respecto a una programación, sea obsoleta o no, e incluso que sea voluntad del Contratista manejar el avance en esta forma porque le conviene en su desempeño financiero, y que el contrato señalado no incluya la obligación de no tener desvíos y en consecuencia esté cumpliendo cabalmente su contrato, y que sin embargo resulte inhabilitado a la vista de lo establecido en la subcláusula objetada. Que también podría suceder que por voluntad, incluso incumpliendo el contrato, la

Administración no hubiese emitido el certificado de pago (que es un condicionante muy restrictivo en fecha), e igualmente como oferente el Contratista resultaría excluido. Manifiesta la recurrente que como prueba de lo indicado, el propio cartel de la licitación que no establece penalidad para esta situación salvo en dos momentos puntuales de la ejecución del contrato (ver subcláusula 8.7 de las Condiciones Especiales del Contrato), y se trata de una retención económica y no de un incumplimiento, y tampoco para el caso de que la Administración no emita el certificado de pago. La Administración no se pronunció sobre este tema en la respuesta a la audiencia especial. **Criterio de la División:** La recurrente no fundamenta afirmaciones como las que expone en el sentido de señalar - y referimos en lo conducente- que no se trata que el contratista esté incumpliendo el contrato en cuanto a su avance, que eso no tiene que suceder para que a la vista del requisito quede excluido, afirmación que no observa comprobada esta División, más si alegada. Tampoco demuestra la objetante afirmaciones referidas a que el contratista puede estar retrasado en un 30% en su avance respecto a una programación, y que sea voluntad de aquel manejar el avance así porque le conviene por desempeño financiero, o que el contrato no incluya la obligación de no tener desvíos, y que aun así está cumpliendo pero puede ser inhabilitado según la cláusula. Tampoco demuestra la recurrente, cómo eventuales incumplimientos como los que señala, no son susceptibles de presentarse en un contrato de esta naturaleza, y de qué forma el requerimiento cartelario asociado a estos, le limita su participación en este concurso. En el mismo orden de ideas, la recurrente tampoco demuestra su posición en el sentido que por voluntad propia alguna Administración no desee extenderle el certificado que se requiere, en otras palabras, no ha demostrado la recurrente que este certificado que se solicita en el cartel es realmente un requisito de imposible o difícil cumplimiento, que coloque en posición de riesgo una participación abierta de oferentes. Al respecto, no prueba de manera fehaciente el objetante, que en casos específicos se puede tener que una Administración (que se entiende es la contratante), no le puede emitir el certificado que menciona, pues no tiene la obligación para ello, o ella misma le resulta difícil extenderlo, esto a efectos de que este órgano contralor pueda considerar si efectivamente ello puede limitar su participación, o excluirla del concurso. Aunado a lo anterior, cuando menciona la recurrente que en esta licitación impugnada no existe penalidad por esa situación, procede indicar que no aporta quien recurre documentos que comprueben que aún sin regularlo el cartel como obligación, un certificado como el mencionado, no pueda o deba ser emitido en fase de ejecución contractual. El argumento expuesto para este punto por la recurrente, parte de una serie de afirmaciones que considera este Despacho son

especulativas y propias de una realidad no comprobada por el recurrente, lo que imposibilita a este órgano contralor siquiera establecer de manera aproximada alguna premisa de necesidad de variar el texto cartelario. En consecuencia, se **rechazan de plano** estos argumentos por falta de fundamentación, de conformidad con lo regulado en el artículo 178 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. **2.2. El requisito como limitante a la participación de oferentes privilegiando a unos frente a otros y vulnerando el Principio de igualdad.** La objetante expone que el requisito solicitado beneficia claramente a oferentes que no dispongan de contratos de más de 70 millones de dólares, en cuyo caso no precisan aportar certificado alguno, o a los que tengan menos contratos sobre este monto, esto frente a empresas que dispongan de varios, o en algún caso muchos contratos de estas características. Es decir, a las empresas que no disponen de contratos en ejecución de más de 70 millones de dólares, la Administración les supone, sin necesidad de prueba alguna, que no incurren en incumplimiento respecto al requisito de "Empresa con mala ejecución" en tanto que otras empresas están obligadas a demostrar mediante certificados que no están en ese supuesto en los términos cartelarios. Alega que lo anterior no supone ninguna ventaja para el contratante, ya que si lo que se trata es de medir los incumplimientos objetivos de los oferentes, no resulta de mejor garantía un oferente con contratos inferiores a 70 millones de dólares que no cumple en varios de ellos (nada tiene que aportar que demuestre tal situación), que un oferente con 30 contratos superiores a 70 millones de dólares, y que tenga alguna situación como la mencionada más arriba o en proceso de conocimiento y resolución, que pueda ser interpretada a la vista de la arbitrariedad del requisito exigido como de incumplimiento en alguno de ellos. Que ni siquiera podría considerarse en sentido estricto como incumplimiento, sino que puede tratarse de cualquiera de los condicionantes que se tratan en el punto (2.3. Imposible cumplimiento). Alega que conviene señalar en este punto, que el cartel de licitación establece como requisitos que los oferentes hayan tenido una facturación mínima promedio de los últimos años de 45 millones de dólares (ver requisito 3.2 [Facturación media anual en obras de construcción], Sección III Criterios de Evaluación y Calificación), y unas cantidades mínimas CTPE a cumplir para poder ser oferente calificado (ver requisito 4.1 (a) [Experiencia general en construcciones], Sección III Criterios de Evaluación y Calificación). Expone la recurrente que los montos y cantidades establecidas, que son mínimas, se pueden obtener en varios proyectos en forma simultánea, y en modo alguno condicionan los montos de los proyectos, por lo que no es una limitación y perfectamente pueden concurrir a la Licitación, oferentes que no dispongan de contratos que superen el monto de 70

millones de dólares utilizado como uno de los condicionantes del requisito "Empresa con mala ejecución". Que de todo lo explicado antes, claramente se evidencia que existen unos contratistas favorecidos (aquéllos que no tengan contratos de proyectos de más de 70 millones de dólares con independencia de que estén cumpliendo o no), frente a aquéllos que dispongan de tales contratos en ejecución, y que como se verá, más allá de que cumplan o no el requisito solicitado, se ven sometidos a gestionar unos certificados que ni tan siquiera permiten acreditar la veracidad del requisito exigido y que se objeta. Alega quien recurre que el principio de igualdad y el de libre concurrencia o libre competencia en los procedimientos de contratación administrativa, precisan que la Administración está imposibilitada de conferir trato desigual a los participantes de una licitación. Que el cartel aplica diferente tratamiento a unos oferentes (aquéllos que no tengan contratos de proyectos de más de 70 millones de dólares con independencia de que estén cumpliendo o no en sus contratos en ejecución), frente a otros que dispongan de tales contratos en ejecución, y que incluso cumpliendo el requisito solicitado, se ven sometidos a gestionar unos certificados que no solo no permiten acreditar la veracidad del requisito objetado, sino que dependen de su contraparte para conseguirlo. Que esto vulnera el Principio de Igualdad entre los potenciales oferentes. La Administración: no se refirió a este punto concreto del recurso. **Criterio de la División:** Respecto de lo alegado, procede indicar que en criterio de esta División, si la Administración ha decidido que la certificación que se pide en el punto cartelario IAO 11.1 (h), debe ser aportada por el oferente en el tanto tenga en ejecución contratos de monto igual o superior a 70 millones de dólares, ello entra dentro de su discrecionalidad respecto del tipo de contratos en los que se requiere esta acreditación, aspecto que la recurrente no ha desacreditado demostrando por ejemplo en dónde radica el exceso a esa discrecionalidad, o bien por qué razón el requisito no debe ser solicitado para efectos de una correcta verificación de los proyectos. Busca la Administración dentro de su discrecionalidad de un parámetro particular para efectuar su análisis, pero ello no lo vuelve ventajoso respecto de otros oferentes necesariamente, ni violenta el principio de igualdad, pues montos inferiores a esos no son el parámetro de empresa con mala ejecución que la Administración quiere medir. En consecuencia, **se rechazan** de plano los argumentos por falta de fundamentación. **Consideración de oficio:** No obstante el anterior rechazo, esta División se permite hacer la siguiente consideración de oficio, en el sentido de que el cartel deberá indicar expresamente sobre qué tipo de contratos debe el oferente traer la certificación solicitada en el punto IAO 11.1(h), pues de la redacción actual parece desprenderse que la intención de la Administración es que se presente la certificación para

todos los contratos que el oferente tiene en ejecución en cualquier país del mundo, en el tanto superen los 70 millones de dólares, aspecto que de ser así deberá señalarse expresamente en el cartel de licitación. Aunado a ello, también deberá indicarse por ejemplo, si son todos aquellos que son similares al objeto licitado, o si el requerimiento es integral sin distinguir en relación con el objeto contractual, toda vez que este aspecto no es claro en la redacción actual. Si esta modificación impacta en otras cláusulas cartelarias deberán ser modificadas también. Asimismo, deberá indicarse en el cartel, qué se entiende por “Valor acumulado actual de certificados de obra ejecutada” y el efecto que esta variable tiene en lo que se pretende medir con la certificación solicitada. Aunado a ello, debe indicarse qué se entiende por “Valor acumulado del avance físico-financiero programado vigente de cada contrato”, y cómo debe expresarse el mismo. Por último deberá quedar claro en qué se diferencia el avance financiero, respecto del “Valor acumulado actual de certificados de obra ejecutada”, lo anterior a efectos de contar con parámetros objetivos para que los Contratantes de los Proyectos suministren la información requerida por la Administración. Los cambios que se realicen deben ser efectuados mediante modificación al cartel y publicados de manera que sean del conocimiento de todo potencial oferente. **2.3. El "Certificado de Avance" solicitado es imposible de conseguir.** La objetante agrega que los requisitos de cartel deben contemplar que su cumplimiento o las evidencias a aportar para su verificación, respondan en forma razonable, lógica y posible, para que oferentes que las cumplan puedan evidenciarlo en forma compatible con su actividad y los entornos en los que esta se desarrolla. Que en consecuencia, la implicación de terceros en demostrar las evidencias necesarias debe producirse en condiciones de transparencia, legalidad y respetando las condiciones generales que rodean al sector de la construcción y sus actores en los entornos. A contrario, supone que si al implicar la participación no solo del oferente sino que también de otros involucrados, y lo solicitado o sus condicionantes están fuera de los anteriores supuestos y de su alcance, es evidente que violentará los principios como los antes enunciados, provocando vulneración de los principios y derechos que regulan la contratación pública. Añade que detalla a continuación el requisito y sus condicionantes y cómo afectará a los que se obliga a aportar el certificado exigido. **2.3.1. Sobre las legislaciones de distintos países.** La objetante expone que lo solicitado en cartel resulta de imposible cumplimiento, ya que no en todos los países sus legislaciones de contratación administrativa exigen la existencia de un programa vigente que muestre el avance físico financiero del proyecto en la forma que se pide en el cartel. Que de hecho en España, donde su representada dispone de contratos que debieran ser incluidos para dar

cumplimiento al requisito exigido, la programación financiera de los contratos es realizada por la Administración en forma unilateral por anualidades (para cada ejercicio fiscal coincidente con el año natural y no por meses de cada año) en función de las disponibilidades financieras del presupuesto nacional y de las prioridades de cada proyecto. Que esas anualidades pueden ser de igual forma revisadas en cualquier momento a lo largo del ejercicio por la Administración, también en forma unilateral, quedando a criterio del Contratista la posibilidad de superar el monto de la anualidad asignada sin cobrar, hasta que exista disponibilidad de fondos en el siguiente periodo presupuestario. Que en consecuencia para los contratos en España no es posible aportar lo solicitado en el cartel debido a que no existe un programa de trabajo vigente que muestre la valoración de los montos mensuales a ejecutar, añadiendo que ello no es responsabilidad de su representada ni puede ser utilizado en su contra para impedir su participación en la licitación. Refiere adjuntar dictamen sobre esta situación. La Administración: En cuanto al argumento de que no en todos los países se exige la existencia de un programa vigente que muestre el avance físico financiero del proyecto, menciona que ciertamente, se desconoce si hay países donde no se realice al menos el seguimiento del avance económico de un proyecto, aunque no parezca razonable, pero igualmente se conoce que muchos de ellos y en cualquier proyecto financiado por el BID o cualquier otro organismo similar, este seguimiento se realiza. Que si se diera el caso, se aceptaría un certificado que avalara la afirmación del objetante y una estimación por parte del Contratante respecto a la bondad del avance de la obra en cuestión o a los hitos específicos que pudiera detallar el contrato correspondiente. **Criterio de la División**: Considera este órgano contralor que el hecho de que algunas legislaciones no tengan regulado en su Ley de contratación Administrativa la existencia de un programa que demuestre el avance físico del proyecto como lo pide en el cartel, no es una afirmación que por sí misma permita a esta División acoger lo pedido por quien recurre, especialmente porque dicho aspecto no ha sido suficientemente probado por la objetante, quien además se centra en un escenario como el español, en principio por ser ahí de donde derivan los contratos que ella podría acreditar, limitación que le es propia a quien recurre, pero que no se comprueba le resulte igual a cualquier otro potencial oferente, de manera que haga nugatoria la recepción de ofertas en este proceso o bien de una imposibilidad para obtenerla. En adición, hay que indicar que la objetante, más allá del dictamen aportado sin firma y con un sello de Leoncio J. Ciudad Morano Colg. 19952 que refiere a hechos y situaciones asociadas con la legislación administrativa (ver folios 71 al 89 del expediente de recurso de objeción), no trae alguna prueba por ejemplo extendida por

alguna Administración contratante, que permita comprobar la imposibilidad de extender el certificado de la forma requerida por el pliego cartelario. En consecuencia, se **rechaza de plano** el argumento por falta de fundamentación. **Consideración de oficio:** No obstante lo anterior, tomando en consideración lo indicado por la Administración licitante, en cuanto menciona que si se diera el caso se aceptaría un certificado que avalara la afirmación del objetante y una estimación por parte del Contratante respecto a la bondad del avance de la obra en cuestión o a los hitos específicos que pudiera detallar el contrato correspondiente, es menester señalar que el cartel debe considerar que la certificación y/o certificado que permite la Administración debe ser emitido por la parte contratante, debiendo indicarse en el mismo pliego de condiciones la forma en que va a permitir la presentación del mismo y el detalle de la información que debe contener. Ante la flexibilización que la Administración ha manifestado del requisito, se le indica a la licitante, que debe tener claridad y sobre todo consistencia respecto a la oportunidad y necesidad de requerir tal requisito, pues debilita la solvencia con que la Administración lo ha requerido, el hecho que permita variantes a la presentación del requisito en cuestión, especialmente por la ambigüedad en que permitiría acreditarlo, de forma tal que debe tener claro las motivaciones que originan su requerimiento. En caso de que se den modificaciones cartelarias, producto de la presente consideración oficiosa, estas deben ser publicadas de manera que sean del conocimiento de todo potencial oferente. **2.3.2. Sobre los tipos de contrato involucrados.** La objetante refiere que es necesario aclarar que con independencia de la legislación de contratación administrativa de cada país, que afecta fundamentalmente a la contratación con el sector público, existe una gran variedad de otros contratantes que establecen las condiciones de los mismos pensando en el interés de sus proyectos y no consideran de valor disponer de la información que precisa la verificación de requisitos tan discrecionales como el objetado. Que los contratantes privados establecen sus propios pliegos de condiciones, que en pocas ocasiones establecen condicionantes y cumplimientos como los exigidos para determinar lo que en el cartel se define como "Empresa con mala ejecución". Que las relaciones contractuales entre particulares pueden establecerse en forma libre con respeto únicamente a las leyes, que como es obvio no contemplan los elementos incorporados en el requisito y que resultan necesarios para su verificación. Que algunos contratos, específicamente los EPC ("Engineering, Procurement and Construction"), muy habituales con clientes privados en montos superiores a los 70 MM de dólares, establecen los pagos por hitos cumplimiento (al completar el diseño, una parte de los trabajos localizados en algún sector, etc.) y no por mensualidades u otros lapsos temporales. Esto implica la imposibilidad de obtener el

certificado solicitado cumpliendo todos los criterios y especialmente el de ser actual. Que todos los contratos, y sirva como por ejemplo los que su empresa actualmente ejecuta en Costa Rica bajo este mismo programa y con el mismo contratante (refiere a PIT-05-LPI-0-2016 "CONTRATACIÓN DEL MEJORAMIENTO Y REHABILITACIÓN DE LA RUTA NACIONAL N°160, SECCIÓN PLAYA NARANJO - PAQUERA" y PIT-1-LPI-0-2016 'CONTRATACIÓN DE LA AMPLIACIÓN Y REHABILITACION DE LA RUTA NACIONAL No. 1, SECCIÓN LIMONAL-CAÑAS"), establecen mecanismos de resolución de controversias precisamente para el establecimiento de los plazos del contrato y de las certificaciones mensuales de pago (precisamente los dos factores clave para el cumplimiento del requisito), que incluso contemplan que su establecimiento definitivo se pueda elevar a un arbitraje internacional o someterse a los más altos tribunales en su resolución definitiva, y por tanto, si el Contratante y el Contratista se encuentran a la fecha dirimiendo alguna controversia sobre esos factores, resultaría que la certificación solicitada supondría u obligaría a una resolución previa a los propios mecanismos establecidos en los contratos. Que hace la observación de que los carteles de los proyectos en ejecución en Costa Rica son exactamente iguales al de esta licitación, con excepción de la cláusula objetada y los requisitos de experiencia financieros que lógicamente están ajustados a su objeto contractual. Que esos carteles fueron depositados en esta la Contraloría con ocasión de su proceso de objeción y de las apelaciones a las respectivas adjudicaciones. Que por otra parte, los contratos no incluyen como una obligación para el Contratante la emisión de los certificados como el que se solicita, por lo que perfectamente pueden negarse a emitirlos sin que ello suponga un incumplimiento del requisito que se objeta por parte del oferente, tal condición de obligatoriedad para el Contratante ni tan siquiera está recogida en el cartel de la presente licitación. Que la emisión de estos certificados depende de un tercero cuyo control está fuera del alcance de los oferentes, se convierten en la práctica en un requisito materialmente imposible de cumplir, y ello con independencia de que se esté dando cumplimiento o no a las condiciones de requisito. Refieren que se aporta en el dictamen indicado anteriormente, también un análisis de cómo se afectaría el requisito por las condiciones generales de uso mayoritario del contrato FIDIC en proyectos de construcción en el entorno internacional. La Administración menciona sobre el argumento de que los contratantes privados establecen sus propios pliegos de condiciones, que en pocas ocasiones establecen condicionantes y cumplimientos como los exigidos para determinar lo que en el cartel que nos ocupa define como "empresa con mala ejecución", que teniendo en

cuenta que se trata de obras de carreteras de monto superior a setenta millones de dólares, no es esperable que haya muchas contrataciones privadas, salvo concesionarias de infraestructuras cuyo cliente último suele ser igualmente alguna Administración. Que en cualquier caso lo que se solicita es una certificación, que puede ser emitida por un privado, si se diera el caso, y no si ésta misma condición figura en los requisitos que pudiera imponer el Contratante. Lo que interesa para efectos de cumplir con este requisito de elegibilidad, es que se certifique que no existen atrasos imputables al contratista superior al 30% del programa de trabajo. Añadió la licitante que no se entiende por qué se tenga que negar un contratante a este tipo de certificación si está satisfecho con el cumplimiento y solicitud del contratista. Que si se diera el caso, el Contratista podría exponerlo así en una carta indicando los datos del Contratante y la Administración contactaría con dicho Contratante con el objetivo de confirmar los motivos para su negativa, que podría ser igualmente descalificante en caso de confirmarse que ya quedó en firme la responsabilidad del contratista por el atraso, de acuerdo con el mecanismo de resolución de conflictos que tenga dicho contrato. **Criterio de la División:** Se señala como primer aspecto, que la recurrente en sus argumentos no ha demostrado que un contratante particular no puede emitir una certificación como la que pide la Administración licitante, o que no pueden detallar una información como la que se pide, ello independientemente del valor que para quien contrató, pueda tener la información como la requerida. Tampoco acredita que ya se haya enfrentado a una situación particular en donde se materializó una condición similar y para qué proyecto en concreto, siendo que no se demuestra que quien pague por hito y no mensual no pueda brindar datos en la forma en que lo requiere el cartel. Si para quien recurre efectivamente no es posible obtener esta certificación por un contratante privado o no, debió demostrarlo con documentos emitidos por la autoridad o contratante respectivo. Aunado a lo anterior, si son sus contratantes privados quienes no pueden hacerlo, es un tema distinto a que el requisito cartelario sea limitante de la participación. La recurrente señala además, que podría suceder que el Contratante y el Contratista se encuentran a la fecha dirimiendo alguna controversia sobre esos factores de avance, por lo que ello podría provocar que la certificación solicitada supondría u obligaría a una resolución previa a los propios mecanismos establecidos en los contratos. En este orden, el argumento de la recurrente además de especulativo, considera este Despacho no necesariamente debe llevar a una activación anticipada de mecanismos contractuales o bien a dirimir discusiones sin agotamiento de las actuaciones respectivas, pues no entiende esta División y tampoco así ha sido demostrado, cómo la solicitud de emisión de una certificación va a interferir con

la forma de dirimir un conflicto entre partes, mucho menos a emitirla previamente. En línea adicional, se comparte con la Administración de que el cartel lo que pide es que le certifiquen incumplimientos si los hay y que si indique si le son imputables a la contratista. Se reitera que la recurrente no demuestra de ninguna forma la negativa de emitir certificados de parte de una contratante particular, o al menos no ha demostrado en qué casos puntuales ha enfrentado situaciones similares. Además si el cartel de esta licitación no regula la obligación de la licitante de emitir certificados como los que pide la cláusula impugnada, no es razón suficiente para suponer que en etapa de ejecución aquella no pueda o no vaya a emitir certificados como los que se solicitan a los oferentes de este concurso. En consecuencia, se **rechazan de plano** los argumentos por falta de fundamentación **Consideración de oficio**: No obstante el anterior rechazo, esta División se permite hacer la siguiente consideración de oficio. Siendo que la licitante ha indicado al atender audiencia especial –referimos en lo conducente- que si se diera el caso, el Contratista podría exponerlo así en una carta indicando los datos del Contratante y la Administración contactaría con dicho Contratante con el objetivo de confirmar los motivos para su negativa, que podría ser igualmente descalificante en caso de confirmarse que ya quedó en firme la responsabilidad del contratista por el atraso, de acuerdo con el mecanismo de resolución de conflictos que tenga dicho contrato, debe considerarse que el documento debe ser emitido por la contratante que se negó a emitirlo, y no por el mismo oferente, aunado a que, el pliego de condiciones debe indicar el tipo de información que ese documento debe contener a fin de evitar valoraciones o criterios subjetivos, así como establecerse en el mismo pliego de condiciones, los parámetros que usará la licitante para corroborar esa información con el emisor del documento (qué preguntará y como lo acreditará, que por transparencia e igualdad debería ser por escrito) el medio para hacerlo, y la forma en que va a dejar constancia de lo que le fue informado. Ello de manera que sea igual para cualquier oferente y por seguridad jurídica. Este aspecto deberá realizarse mediante modificaciones al cartel, que deberán ser publicadas de manera que sean del conocimiento de todo potencial oferente. Aunado a lo anterior, siendo que la Administración al atender la audiencia especial no se refirió a los contratos FIDIC y siendo que en algunas modalidades de ese tipo de contratos, el tener un atraso de frente al programa de trabajo podría no implicar necesariamente una mala ejecución contractual, deberá la licitante indicar en el cartel, cómo operaría la cláusula IAO 11.1 (h) y lo relacionado con esta cláusula según Sección III Criterios de Evaluación y Calificación y el Formulario CON 2.1. Ahora bien, en caso de que se mantenga el requisito en los términos actuales, la

Administración deberá motivar en el expediente administrativo cuál fue su razonamiento respecto de los contratos FIDIC, en este sentido cabe destacar el expertise que se entiende tiene la Administración al respecto, toda vez que el contrato que se promueve con esta licitación es un contrato FIDIC de acuerdo con las Condiciones Generales (CG) del pliego cartelario. Las modificaciones cartelarias que se realicen deben ser de publicadas para que sean del conocimiento de todo potencial oferente. Asimismo, llama la atención que la Administración en su respuesta haga referencia a que la certificación versaría sobre proyectos de carreteras, pese a que como se indicó en nuestro comentario de oficio del punto 2.2 el cartel no es claro respecto de que se deben incluir solo contratos de más de 70 millones de un objeto contractual en particular. **2.3.3. Sobre el Plazo requerido para los certificados.** La objetante menciona que el certificado debe ser obtenido en los 3 meses anteriores a la fecha de la presentación de la oferta, y responder a la situación actual del proyecto. Que siendo la fecha de presentación de la licitación el próximo 25 de setiembre y que la convocatoria se ha realizado el 19 de julio pasado, resultaría en la práctica que el oferente debiera presentar un certificado con una fecha de emisión entre ambas, y por tanto tal certificado podría gestionarse por el ofertante durante el mes de agosto para obtener el mismo en el mes de septiembre (menciona que hay que recordar que sin el certificado el oferente queda eliminado del proceso y por tanto carece de sentido presentar su propuesta a la licitación), y que además lo debe obtener para tantos proyectos como tenga de más de 70 millones de dólares y bajo distintas legislaciones y tipos de contratos. Que resulta necesario comparar el programa financiero vigente y el certificado (estimación) de obra. Se debe tener presente que se trata de contratos importantes (más de 70 millones de dólares), en los que en general, éste último documento se obtiene una vez transcurrido el plazo necesario para su determinación, plazo que se establece en cada uno de los contratos, y que en general es como mínimo de un mes como puede verse en este cartel (ver subcláusula 14.3 Solicitud de Certificados de Pago Provisionales). Que generalmente, en los contratos de construcción, los certificados de pago se basan en plazos temporales o en el cumplimiento de etapas, por lo que la duración de las etapas si bien tiene un cronograma establecido, utilizado como parámetro de evaluación, puede sufrir modificaciones razonables. Reitera que cada certificación completada deviene en un desembolso y una evaluación que podría no coincidir con los tiempos de presentación solicitados en el cartel y quedar sin validez para la fecha de presentación final de ofertas. Que resulta conveniente señalar en este momento que el propio cartel de la licitación establece para la emisión del certificado de pago (imprescindible para poder emitir el certificado) la calificación de

PROVISIONAL, y que bajo este mismo préstamo, y en este aspecto idéntico cartel, se encuentra en ejecución por su representada la licitación **PIT-1-LP1-0-2016 "CONTRATACIÓN DE LA AMPLIACIÓN Y REHABILITACION DE LA RUTA NACIONAL No. 1, SECCIÓN LIMONAL-CAÑAS"**, el cual resulta ser de un monto superior a 70 millones de dólares. Que es decir, que si el oferente desea disponer de su certificado a lo largo del mes de setiembre, debe iniciar su tramitación en el mes de agosto (antes no ha podido y muy probablemente tampoco dispondría de los elementos necesarios para hacerlo), y en tal fecha el último certificado disponible sería el de junio, y como se ve, siempre que no se produzcan retrasos, en cuyo caso normalmente los contratos no indican ninguna penalidad para el Contratante, sí lo hacen para la falta de pago, pero ese evento es posterior (en este mismo cartel 56 días, ver en la misma subcláusula señalada más arriba) y únicamente le obligan al pago de intereses a una tasa que fija, precisamente el Contratante, a través de contratos de adhesión como condicionante de los propios carteles de licitación. Que en otras ocasiones los contratos unen las dos etapas: la de determinación del monto de la estimación (certificado de pago) y la del propio pago, y en ese caso aún sería más complicado disponer a la fecha del certificado de pago, sin el cual como se ha indicado, no es posible obtener el certificado que se solicita. Alega que se encuentra con la situación de que el oferente (solo el que tenga contratos de más de 70 millones de dólares), a pesar de que se establece que el certificado puede ser en los tres meses anteriores a la fecha de presentación, únicamente puede emitir el mismo con el certificado de pago (que seguiría siendo PROVISIONAL y no definitivo), y por tanto contra el avance financiero del programa de trabajo (que de igual forma podría ser provisional y no definitivo), correspondiente al mes de junio, y que como se ha señalado supra, su disponibilidad dependería de que el Ingeniero y el Contratante (que podría resultar ser el propio MOPT) lo emitiera con carácter previo al total del plazo disponible para su emisión. Manifiesta que adicionalmente a todas estas dificultades, en caso de proyectos desarrollados en países extranjeros, son necesarias las correspondientes validaciones del documento que dependen de los acuerdos que Costa Rica mantenga con cada uno de los países donde el oferente tenga contratos de las condiciones que fija el requisito, y que no es de menor relevancia, y de igual forma afecta a lo solicitado, el hecho de que las fechas de presentación de las licitaciones en Costa Rica sufren retrasos, por ejemplo, las licitaciones previas de este mismo préstamo desarrolladas por el mismo Contratante (aporta cuadros en folio 24 de su recurso), y agrega que cada vez que se produzca un retraso en la fecha de presentación de la oferta, los certificados que el oferente (solo el que tenga proyectos de más de 70 millones de dólares)

hubiera obtenido con la fecha inicialmente objetivo, dejarían de ser válidos al superar el plazo de 3 meses que se fija para su validez, y se vería obligado nuevamente a iniciar la misma tramitación con el riesgo de no disponer de alguno de los certificados en la fecha prevista. Que como se puede observar el plazo de 3 meses dado pretende ocultar un condicionante del requisito que hace que sea prácticamente imposible dar cumplimiento al requisito para empresas transnacionales. Que es un requisito que violenta la libre concurrencia y razonabilidad así como principio de eficiencia, y que debe tenerse presente el numeral 16 de la Ley General de la Administración Pública en cuanto a no dictar actos contrarios a las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, entre otros. La Administración indicó al atender audiencia especial que ella ha considerado un plazo inicial para la presentación de dos meses, que es superior al mínimo que establecen las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras Financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo, en el apartado 2.44, *“El plazo que se conceda para la preparación y presentación de las ofertas debe determinarse teniendo debidamente en cuenta las circunstancias especiales del proyecto y la magnitud y complejidad del contrato. En general, para las licitaciones internacionales dicho plazo no debe ser inferior a seis semanas a partir de la fecha del llamado a licitación o, si fuere posterior, de la fecha en que estén disponibles los documentos de licitación”*. Añaden que se entiende que dos meses es plazo suficiente para la obtención de los citados certificados. **Criterio de la División:** Como primer aspecto se debe señalar que por lo indicado por la misma licitante, no se observa que el cartel vaya en contra de las normas del BID, pues el plazo dado por la Administración supera el estipulado en el punto 2.44 referido. Aunado a lo anterior, lo planteado por la recurrente pareciera ser una posición muy propia, basada en escenarios que pareciera ella presume o visualiza pero que no acredita, pues no aporta ninguna prueba para demostrar que ha solicitado una certificación y que le hayan fijado una fecha o plazo preciso que exceda la de la fecha de apertura. Incluso si actualmente ella tiene en ejecución una contratación (se refiere al PIT-1-LP1-0-2016 "CONTRATACIÓN DE LA AMPLIACIÓN Y REHABILITACION DE LA RUTA NACIONAL No. 1, SECCIÓN LIMONAL-CAÑAS), pudo haber demostrado que solicitó una certificación como la que requiere el cartel, y por ejemplo acreditar que se le indicó que no se puede emitir antes del 25 de setiembre del año en curso, o que no se le puede certificar la información pedida, ello como mínimo como prueba de sus alegatos y preocupaciones, no obstante no lo hace. En adición, respecto de información a emitirse en el extranjero, y que podría requerir ser validada según los acuerdos que se tengan con Costa Rica, no demuestra ni en prosa, ni con documentación fehaciente que los plazos de

este tipo de documentación pedida en el extranjero no será validada antes del 25 de setiembre dicho según el trámite propio para esa validación por país. Bien pudo hacer un ejercicio conforme cronogramas y fechas y respaldarlos con documentos emitidos por la instancia o instancias pertinentes de validar, todo ello para probar que la fecha dada en cartel, le impide cumplirlo. Por las razones expuestas se **rechaza de plano** el recurso en este extremo. **3) El requisito "Empresa con mala ejecución" no refleja una situación real del contrato y vulnera el principio de inocencia.** La objeitante expone que los contratos en ejecución no pueden servir para verificar ni la capacidad del oferente ni para determinar el grado de cumplimiento de otros requisitos incluidos en el cartel, ya que las situaciones involucradas en cualquier momento de su ejecución, no son en la mayoría de los casos, firmes y en algunos casos no lo son hasta que el contrato haya sido finiquitado, y especialmente esta situación afecta al establecimiento de los plazos del contrato y de las certificaciones provisionales mensuales de pago (precisamente los dos factores clave para la evaluación del cumplimiento del requisito y la obtención de la certificación correspondiente). Que no se debe olvidar que el requisito afecta a proyectos en ejecución únicamente, no a proyectos finiquitados en los que el Contratante y el Contratista han resuelto todas sus diferencias, y que son los exigibles cuando lo que se pretende es certificar la buena ejecución de un proyecto, lo que supone que se trate de contratos terminados, y que lo hayan sido en forma satisfactoria (experiencia positiva), y con ello resueltas todas las diferencias. Que el órgano contralor se ha manifestado reiteradamente en forma negativa sobre la posibilidad de aportar experiencia con base en certificados de obra que no responden a una situación finalizada de los proyectos, por lo que en sentido contrario, situaciones provisionales en las que se dirima un incumplimiento, tampoco pueden servir para descalificar la propuesta de un oferente, dado que tal condición está en proceso de dilucidarse si es tal, y no resulta firme por cuanto no se han agotado los mecanismos que el propio contrato establece para la resolución de controversias. Que es abundante la jurisprudencia sobre la necesidad de que los incumplimientos requieran condición de firmeza cuando se trata de excluir a un oferente, citando la resolución R-DCA-0324-2017 en lo que es de su interés, según folios 26 y 27 del expediente de recurso de objeción. La Administración menciona que es importante indicar que el interés de introducir este requisito de elegibilidad para esta licitación, es resguardar la capacidad actual del oferente para la ejecución en el tiempo estimado del proyecto que se licita. Que no se trata de una sanción sino de un requisito de elegibilidad considerado por la Administración, bajo su mejor criterio técnico. Que en este sentido, no se comparte el criterio de que la ejecución

de contratos existentes no sea un parámetro para medir la capacidad actual del oferente de cumplir con los plazos de ejecución que exige el cartel y que por la naturaleza del objeto cotizado, esos plazos son de tanta importancia. Que por otra parte, el requisito de elegibilidad está determinado a los parámetros allí establecidos, y a la indicación del contratante de que los atrasos son atribuibles al Contratista. Que si estos atrasos no fueran atribuibles al contratista así lo debe indicar el Contratante, o indicar que tal atribución no ha sido aún determinada. **Criterio de la División:** Como primer aspecto a indicar, como se expuso supra, entra dentro de la discrecionalidad de la Administración licitante, fijar requisitos de elegibilidad de oferentes. En ese sentido se detalla que en este caso en particular, defiende por qué le resulta de interés valorar contratos en ejecución y no finiquitados, lo cual en criterio de este órgano contralor, no está al margen de principio de contratación alguno. Adicionalmente debe tener en cuenta la recurrente, que con relación al requisito cartelario impugnado, se ha hecho clara referencia de que se trata de incumplimientos de la contratista y que le sean imputables, de donde se desprende que se trata de situaciones en donde el incumplimiento ya es firme, aspecto que en todo caso refuerza la licitante al atender audiencia especial. No se está midiendo experiencia, sino valorando la ejecución contractual. En consecuencia, procede **rechazar de plano** el recurso en este punto por falta de fundamentación. **Consideración de oficio:** No obstante el anterior rechazo, esta División se permite hacer la siguiente consideración de oficio: Debe indicarse con claridad en el cartel que la certificación debe hacer referencia en cuanto a atrasos, si son imputables al contratista, pero que se trata de imputaciones que han quedado en firme, y no aquellos atrasos que se encuentren en disputa sin contar resolución final o sin haber llegado a la última instancia procesal decisoria, según las instancias que haya determinado en el mismo pliego de condiciones. Siendo entonces que podrían haber atrasos acumulados superiores a 30% de la ejecución física programada y que se encuentren aún en proceso de resolución, debe prever el cartel qué deberá indicar en tales casos el Contratante del Proyecto al llenar el formulario CON 2.1. Las modificaciones al cartel, deben ser publicadas de manera que sean del conocimiento de todo potencial oferente. **4) El requisito "Empresa con mala ejecución" supone una modificación a la Ley de Contratación Administrativa vulnerando el Principio de Legalidad.** La objetante expone que la cláusula objetada establece requisitos que son contrarios al ordenamiento jurídico costarricense, al incluir tácitamente una inhabilitación de una parte de los oferentes. Que con la mencionada cláusula se pretende legislar para esta licitación lo que está regulado en la Ley de Contratación Administrativa, en una forma que sí cumple con la

presunción de inocencia. Transcribe los artículos 99 Sanción de apercibimiento y el 100 Sanción de inhabilitación y refiere: Establece la Ley de Contratación Administrativa para inhabilitar para participar a un *Contratista, no solo que este "incumpla o cumpla defectuosa o tardíamente con el objeto del contrato"* (lo que implica firmeza legal de tal incumplimiento o cumplimiento defectuoso o tardío), sino que además se haya producido el *apercibimiento de tal hecho, y reincida en la misma conducta, con idéntico bien o producto, dentro de los tres años siguientes a la sanción*". Agrega que es claro entonces que la sanción de inhabilitación solamente puede imponerse en los supuestos que establece la norma, previo cumplimiento y respeto del debido proceso, y no es viable incluirla dentro de un cartel de licitación como sanción para la no participación, sin que exista orden en firme que limite la participación a futuro. Que se pretende con este requisito incluido en el cartel, inhabilitar a los contratistas que estén ejecutando proyectos de más de 70 millones de dólares por el simple hecho de que en alguno de estos contratos (en ejecución) al Contratante no le resulte conveniente, no tenga la obligación de hacerlo o simplemente no quiera dar un certificado en las condiciones que se han establecido en el cartel de la licitación, y ello con independencia de que el Contratista esté cumpliendo o no con el contrato. Que abundando en lo anterior, y como habían anunciado supra, el propio cartel de la licitación, establece condiciones que miden el cumplimiento de los oferentes pero que sí requieren la firmeza de los actos (algo que al parecer no le gusta al redactor del requisito), y en tal sentido se establece como una condición de elegibilidad en la misma subcláusula IAO 11.1 (h) de la Sección II Datos de la Licitación el siguiente:-----

Un historial consistente de litigios o laudos arbitrales en contra del Oferente o cualquiera de los integrantes de una APCA podría ser causal para su descalificación. La información anterior debe ser aportada utilizando los formularios de Oferta, que se indican en la Sección IV, "Formularios de Licitación".

Que también se instruye sobre el mismo requisito en la Sección III Criterios de Evaluación y Calificación:-----

2 CALIFICACIÓN

Criterios de elegibilidad y calificación				Requisitos			Documentación
N°	Factor	Requisito	Entidad individual	APCA (constituida o por constituir)			Requisito de presentación
				Todos los miembros en su conjunto	Cada miembro	Al menos un miembro	
2. Historial de incumplimiento de contratos							
2.1	Antecedentes de incumplimiento de contratos	No ha tenido sanción por una autoridad administrativa o judicial en cualquier país, por incumplimiento grave de contrato ¹ de obra que haya dado lugar a una resolución contractual, vigente en algún periodo de los últimos cinco (5) años previos a la fecha de presentación de la oferta para la presente licitación.	Debe cumplir el requisito	Deben cumplir el requisito	Debe cumplir el requisito	No se aplica	Formulario CON 2

Y también se instruye sobre el mismo requisito en la Sección IV Formularios:-----

Formulario CON 2
Incumplimiento histórico de contratos, historial de litigios pendientes y litigios

Nombre del Oferente: _____
Fecha: _____

Nombre del miembro de la APCA: _____
Número y nombre de la licitación: _____
Página _____ de _____

Incumplimiento de Contratos de conformidad con la sección III, "Criterios de evaluación y calificación"			
<input type="checkbox"/> No se produjo ningún incumplimiento de contratos desde el 1 de enero de 2014, según lo especificado en la sección III, "Criterios de evaluación y calificación", subfactor 2.1. <input type="checkbox"/> Hubo incumplimiento de contratos desde el 1 de enero de 2014, según lo especificado en la sección III, "Criterios de evaluación y calificación", requisito 2.1.			
Año	Parte no cumplida del contrato	Identificación del contrato	Monto total del contrato (valor actual, moneda, tipo de cambio y equivalente en USD)
[Indique el año]	[Indique monto y porcentaje]	Identificación del contrato: [Indique el nombre completo, el número y cualquier otra identificación del contrato] Nombre del Contratante: [Indique el nombre completo] Dirección del Contratante: [Indique la calle, la ciudad y el país] Motivos del incumplimiento: [Indique los principales motivos]	[Indique el monto]
Litigios pendientes, de conformidad con la sección III, "Criterios de Evaluación y Calificación" <input type="checkbox"/> No hay ningún litigio pendiente, de conformidad con la Sección III, "Criterios de evaluación y Calificación", subfactor 2.3. <input type="checkbox"/> Hay litigios pendientes, de conformidad con la Sección III, "Criterios de Evaluación y Calificación", subfactor 2.3, como se indica a continuación.			

Que este requisito que no objeta sí resulta equilibrado, razonable y proporcional al objetivo perseguido, ya que tal y como se indica en el en la Sección III Criterios de Evaluación y Calificación:-----

¹ El incumplimiento, decidido como tal por el Contratante, incluirá a) todos los contratos donde el incumplimiento no fue objetado por el Contratista, en especial mediante la derivación al mecanismo de resolución de controversias previsto en el respectivo contrato, y b) los contratos que fueron objetados y se resolvieron a favor del Contratista. El incumplimiento no incluirá aquellos contratos respecto de los cuales la decisión de los Contratantes fue plenamente invalidada por ese mecanismo. Debe basarse en toda la información relativa a las controversias o los litigios plenamente resueltos, es decir, las controversias o los litigios que hayan sido resueltos conforme al mecanismo antedicho previsto en el respectivo contrato y en los que se hayan agotado todas las instancias de apelación a disposición del Oferente.

Que esta condición, que su representada no objeta, se ve complementada también con las contenidas en 2.2, 2.3 y 2.4 que reúnen iguales criterios respecto a condiciones firmes sobre los incumplimientos y situaciones de incumplimiento solicitadas. Que como claramente se especifica con la numeración que se da al requisito objetado (2.1 .1 entre el 2.1 y el 2.2), se trata de un "añadido" que no puede ser considerado en forma distinta que la intención de su aplicación con discrecionalidad, y que como es fácil de comprobar en los anteriores carteles de este programa (todos ellos sometidos en diferentes procesos a la Contraloría) resulta innovador y que como es obligado en modo alguno se ha justificado. La

Administración expone que debe tenerse clara la diferencia entre una inhabilitación y un requisito de elegibilidad que dejaría por fuera a un oferente. El primero supone una imposibilidad para concursar en cualquier tipo de licitación por un tiempo determinado luego de haber llevado el debido proceso para la imposición de una sanción como la inhabilitación. El segundo refiere a un requisito específico que un oferente no cumple para una licitación en particular que lo dejaría por fuera del concurso. Que son diferentes, por lo cual no lleva razón la objetante y que es necesario recordar que la posibilidad de incluir este tipo de requisitos es una facultad amparada en la ley, su reglamento y numerosos pronunciamientos de la Contraloría General de la República. Que como muestra de lo anterior, se mencionan tres de estos pronunciamientos que más adelante se reforzaran con la argumentación técnica que respalda la inclusión del requisito objetado: *“Ahora bien conforme al tema de los requisitos de admisibilidad, debe de indicarse que ha sido criterio reiterado de esta División, en cuanto al tema lo siguiente: “(...) El pliego cartelario se compone de normas o cláusulas de admisibilidad y otras propias del sistema de evaluación, diferencia que se encuentra regulada a nivel normativo en los artículos 54 y 55 del RLCA, donde en el primer artículo citado se regulan las condiciones invariables sobre las que se dice: “En el cartel se deberá exigir el cumplimiento obligatorio de aquellos requisitos, cuando corresponda. Dentro de estas condiciones invariables y según el objeto de que se trate, se podrán establecer aspectos tales como, capacidad financiera, especificaciones técnicas y experiencia.” Como puede observarse, estas cláusulas invariables son de “cumplimiento obligatorio” para los participantes y su inobservancia comporta la exclusión de la oferta una vez aplicadas las disposiciones del artículo 80 del RLCA. Por otra parte, y como ya fue dicho, existen cláusulas que conforman el sistema de evaluación que lo que persiguen es ponderar diferentes aspectos –aparte del precio- que vengán a dar un valor agregado a la selección de las ofertas, lo cual se regula en el numeral 55 del RLCA,[...]. Las consecuencias de incumplir un requisito de admisibilidad de uno de evaluación son diferentes. Como fue indicado anteriormente, en principio, el incumplimiento de un requisito de admisibilidad genera la exclusión de la oferta, en tanto que el incumplimiento de un requisito de evaluación lo que ocasiona es no otorgar un determinado puntaje al aspecto que se incumple o no se logra acreditar, [...]. Así, no lleva razón el apelante en la posición expuesta, y dado que el requerimiento de la certificación de la FDA fue un requisito fijado en forma expresa en el cartel como requisito de cumplimiento obligatorio, éste debió ser cumplido por todos los participantes. Si el recurrente estimaba que el requisito le limitaba o impedía su participación, debió hacerlo ver en el momento procesal oportuno como lo es el*

recurso de objeción, pero no resulta aceptable que por la vía del recurso de apelación, una vez que se ha incumplido un requisito, venga la parte a argumentar en contra de una disposición del cartel que se consolidó y que a la luz de lo dispuesto en el numeral 51 del RLCA, el pliego cartelario se convierte en el reglamento específico de la contratación y por ende a él deben sujetarse todas las partes que intervienen en el procedimiento concursal...”, (ver resolución no. R-DCA-121-2010, de las nueve horas del once de noviembre del dos mil diez). De conformidad con lo anterior, se tiene por acreditado que hay incumplimiento por parte de la recurrente en relación al tema experiencia y requisitos de los profesionales, que se encuentra establecido en el cartel como un requisito de admisibilidad, por ende, no es procedente su pretensión en el sentido de que se considere 5 años de experiencia según información contabilizada, aportada tanto con la oferta, subsanación y recurso, según la norma que cita, considerando como se indicó, que ello constituye un requisito de admisibilidad determinado en el cartel desde un inicio y aceptado por todos los oferentes. Ante tal incumplimiento del recurrente, se tiene que su oferta fue debidamente excluida del concurso, motivo por el cual al ser esta inelegible se afecta en consecuencia, su legitimación para accionar en esta sede, razón por la cual, su recurso debe ser rechazado de plano de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 180 inciso b) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, sin dejar de lado el hecho, que la recurrente tampoco demostró con su recurso, de qué forma en el evento de ser elegible, podría atribuirse la adjudicación de acuerdo con las reglas del concurso...” (ver resolución no. R-DCA-25-2016, de las nueve horas con cincuenta y siete minutos del trece de enero de dos mil dieciséis y R-DCA-0353-2018 de las siete horas y dos minutos del dieciséis de abril del dos mil dieciocho). “De previo a proceder a realizar cualquier análisis de los argumentos vertidos y a efectos de resolver las objeciones presentadas, es preciso recordar el criterio reiterado de esta Contraloría General, considerando que la Administración licitante, se constituye en el ente que mejor conoce las necesidades que pretende satisfacer, por lo tanto, es la llamada a establecer los requerimientos cartelarios bajo su potestad discrecional y atendiendo el interés público. Como consecuencia de lo anterior, no resulta factible que este Despacho pueda imponer, sin una justificación técnica y jurídica categórica, la adquisición de otro equipo diferente al que consta en el pliego cartelario.” (ver resolución R-DCA-1196-2018 de las once horas con diez minutos del catorce de diciembre del dos mil dieciocho y R-DCA577- 2008, de las once horas del veintinueve de octubre del dos mil ocho) “tratándose de requisitos de admisibilidad la Administración en ejercicio de su discrecionalidad establece aquellas condiciones que estima son estrictamente necesarias

para satisfacer su necesidad. Bajo esta óptica se posiciona por ejemplo el artículo 54 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa referido a "Condiciones invariables" y estipula que "En el cartel se deberá exigir el cumplimiento obligatorio de aquellos requisitos, cuando corresponda. Dentro de estas condiciones invariables y según el objeto de que se trate, se podrán establecer aspectos tales como, capacidad financiera, especificaciones técnicas y experiencia". (ver resolución R-DCA-0058-2018 de las once horas con cincuenta minutos del diecinueve de enero de dos mil dieciocho). **Criterio de la División:** Se comparte con la Administración que el requisito de cartel impugnado, no se refiere a inhabilitaciones de un oferente, ni a apercibimientos, sanciones estas que son propias de etapa de ejecución contractual. En ese sentido, el pliego de condiciones no está al margen de ellas, ni mucho menos establece contradicciones con aquellas. Lo regulado en el cartel en los puntos impugnados, es una condición a valorar en la etapa de elegibilidad del oferente, etapa que dista mucho de la ejecución contractual en la cual ya se sabe quién es el o la contratista y a quien por determinadas situaciones se le puede realizar un procedimiento a efectos de determinar la procedencia o no de imponerle una sanción. Aquí en lo objetado, es determinar una condición de si se es o no una empresa con mala ejecución, pero no es que ello inhabita una empresa, sino que de acreditarse alguna condición de las que establece el cartel en los puntos impugnados, la puede tornar en inelegible para este concurso de marras, pero no es una inhabilitación. En consecuencia se **rechaza de plano** el recurso en este punto por falta de fundamentación. **5. El requisito "Empresa con mala ejecución" no se ajusta a las políticas de adquisición del BID.** La objetante menciona que resulta especialmente sorprendente que tal cláusula no haya sido objetada por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), ya que tiene claramente recogido en sus políticas de adquisición recogidas en la Sección 1. Instrucciones a los Oferentes del cartel. Cláusula 3. Prácticas Prohibidas y 4. Oferentes Elegibles. Expone que "Coincidiremos en que resulta de mucha mayor gravedad la sospecha de prácticas corruptas que la correspondiente a una posible mala ejecución en los términos en que ésta es descrita en el cartel que se objeta". Que sin embargo, si bien esta última definición inventada para este cartel, no precisa de la declaración de incumplimiento en firme, la de la práctica corrupta exige en las políticas de adquisición del BID que se den los siguientes supuestos:-----

Prácticas Prohibidas

1.14 El Banco exige a todos los Prestatarios (incluidos los beneficiarios de donaciones), organismos ejecutores y organismos contratantes, al igual que a todas las firmas, entidades o individuos oferentes por participar o participando en actividades financiadas por el Banco incluidos, entre otros, solicitantes, oferentes, proveedores de bienes, contratistas, consultores, miembros del personal, subcontratistas, subconsultores, proveedores de servicios y concesionarios (incluidos sus respectivos funcionarios, empleados y representantes, ya sean sus atribuciones expresas o implícitas) observar los más altos niveles éticos y denunciar al Banco²² todo acto sospechoso de constituir una Práctica Prohibida del cual tenga conocimiento o sea informado durante el proceso de selección y las negociaciones o la ejecución de un contrato. Las Prácticas Prohibidas comprenden: (i) prácticas corruptas; (ii) prácticas fraudulentas; (iii) prácticas coercitivas; (iv) prácticas colusorias y (v) prácticas obstructivas. El Banco ha establecido mecanismos para denunciar la supuesta comisión de Prácticas Prohibidas. **Toda denuncia deberá ser remitida a la Oficina de Integridad Institucional (OII) del Banco para que se investigue debidamente. El Banco también ha adoptado procedimientos de sanción para la resolución de casos. Asimismo, el Banco ha celebrado acuerdos con otras instituciones financieras internacionales a fin de dar un reconocimiento recíproco a las sanciones impuestas por sus respectivos órganos sancionadores.**

Y en la misma sub-cláusula se establece más adelante:

- (b) **Si se determina que, de conformidad con los procedimientos de sanción del Banco, cualquier firma, entidad o individuo actuando como oferente o participando en una actividad financiada por el Banco incluidos, entre otros, solicitantes, oferentes, proveedores, contratistas, consultores, miembros del personal, subcontratistas, subconsultores, proveedores de servicios, concesionarios, Prestatarios (incluidos los Beneficiarios de donaciones), organismos ejecutores o contratantes (incluidos sus respectivos funcionarios, empleados y representantes, ya sean sus atribuciones expresas o implícitas) ha cometido una Práctica Prohibida en cualquier etapa de la adjudicación o ejecución de un contrato, el Banco podrá:**

Que por tanto, una inhabilitación como la que se pretende para licitar al no poder disponer de un certificado como el exigido (que como ha quedado acreditado no supone ningún incumplimiento en firme), resulta que se puede aplicar con unas condiciones de seguridad jurídica inferiores a las exigidas para los casos de corrupción, lo que demuestra la falta de equilibrio, irracionalidad, desproporción y arbitrariedad que ha regido el establecimiento del requisito. Que no se debe olvidar que el contrato de préstamo y las condiciones de su ejecución, en particular el apego a las políticas de adquisición del BID, forman parte de la legislación de Costa Rica, al ser establecidos como la Ley No. 9283 publicada en la Gaceta de 13 de noviembre de 2014. La Administración refiere que es necesario resaltar que esto no es una inhabilitación sino un requisito de elegibilidad, que pretende declarar elegibles a los oferentes que pueden demostrar que su capacidad de ejecución actual les permite hacer el proyecto que se licita en el plazo estimado por la Administración, siendo que este plazo constituye uno de los elementos más importantes de tutelar por parte de la Administración en este proyecto, teniendo en cuenta que el financiamiento de esta obra será a través de un préstamo del BID, que tiene un plazo límite para la ejecución del préstamo y la terminación de la obra. Que las políticas del BID exigen la firmeza de la determinación de la responsabilidad tal y como se comentó supra. **Criterio de la División:** Se remite a lo resuelto en el punto 4) anterior, en cuanto a lo abordado de que no estamos de frente a una inhabilitación, sino a una condición que puede volver en inelegible una oferta. En adición, se señala que las normas de procesos de adquisición del BID que menciona, se refieren a

sanciones básicamente, y como se expuso, los requisitos de cartel impugnados, tornan inelegible una oferta, pero no es que la inhabilitan a participar en otros procesos, ni es un apercibimiento. En consecuencia, se **rechaza de plano** el recurso en este punto por falta de fundamentación. **6. Observaciones generales sobre el cartel y los condicionantes del requisito Objetado.** La objetante: argumenta para el 6.1. *Licitación internacional*. Que tal y como se ha reseñado, la licitación tiene el carácter de "Pública e Internacional", y en razón a ello los requisitos exigidos en el cartel deben permitir en forma equilibrada y en condiciones de igualdad que empresas de diferentes países (en este caso todas las de los países elegibles) puedan dar cumplimiento a los requisitos exigidos en forma positiva y objetiva, y no que su calificación quede al albur de una voluntad, que podría ser interesada, por parte de cada Administración y de la propia evaluación de la Licitación. 6.2. *Los términos establecidos para el requisito carecen de justificación*. Que como lo ha señalado en las consideraciones previas, la definición del objeto, de las especificaciones y de los requerimientos del cartel son elementos esenciales dentro de cualquier proceso de compra pública, resultando básicos en dos vías: para la orientación de los oferentes sobre la naturaleza y los alcances de su eventual obligación y para brindar soporte a la Administración contratante. Que es de notable importancia abarcar cada uno de los requerimientos técnicos, plazos, periodicidad y cualquier otro término que permita la descripción y el entendimiento completo del bien o servicio objeto de la contratación. Que en el cartel, se establecen dos cuantificaciones para determinar por parte del contratante a la "Empresa con mala ejecución", y que son los siguientes: - Contratos cuyo monto sea superior a los 70 millones de dólares. Que los "atrasos acumulados imputables como contratista en la ejecución física no deben superar el 30%, con respecto al programa de trabajo aprobado por el contratante", para cada uno de los proyectos objeto del requisito. Que ambos criterios además de arbitrarios, carecen de justificación y por tanto responden a la discrecionalidad del contratante, lo que según la recurrente terminará implicando múltiples interpretaciones al cumplimiento del requisito en otros momentos del proceso licitatorio. Añade que en repetidas ocasiones esta Contraloría General de la República y la Sala Primera han dicho que la Administración debe emitir justificación técnica sobre cualquier monto, cantidad o requisito que vaya a solicitar en el cartel de licitación, debido a que el documento cartelario constituye el punto de mayor vinculación entre oferente y Administración. Que de acuerdo con lo anterior, no se aprecia en ningún apartado del cartel una justificación técnica que permita comprender la viabilidad de los montos que solicita la Administración, pues no se aporta el asidero económico, técnico y legal que reivindique la

solicitud de contratos mayores a 70 millones de dólares y un 30% de atrasos en trabajos anteriores. 6.3. *Sobre la falta de claridad en los términos del requisito exigido*, señala la recurrente que en el cartel en lo relativo al requisito objetado, existen múltiples interpretaciones que un oferente puede hacer sobre el mismo, y en consecuencia distintas interpretaciones para establecer si a un contrato determinado le afecta o no el requisito: Expone ¿Cuál es el tratamiento que debe tener el monto mínimo del contrato en el caso de que el mismo se desarrolle bajo un esquema de APCA?. Que el cartel desarrolla una amplia reglamentación para determinar distintas condiciones que los oferentes deben cumplir en función de si la experiencia aportada lo ha sido en APCA (ver Formulario EXP 4.1 de la Sección IV. Formularios de Licitación), pero no da ni una sola indicación de cómo afecta al definido para el requisito objetado. Que es importante en este punto señalar que existen reglamentaciones para las APCA que permiten la ejecución de los contratos por cada miembro en función de su especialidad (por ejemplo un miembro del APCA es nominado para ejecutar el diseño, en tanto que otros lo son para ejecutar las estructuras y el pavimento en forma separada), por lo que el requisito en su redacción puede inhabilitar a miembros de un APCA que ni siquiera han iniciado la ejecución de su responsabilidad en un contrato. Pregunta además, ¿Cuál es el tratamiento que se debe dar a las modificaciones al monto en el desarrollo del contrato incluso al de la fecha de su adjudicación?. Que sin duda habrá contratos que se iniciaron en menos de 70 millones de dólares y que en su ejecución sin embargo si se adicionaron hasta alcanzar o superar esta cantidad. Que en igual forma tampoco debiera tener el mismo tratamiento el monto de un contrato realizado en 2018 que uno que se realizó en 2015. Que se indica la condición de fecha para el certificado a emitir, pero no se aclara a qué fecha debe corresponder el avance programado ni el certificado de pago, lo que resulta muy relevante. Que tampoco se indica la tasa de cambio que debe ser aplicada. Lo anterior hace posible que tal tasa se aplique en función de lo que cada ofertante entienda que se solicita, y que suceda que proyectos del mismo monto, unos oferentes consideren que están afectados y otros no. Que sobre el particular, es cada oferente el que debe declarar los contratos que debe aportar y que la Administración no señala cuál debe ser el tratamiento a dar a proyectos suspendidos o paralizados, lo que en adición a una posible vulneración del principio de igualdad tratado más arriba, puede implicar diferencias de criterio a aplicar por cada oferente. Que el requisito da el mismo tratamiento en lo que se refiere a la desviación (máximo del 30%) en el avance a un proyecto en sus primeros meses de ejecución, en su punto intermedio o en sus momentos finales, lo que resulta en una falta de criterio técnico más de los condicionantes del

requisito. Que como se puede inferir de lo anterior, la Administración no ha sido diáfana en cuanto a la definición de los términos en los que debe darse cumplimiento al requisito, y con ello vulnera principios de eficiencia, eficacia, transparencia y buena fe. *6.4. Sobre la falta de utilidad práctica, consistencia y congruencia técnica en los requisitos exigidos.* Que los certificados de obra ejecutada, son un mecanismo ideado para acreditar la actividad realizada en forma positiva por los potenciales oferentes. Sin embargo, tal y como viene señalando dada la naturaleza de los muchos contratos de construcción, así como la forma de fiscalización y pago en diversas legislaciones extranjeras, no es posible solicitar y/o presentar certificados de obra ejecutada hasta que ocurran ciertos hitos específicos. Ello unido a los condicionantes bajo los cuales se pretende evaluar el requisito (monto de los contratos y medición de la desviación del avance), hacen evidente que el requisito no es instrumental para lo que parece pretender la Administración. Que dado que el requisito afecta únicamente a los oferentes con contratos en ejecución con montos superiores a 70 millones, únicamente estos estarían sometidos a la evaluación de "Empresa con mala ejecución", y agrega que cabría preguntarse entonces, ¿Qué pasa con el resto de los oferentes?, ¿es que la Administración tiene garantizado con ellos que no hay tal riesgo?. Que en conjunto el requisito que se objeta además de permitir actuar con discrecionalidad a los distintos contratantes, y en esta forma eliminar oferentes en el proceso de la licitación, ni siquiera permite acreditar que se cumpliría con el objetivo final enunciado, ya que podrían perfectamente participar empresas con mala o peor ejecución sin restricción alguna. La Administración expone como ideas últimas de su argumentación, que como bien lo menciona la objetante, este es un nuevo requisito que se incorporó en la presente licitación. Esto se da con el interés de la Administración de confirmar el estado actual de las empresas en cuanto a los proyectos en ejecución, cuyo monto y objeto se aproximan al actual. Que debe entenderse que desde un punto de vista técnico y para el caso que ocupa, donde existe un préstamo del BID cuyo coste depende del plazo de las obras, es de suma importancia para la Administración garantizarse en la mejor medida posible el cumplimiento de estos plazos. Que se busca con el requisito cartelario tener antecedentes de la firma que permita una mayor certeza de que la empresa que resulte adjudicataria, pueda cumplir con el cometido de la licitación. Que si bien es cierto el cartel pide requisitos que pretenden verificar la liquidez, capacidad financiera, monto facturado, antecedentes de litigios, litigios pendientes, etc, lo cierto es que estos dan un panorama a la Administración de los contratos terminados con anterioridad, y puede no reflejar la situación actual de la empresa y su comportamiento en distintos mercados y situaciones. Que en línea con lo anterior, la

justificación técnica para el establecimiento del requisito relacionado con los certificados de mala ejecución para cada obra con un monto superior a US \$70.000.000,00 millones de dólares actualmente en ejecución (en caso de que tenga alguna obra de esa magnitud) y no para aquellos con un monto inferior a los US \$ 70 millones de dólares, obedece a comprobar el requisito en obras de magnitud suficiente comparable a la que se licita (con montos del orden de 1/3 del previsto o superiores), pues ni la logística ni los medios que se disponen en unas y otras son similares, e igualmente la Administración busca limitar el número de certificaciones requeridas. Que un dato razonable: si se suponen empresas con facturaciones de unos 500 millones de dólares/año, que puede ser el volumen medio aproximado de las empresas que optan a la licitación, según se desprende de licitaciones similares recientes realizadas por la Administración. Suponiendo igualmente que un 60% de esa facturación es de obras del tamaño solicitado y que su duración media sea de 2 años, querría decir que dichas empresas tendrían en marcha unas 8-9 obras de características similares. De forma proporcional se pueden suponer los certificados requeridos. Que por lo anterior, es criterio de la Unidad Ejecutora que el requisito cartelario no irrespeta los principios de igualdad ni libre concurrencia, tal y como lo alega la objetante, y por tanto debe mantenerse en el cartel, entendiendo que debe estar establecida en firme la responsabilidad del atraso por parte del Contratista. **Criterio de la División:** Conforme lo indica la recurrente, esto es una licitación pública internacional, y conforme lo expuesto hasta aquí en esta resolución, no se observa desigualdad de trato entre oferentes de distintos países, caso contrario al hecho que potenciales oferentes de otros países, no puedan obtener la certificación que pide el cartel emitida por sus contratantes lo cual no ha sido demostrado, por lo que es un argumento que debe rechazarse de plano. En cuanto al monto de los contratos que deben ser certificados y ser de monto igual o superior a los 70 millones de dólares, se remite a lo resuelto anteriormente en cuanto a la discrecionalidad de la Administración para haberlo fijado de esa manera, ello aunado a las razones y justificaciones que para aquella ha brindado en audiencia especial, conforme lo que se ha señalado líneas arriba en este punto objetado, así como entra dentro de su discrecionalidad el porcentaje del 30% de ejecución física el proyecto con respecto al programa de trabajo, sin que la recurrente demuestra por qué ambos porcentajes resultan desproporcionados o irrazonables. En consecuencia **se rechaza de plano** el argumento, pues no se considera ser un tema arbitrario ni falta de justificación, ni tampoco se observa que se demuestra cuáles son las interpretaciones que se van a dar según argumenta quien recurre. **Consideración de oficio:** Esta División señala que resulta de relevancia con

relación al porcentaje de atrasos acumulados del 30% de ejecución física, respecto del programa de trabajo aprobado por el Contratante (se entiende el programa actualizado o vigente al emitir la certificación), detallar en la cláusula 1AO11.1(h) y en las correlacionadas conforme corresponda, cómo es que va a determinar ese porcentaje, por ejemplo si se trata sólo de las actividades que se desarrollan en la ruta crítica o no, asimismo, deberá indicar cómo con la información que pide la certificación se va a determinar ese 30%, es decir, que sea claro para todos los oferentes cuáles de los datos o parámetros solicitados en el formulario CON 2.1 serán utilizados a efectos para calcular el porcentaje de atraso acumulado e indicar cómo se relaciona este requisito con los requisitos de acreditación de experiencia que tiene el cartel. En cuanto considera la recurrente que hay falta de claridad en el requisito en el sentido de indicar: */Cuál es el tratamiento que debe tener el monto mínimo del contrato en el caso de que el mismo se desarrolle bajo un esquema de APCA? / Que el cartel desarrolla una amplia reglamentación para determinar distintas condiciones que los oferentes deben cumplir en función de si la experiencia aportada lo ha sido en APCA (ver Formulario EXP 4.1 de la Sección IV. Formularios de Licitación) pero no da ni una sola indicación de cómo afecta al definido para el requisito objetado/. Que es importante en este punto señalar que existen reglamentaciones para las APCA que permiten la ejecución de los contratos por cada miembro en función de su especialidad (por ejemplo un miembro del APCA es nominado para ejecutar el diseño, en tanto que otros lo son para ejecutar las estructuras y el pavimento en forma separada), por lo que el requisito en su redacción puede inhabilitar a miembros de un APCA que ni siquiera han iniciado la ejecución de su responsabilidad en un contrato/.* En este orden, se señala a la recurrente que si lo que necesita es que se le aclararan aspectos propios de la letra cartelaria en un tema en particular, no es el recurso de objeción el medio de brindar aclaraciones, aunado a que el cartel en la Sección I. Instrucciones a los Oferentes, punto 7.1 establece el apartado denominado “Aclaración del Documento de Licitación, visita al lugar de las obras y reunión previa a la Licitación” que regula las aclaraciones del documento de licitación. En consecuencia se **rechaza de plano** en recurso en este punto por no ser las aclaraciones tema de recurso de objeción. En otro orden pregunta además la recurrente: *¿Cuál es el tratamiento que se debe dar a las modificaciones al monto en el desarrollo del contrato incluso al de la fecha de su adjudicación? / Que sin duda habrá contratos que se iniciaron en menos de 70 millones de dólares y que en su ejecución sin embargo si se adicionaron hasta alcanzar o superar esta cantidad.* Sobre este tema considera esta División, que no está la objetante cuestionando una cláusula propia del pliego de condiciones, sino que

requiere una aclaración sobre las eventuales modificaciones en monto que hay tenido un contrato, por lo que, al no ser las aclaraciones aspectos a tratar en un recurso de objeción, se **rechaza de plano** el recurso en este punto, y se remite al cartel del concurso, que regula la forma de solicitar aclaraciones ante la licitante. Además, en cuanto al argumento de la recurrente de que: */No debiera tener el mismo tratamiento el monto de un contrato realizado en 2018 que uno que se realizó en 2015. Que se indica la condición de fecha para el certificado a emitir, pero no se aclara a qué fecha debe corresponder el avance programado ni el certificado de pago, lo que resulta muy relevante. Que tampoco se indica la tasa de cambio que debe ser aplicada. Lo anterior hace posible que tal tasa se aplique en función de lo que cada ofertante entienda que se solicita, y que suceda que proyectos del mismo monto unos oferentes consideren que están afectados y otros no/, se **rechaza de plano** el recurso en este punto, por ser ello una aclaración que necesita la recurrente, lo cual no es tema de recurso de objeción. **Consideración de oficio:** Siendo que de acuerdo con el requisito establecido por la Administración se podrían presentar certificaciones de proyectos adjudicados en diferentes años y en diferentes monedas, deberá valorar la Administración para efectos de claridad de todos los oferentes y para evitar confusiones que den como resultado retrasos en la adjudicación en firme de este proyecto, la necesidad de establecer cuál es la regla o parámetro que deben seguir los Contratantes de los Proyectos para efectos de conversión a dólares de aquellos que hubieren sido adjudicados en otra moneda. De la misma forma, siendo que en la Sección III Criterios de Evaluación y Calificación punto 2.1.1 se indica que el requisito de mala ejecución de la empresa para el caso de una APCA lo deben cumplir todos los miembros en su conjunto, estima este Despacho debe preverse el caso en que alguno de los integrante de esta APCA no cuenta con un contrato en ejecución de 70 millones de dólares que obligue a aportar la certificación requerida, toda vez que de la lectura del requisito, parece evidenciarse que ningún miembro estaría exento de contar con este tipo de proyecto, aunque la realidad pudiese ser diferente, aspecto que como se indicó, no lo vemos cubierto por el requisito cartelario, para lo cual deberá efectuar la respectiva modificación cartelaria y darle publicidad. Mismo **rechazo de plano** opera para el punto en que la recurrente expone que la Administración no señala cuál debe ser el tratamiento a dar a proyectos suspendidos o paralizados, mucho menos comprueba la vulneración del principio de igualdad, y cómo sería entonces que puede implicar diferencias de criterio a aplicar por cada oferente. Asimismo, si la certificación es el medio que ha escogido la Administración para determinar una buena o mala ejecución contractual, entra dentro de su discrecionalidad, y no se observa que ello violente el ordenamiento jurídico o*

principio de contratación alguno. En consecuencia, conforme lo desarrollado a lo largo de esta resolución, no se observan en los requisitos de cartel impugnados, vicios que ameriten la nulidad y/o eliminación del cartel, de ahí el rechazo de plano del recurso. En cuanto a la petitoria de la recurrente de que se pueda ampliar el plazo para presentar el dictamen apostillado, se rechaza de plano esa petición, por cuanto el artículo 178 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, establece con claridad que el recurso debe presentarse con la prueba que se estime conveniente, no dispone que la misma deba ser presentada en un momento posterior.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en lo que disponen los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 81 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa, 178 y siguientes del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa se resuelve: **1) Rechazar de plano** el recurso de objeción interpuesto por **AZVI S.A.** en contra del cartel de la **LICITACION PUBLICA INTERNACIONAL PIT-155-PI-O-2019** promovida por la **Unidad Ejecutora del Programa de Infraestructura de Transporte (PIT)** para la "Contratación de la ampliación y rehabilitación de la ruta nacional No.1, Carretera Interamericana Norte, sección Barranca-Limonal y de la ruta nacional 17, sección La Angostura". **2) Se da por agotada la vía administrativa. NOTIFÍQUESE.**-----

ORIGINAL FIRMADO

ORIGINAL FIRMADO

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

Kathia G. Volio Cordero
Fiscalizadora



KVC/svc
Ni: 21429 21803, 21997 22061
NN: 12649 (DCA-3089-2019)
G: 2019002993-1