



R-DCA-00692-2020

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa. San José, a las ocho horas cuarenta y nueve minutos del dos de julio del dos mil veinte.-----

RECURSO DE OBJECCIÓN interpuesto por la empresa **QUEBRADORES PEDREGAL SOCIEDAD ANÓNIMA**, en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 2020LN-000001-0006600001**, promovida por el **CONSEJO TECNICO DE AVIACION CIVIL** para la contratación del “Proyecto de Mejoramiento del Aeródromo de Quepos.”-----

RESULTANDO

I. Que el dieciocho de junio del dos mil veinte, la empresa Quebradores Pedregal Sociedad Anónima, presentó ante la Contraloría General de la República, recurso de objeción en contra del cartel de la licitación pública No. 2020LN-000001-0006600001 promovida por el Consejo Técnico de Aviación Civil.-----

II. Que mediante auto de las once horas con cincuenta y seis minutos del veintidós de junio del dos mil veinte, se otorgó audiencia especial a la Administración licitante para que se pronunciara sobre el recurso de objeción interpuesto. Dicha audiencia fue atendida mediante los oficios No. DGAC-DFA-PROV-OF-0119-2020 y No. DGAC-DA-IA-OF-0496-2020, ambos del veinticinco de junio del año en curso, los cuales se encuentran incorporados al expediente del recurso de objeción. -----

III. 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 PRECLUSIÓN. El artículo 178 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (en adelante Reglamento), dispone que contra el cartel de la licitación pública y de la licitación abreviada podrá interponerse recurso de objeción dentro del primer tercio del plazo para presentar ofertas, contado a partir del día siguiente de la publicación o de aquel en que se realice la invitación. Ahora bien, en cuanto a las modificaciones y adiciones al cartel, el artículo 179 del mismo cuerpo normativo, entre otras cosas, dispone: “*Contra las modificaciones o adiciones del cartel, podrá interponerse recurso de objeción dentro del primer tercio del plazo que medie entre la publicación o comunicación de la variante del cartel y la fecha señalada para recibir ofertas*”. Así las

cosas, los recursos de objeción que se interpongan contra las cláusulas modificadas, deberán interponerse dentro del primer tercio que medie entre la publicación o comunicación de esas modificaciones y la fecha para recibir ofertas. No obstante, aquellas cláusulas no modificadas, no corren la misma suerte, ya que el momento procesal para interponer cualquier cuestionamiento, tuvo que haberse dado en el tercio que medie entre la publicación del cartel original y el plazo para recibir ofertas. Al respecto, en la resolución No. R-DCA-330-2017 de las nueve horas con veinte minutos del veinticuatro de mayo de dos mil diecisiete, este órgano contralor señaló: *“(...) la posibilidad de recurrir queda limitada a las últimas modificaciones efectuadas al cartel y no sobre las cláusulas consolidadas en las versiones anteriores de éste. [...] Por lo tanto, cualquier alegato que verse sobre una cláusula o contenido del pliego no sujeta a variación, se encuentra precluida, ya que el momento procesal oportuno para impugnar era una vez conocido el contenido del cartel original y haber ejercido la acción recursiva en tiempo. Al respecto conviene remitir al principio de preclusión el cual se entiende como pérdida o extinción de una facultad legal, por lo que no es posible admitir a conocimiento de esta División alegatos precluidos ya que tal proceder atentaría entre otros aspectos, contra la agilidad y eficiencia que debe imperar en la fase de elaboración y depuración del cartel hasta que éste se consolide y por razones de seguridad jurídica, por cuanto las cláusulas que se consolidan se entienden firmes, no existiendo una posibilidad ilimitada en cuanto al momento de objetar el cartel durante el procedimiento de contratación. A mayor abundamiento, conviene señalar que “(...) las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, mediante la clausura definitiva de cada una de ellas, impidiéndose el regreso a etapas y momentos procesales ya extinguidos y consumados. La preclusión es la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal.” (PACHECO, Máximo, Introducción al Derecho, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976, p. 263)”. En virtud de lo anterior, se deberá analizar si los argumentos de la empresa recurrente versan sobre cláusulas cartelarias que fueron modificadas, caso contrario, aquellas cláusulas que no hayan sido modificadas y que sean cuestionadas en esta etapa procesal, se consideran consolidadas y por ende cualquier cuestionamiento se encontraría precluido.-----*

II.SOBRE EL FONDO DEL RECURSO INTERPUESTO. 1) Sobre los requisitos de admisibilidad, de la experiencia y su evaluación.

La objetante manifiesta su descontento con el cartel, al considerar desproporcionado, improcedente y excesivo solicitar una experiencia de 70000 toneladas de mezcla asfáltica para un proyecto cuya demanda aproximada es de 9000 toneladas. En esta línea menciona, que el pliego violenta los principios de igualdad, razonabilidad y libre competencia, pues a pesar de contar con varios proyectos similares, a saber: i) Aeródromo de Palmar Sur en el 2003 con un volumen de 2805 toneladas de mezcla asfáltica; ii) Aeródromo de Golfito en el 2004 con un volumen de 4695 toneladas de mezcla asfáltica; iii) Aeródromo de Nosara en el 2008 con un volumen de 4536 toneladas de mezcla asfáltica; iv) Aeropuerto Internacional Daniel Oduber Quirós en el 2008 con un volumen de 2868 toneladas de mezcla asfáltica; v) Accesos Principales al Aeropuerto Internacional Daniel Oduber Quirós en el 2008 con un volumen de 4540 toneladas de mezcla asfáltica y vi) Aeródromo de Nicoya en el 2009 con un volumen de 4666 toneladas de mezcla asfáltica, ninguno alcanza el mínimo de toneladas requeridas en el presente concurso. En virtud de lo anterior, considera pertinente modificar el cartel en los siguientes aspectos: **a)** que se permita acreditar la experiencia de la empresa desde su incorporación al Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica (CFIA); **b)** que se permitan acreditar las mismas obras tanto para admisibilidad como para evaluación; o bien, que se requiera únicamente una obra similar en admisibilidad; **c)** que se establezca una cantidad mínima razonable y proporcional al objeto de la licitación, siendo razonable una cantidad mínima de 12500 toneladas; **d)** que dicha cantidad mínima se pueda acreditar en una o varias obras, todas mayores a 2500 toneladas y **e)** que la puntuación se otorgue por cantidad hasta un máximo de 12500 toneladas. La Administración manifiesta que ha considerado prudente y conveniente al interés público, requerir una cantidad de 7000 mil toneladas de mezcla asfáltica por proyecto. Lo anterior, en virtud que la cantidad que se proyecta colocar en el presente concurso, se encuentra por encima de dicho número, no obstante, en procura de una mayor oportunidad de participación y apertura del mercado, se consideró en requerir una cantidad cercana a la estimada (9660 toneladas), pero adquirida de forma recurrente a lo largo del tiempo. En ese sentido, añade que una empresa puede haber ejecutado un total de 5 proyectos en los últimos quince años, de

manera que haya colocado 7000 toneladas cada 3 años, lo que considera razonable y proporcional en una empresa cuyo giro comercial sea el objeto licitado. Así las cosas, indica que requiere contar con oferentes cuya experiencia no haya sido esporádica, sino que se encuentren vigentes en el mercado y por lo tanto, actualizados en las técnicas necesarias para cumplir con el objeto que se está promoviendo. A partir de lo anterior, discute los proyectos mencionados por la empresa objetante, en virtud que la cantidad de asfalto colocado es menor a las 9660 toneladas exigidas en la presente contratación. En adición a lo anterior, determina que dichos proyectos se encuentran fuera del rango de antigüedad de 15 años que regula el pliego, por lo que a partir de un ejercicio de mera constatación, se concluye que la objetante busca acomodar los requisitos a sus propias posibilidades. Alega que la objetante no motiva o justifica en su recurso, las razones por las cuales con una cantidad menor de colocación de carpeta asfáltica, se podría asumir que el oferente se encuentra capacitado para satisfacer la necesidad existente. Finalmente, considera precluido el exigir que se amplíe la experiencia a partir de la incorporación al CFIA, en el tanto dicha disposición se encontraba desde la versión original del cartel. **Criterio de la División:** En primer término, se debe indicar que el alegato de la objetante en contra del requisito de admisibilidad, concretamente al requerimiento de experiencia, se plantea desde diferentes perspectivas, no obstante, previo a referirse a cada una de ellas, debe indicarse que la versión original del cartel sufrió una modificación, en la cual se dispuso lo siguiente: “(...) **ADMISIBILIDAD - Construcción de carreteras u obras aeroportuarias.** Como requisito de admisibilidad la empresa deberá de haber participado, desarrollado y entregado a conformidad 5 proyectos carreteros u aeroportuarios en Costa Rica en los últimos 15 años. Cada uno de estos proyectos deberá de contener una colocación de mezcla asfáltica igual o superior a las 7000 toneladas (...) **Se aclara, que los proyectos presentados como admisibilidad, no serán tomados en cuenta como experiencia para evaluación, es decir, deberán ser proyectos diferentes los que serán evaluados y los que serán contemplados como requisitos de admisibilidad. EXPERIENCIA CALIFICADA - Construcción de carreteras u obras aeroportuarias.** La administración calificará hasta un máximo de 10 puntos la experiencia en la construcción de carreteras o caminos. Este porcentaje consiste en evaluar la experiencia acumulada de la empresa constructora de

carreteras o caminos, la cual se evaluará de la siguiente manera: 2 puntos por cada proyecto por separado donde haya colocado 7.000,00 (siete mil) toneladas de mezcla asfáltica. Dicho puntaje será hasta un máximo de 10 puntos. La experiencia para evaluar es independiente a la solicitada como admisibilidad. Es decir, no se podrá repetir los proyectos que fueron tomados en cuenta como admisibilidad para que se sean considerados (sic) como parte de la evaluación. *NOTA: La experiencia es por trabajos finalizados y recibidos a entera satisfacción. Para que la administración pueda corroborar dicha información el oferente deberá presentar debidamente lleno el cuadro del referente a experiencia de la constructora*” (En consulta por expediente mediante el número de la contratación, en apartado denominado “[2. Información de Cartel]” 15/06/20) (resaltado es del original). Aclarado lo anterior, para los puntos **a), b) y e)** enumerados así por la propia recurrente, se entiende que esta ha venido a impugnar dicha modificación, en el tanto considera restrictivo y excesivo que se prohíba acreditar las mismas obras de admisibilidad para evaluación, planteando además, un nuevo factor respecto a la cantidad de toneladas a calificar. Del mismo modo, requiere que se permita acreditar su experiencia desde la incorporación de la empresa en el CFIA y no en los últimos 15 años de acuerdo a lo regulado en el pliego. Frente a tales alegatos, se estima conveniente realizar una serie de precisiones. En primer término, debe recordarse que la Administración cuenta con la potestad de considerar la experiencia, ya sea como requisito de admisibilidad o bien dentro del sistema de evaluación, lo anterior siempre y cuando se supere el mínimo de admisibilidad establecido en el cartel. En este sentido, el artículo 55 del Reglamento dispone en lo que interesa: *“La Administración, podrá incluir otros factores de calificación distintos al precio, en el tanto impliquen una ventaja comparativa para la selección de la oferta más conveniente. No podrán ser ponderados como factores de evaluación los requisitos mínimos legales, técnicos o financieros, que resulten indispensables para la contratación”* (resaltado no es parte del original). Bajo este orden de ideas y debido a la naturaleza del objeto, la Administración en su ejercicio discrecional, estimó oportuno incluir la experiencia como requerimiento mínimo y a su vez, como aspecto comparativo y de ponderación entre las empresas participantes, lo cual encuentra su fundamento en la norma reglamentaria referida anteriormente. Como segundo aspecto, esta Contraloría General ha dicho, que el sistema de evaluación no podría limitar la participación de los

recurrentes, en virtud de que este se compone de aquellos elementos que la Administración ha considerado que ofrecen valor agregado al objeto, para así seleccionar posteriormente al oferente más idóneo a sus necesidades institucionales. De esta manera, una vez superada la etapa de admisibilidad, por medio del sistema de evaluación se analizan las ofertas de los competidores en igualdad de condiciones, otorgando el puntaje correspondiente para cada uno de los rubros que ahí se dispongan. Desde luego, el sistema de evaluación es posible objetarlo, en el tanto los recurrentes demuestren que el sistema elegido resulta desproporcionado, inaplicable o intrascendente frente al objeto pretendido. Siendo que el alegato de la objetante va encauzado a modificar las condiciones cartelarias por una supuesta desproporcionalidad, le correspondía a la recurrente acreditar cómo la cantidad de 5 proyectos de admisibilidad resultan desproporcionales frente al objeto y de cara a los principios de la lógica y la técnica dispuestos en el artículo 16 de la Ley General de Administración Pública. Además, debía demostrar las razones por las cuales el sistema de evaluación no resulta ser proporcional, trascendente o aplicable, argumento que siquiera ha sido mencionado por la objetante en su escrito. De esta forma, si la recurrente considera 5 proyectos un exceso por parte de la Administración, debía demostrar la forma en qué resulta desproporcionada esa cantidad en consideración de las obras realizadas en el mercado aeroportuario y de carreteras, de índole público o privado y durante el periodo de tiempo requerido (15 años), para así demostrar su alegato, todo de acuerdo al numeral 178 del Reglamento. Pese a lo anterior, se debe indicar que si bien la cláusula en cuestión fue objeto de modificación por parte de la Administración, lo cierto es que desde la versión anterior del cartel se enunciaba la prohibición de repetir experiencia de admisibilidad en evaluación, así como la regulación sobre el plazo mínimo de 15 años para acreditarla. De esta forma, conforme a lo señalado en el punto I de la presente resolución, estos puntos del recurso deben **rechazarse de plano**, debido a que si bien la cláusula cartelaria fue objeto de modificaciones, los argumentos refieren a aspectos de la cláusula que conserva la redacción de la versión original del cartel, por lo que se debe entender que en esos casos opera igualmente la preclusión. Por otra parte, la objetante discute la cantidad de 7000 toneladas de mezcla asfáltica colocada en un solo proyecto, pues a pesar de contar con varios proyectos similares, estos no cumplen con el mínimo dispuesto en el pliego. En este sentido, al

considerar dicha cantidad excesiva, la recurrente propone modificar el requerimiento a una cantidad mínima total de 12500 toneladas, siendo posible acreditarla en varias obras, cuando estas sean mayores a 2500 toneladas. En sentido contrario, la Administración considera improcedente tal alegato, ya que incluso ha determinado para el requisito una cantidad mínima a la estimada en el presente concurso (9660 toneladas). De lo expuesto, se debe indicar en primer lugar que no ha operado la preclusión procesal, puesto que la cláusula sí sufrió una modificación que se relaciona directamente con el punto objetado, no obstante lo anterior, el recurso en este punto carece de una adecuada fundamentación que amerita ser rechazado de plano. Lo anterior, en tanto la recurrente menciona tener experiencia en varios proyectos similares al requerido por la Administración, sin embargo, en ninguna parte de su escrito desarrolla las razones por las cuales dichos proyectos son asimilables al Aeródromo de Quepos y/o a las actividades que se pretenden desarrollar. Tampoco ha mencionado técnicamente de qué forma el haber ejecutado proyectos con cantidades menores de colocación de mezcla asfáltica, le asegura a la Administración que un oferente se encuentra en plena capacidad y con la pericia necesaria para llevar a cabo el objeto, en los términos equivalentes que lo haría una empresa que sí haya colocado las 7000 toneladas en los 5 proyectos establecidos en los lineamientos. Así pues, la recurrente se limita a señalar que con lo indicado en su escrito se cumplen los mismos fines de lo pedido por la Administración, sin embargo, dicho argumento es una mera aseveración, en el tanto no se encuentran los argumentos técnicos que lleven al convencimiento que el haber colocado 2500 toneladas por proyecto, resulte similar en cuanto a complejidad, actividades, destrezas, habilidades o técnicas exigidas frente a la colocación de 7000 toneladas por proyecto. Lo anterior incluso, con la gravedad que la cantidad estimada en concurso actual no son 7000 toneladas, sino 9600 como lo indicó la Administración en su escrito. En este sentido, este órgano contralor extraña en el recurso lo dispuesto en el párrafo cuarto del artículo 178 del Reglamento, el cual le impone a la recurrente demostrar que la experiencia que pretende ofrecer, satisface las necesidades de la Administración. Por todo lo expuesto, se concluye que el oferente debe contar con experiencia en la colocación de una determinada cantidad de mezcla asfáltica, siendo relevante para la Administración que dicha cantidad se haya colocado en un mismo proyecto y no en varios como lo pretende la recurrente. En virtud de lo anterior, lo

procedente es **rechazar de plano** estos puntos del recurso. Consideración de oficio. Se estima oportuno recordarle a la Administración, la importancia de respetar los plazos previstos en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento para la promoción de los procedimientos, en la medida que dichos plazos resultan una garantía para los oferentes en la confección de sus ofertas pero sobre todo para el principio de eficiencia, porque permite una mayor cantidad de ofertas para seleccionar la más conveniente para el interés público. Estas consideraciones resultan de interés para el caso particular, pues de una lectura del expediente administrativo se desprende que una primera versión del cartel (según fue publicado en SICOP el 08 de junio del 2020), señaló como fecha de apertura el 29 de junio del 2020 (En consulta por expediente mediante el número de la contratación, en apartado denominado “[2. Información de Cartel]” 08/06/20). De lo anterior, se computan entre la fecha de la publicación y la apertura allí señalada un total de 15 días hábiles. Pese a lo anterior, consta también una primera modificación al cartel, publicada el 15 de junio del año en curso, pero manteniéndose la fecha de apertura de ofertas para el 29 de junio del año en curso (En consulta por expediente mediante el número de la contratación, en apartado denominado “[2. Información de Cartel]” 15/06/20). De esta forma, debe traerse a colación el artículo 60 del Reglamento, el cual en lo que interesa dispone: *“(...) Cuando mediante publicación o comunicación posterior se introduzca una alteración importante en la concepción original del objeto, los plazos para recibir ofertas serán ampliados, como máximo, en el cincuenta por ciento del plazo mínimos que correspondan de acuerdo con la ley para este tipo de contratación.”* De conformidad con lo anterior, tal y como ha sido analizado en la resolución, ha mediado una modificación en la cláusula cartelaria respecto a los requisitos de admisibilidad, concretamente en el requisito de experiencia, por lo que dicha modificación se constituye como un cambio sustancial en el objeto, en el entendido que la delimitación de la cantidad de toneladas que se requieren contratar en esta oportunidad (7000), impacta en las posibilidades de los oferentes de participar en el concurso. En temas similares al caso que nos ocupa, esta Contraloría General ha señalado: *“De esa forma, la referencia al objeto contractual es un aspecto que la Administración debe examinar en cada caso en una forma integral en el clausulado del cartel, por lo que los factores de evaluación también podrían encontrarse dentro de esa lectura del objeto contractual. En el caso concreto, la citada modificación relacionada con la experiencia, implica que los potenciales oferentes*

podiesen tener que hacer un giro o cambio radical en cuanto a su estrategia para concursar ya que según la disposición cartelaria original los oferentes verían recompensada su experiencia en el servicio de laboratorio obtenida tanto en el sector público como en el privado, no obstante, la modificación planteada requiere que la experiencia de los concursantes básicamente devenga del contratos con el sector público. Ante ese ajuste los potenciales oferentes que cuenten con una experiencia mayoritariamente del sector privado se verían obligados a replantear su estrategia de participación o impugnando este aspecto desde la óptica de la trascendencia, proporcionalidad y aplicabilidad; que es justamente lo que ocurre cuando se cuestiona la fundamentación (sic) de la exclusión que originalmente no tenía el cartel, por lo que este órgano contralor la valora como modificación sustancial. Esta modificación es de tal relevancia, que requiere de un plazo razonable para que los oferentes pueda reconstruir sus ofertas y poder participar; con lo cual el plazo otorgado resulta fundamental para garantizar los principios constitucionales de libre competencia y eficiencia. En consecuencia debió la Administración al publicar la modificación cartelaria No. 2 realizar una prórroga de la apertura de las ofertas en al menos quince días hábiles conforme se expuso a lo largo de este punto de la resolución.” (R-DCA-0991-2017 de las doce horas veintinueve minutos del veinte de noviembre del dos mil diecisiete). Conforme lo expuesto, debe considerarse que la modificación No. 1 debió generar la prórroga del plazo de apertura de las ofertas en al menos quince días hábiles en los términos del artículo 60 del Reglamento, por lo que siendo que la publicación de la misma se dio el 15 de junio del 2020, la apertura se debió prorrogar en esa ocasión al menos al 06 de julio del 2020. Por todo lo anterior, se le instruye a la Administración sobre la necesidad de ajustarse a los plazos previstos en la normativa vigente.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en los artículos 81 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa, 178, 179 y 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se resuelve: **1) RECHAZAR DE PLANO** el recurso interpuesto por la empresa **QUEBRADORES PEDREGAL SOCIEDAD ANÓNIMA**, en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 2020LN-000001-0006600001**, promovida por el **CONSEJO TECNICO DE AVIACION CIVIL** para la contratación del

“Proyecto de Mejoramiento del Aeródromo de Quepos.” 2) Se da por agotada la vía administrativa.-----

NOTIFIQUESE.-----

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Diego Arias Zeledón
Fiscalizador Asociado

DAZ/chc
NI: 17522,18169,
NN: 10029 (DCA-2399)
G: 2020002491-1
Expediente: CGR-ROC-2020004334

