

R-DCA-0196-2020

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa. San José, a las nueve horas treinta minutos del veintiséis de febrero del dos mil veinte. -----

RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la empresa **CONSTRUCTORA PRESBERE SOCIEDAD ANONIMA**, en contra del acto de adjudicación de la **LICITACIÓN ABREVIADA No. 2019LA-000011-0019500001** promovida por la **MUNICIPALIDAD DE ASERRÍ** para el *“Suministro, acarreo, colocación y compactación en 35.755 m2 de mezcla asfáltica en caliente para colocación de carpetas asfálticas en caminos de Aserrí”*, acto recaído a favor de la empresa **ASFALTOS CBZ SOCIEDAD ANÓNIMA**, por un monto total de doscientos trece millones veinte mil ciento veintinueve colones con diez céntimos (¢213.020.129,10).-----

RESULTANDO

I. Que el diecinueve de diciembre del dos mil diecinueve, la empresa Constructora Presbere Sociedad Anónima, presentó ante esta Contraloría General recurso de apelación en contra del acto de adjudicación de la Licitación Abreviada No. 2019LA-000011-0019500001, promovida por la Municipalidad de Aserrí. -----

II. Que mediante auto de las ocho horas nueve minutos del seis de enero de dos mil veinte, esta División solicitó a la Administración el expediente administrativo del concurso impugnado, la cual mediante oficio que consta agregado al expediente de apelación remitió para su consulta al Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP). -----

III. Que mediante auto de las doce horas cuarenta minutos del quince de enero de dos mil veinte, el recurso de apelación interpuesto por Constructora Presbere Sociedad Anónima, fue admitido para su trámite, otorgándose audiencia inicial y de nulidad absoluta a la Administración y a la empresa adjudicataria para que procedieran a referirse a los alegatos expuestos por la parte apelante en el caso de la primera y a todas las partes sobre la segunda, diligencias que fueron atendidas por todas las partes, mediante oficios agregados al expediente de apelación. -----

IV. Que mediante auto de las diez horas veinte minutos del cinco de febrero de dos mil veinte, a la empresa apelante le fue otorgada audiencia especial para que procediera a referirse a incumplimientos en su oferta alegados por la Municipalidad de Aserrí y la empresa adjudicataria; diligencia atendida mediante escrito agregado al expediente de apelación. -----

V. Que mediante el auto anterior, igualmente se le otorga audiencia especial a la

Municipalidad de Aserrí a efecto que se pronunciará sobre los argumentos expuestos por la empresa adjudicataria en cuanto a las consideraciones realizadas en la etapa de evaluación de ofertas con respecto a la empresa apelante, sobre la falta de cotización del rubro del perfilado y la situación financiera y de morosidad de la empresa propuesta como planta de producción de la mezcla asfáltica de éste; manifestaciones emitidas al contestar la audiencia inicial por parte de ésta; audiencia que fue atendida mediante oficio agregado al expediente de apelación. -----

VI. Que mediante resolución R-DCA-0130-2020 de las diez horas cincuenta y dos minutos del doce de febrero de dos mil veinte, se rechaza la excepción de extemporaneidad interpuesta por la Municipalidad de Aserrí en contra del plazo de presentación del recurso de apelación interpuesto por la empresa Constructora Presbere Sociedad Anónima, continuándose con el conocimiento de dicho recurso. -----

VII. Que mediante auto de las siete horas treinta y cinco minutos del diecisiete de febrero del dos mil veinte, fue otorgada audiencia especial a las empresas apelante y adjudicataria sobre la respuesta de la Administración a la audiencia especial conferida en el punto V. anterior; diligencia que fue atendida en tiempo y forma por la empresa adjudicataria Asfaltos CBZ Sociedad Anónima, en oficio agregado al expediente de apelación y extemporáneamente por la empresa Constructora Presbere Sociedad Anónima, en oficio igualmente incorporado al expediente de apelación. -----

VIII. Que de conformidad con lo establecido en el artículo 190 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, el órgano contralor consideró innecesario otorgar audiencia final a las partes, en vista de que durante el trámite del recurso se han incorporado todos los elementos necesarios para su resolución. -----

IX. Que la presente resolución se emite dentro del término de ley, y en su trámite se han observado las prescripciones legales y reglamentarias correspondientes. -----

CONSIDERANDO

I. Hechos probados: Con vista en el expediente electrónico tramitado en el Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP), y la documentación agregada al expediente del recurso, para efectos del dictado del presente fallo se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** Que la Municipalidad de Aserrí promovió la Licitación Abreviada No.

2019LA-000011-0019500001 para el “Suministro, acarreo, colocación y compactación en 35755 m2 de mezcla asfáltica en caliente para colocación de carpetas asfálticas en caminos de Aserrí”, publicando concurso e invitaciones mediante SICOP el día catorce de octubre de dos mil diecinueve. (En consulta por expediente mediante el número de procedimiento 2019LA-000011-0019500001, en página inicial, título "2. Información de Cartel", ingresar por el número de contratación identificado como "Versión Actual", de fecha catorce de octubre del dos mil diecinueve; en la nueva ventana "Detalles del concurso", título "1. Información general", ver campo "Fecha/hora de publicación"; del expediente digital de la licitación SICOP; las invitaciones mediante correo electrónico, en la misma ventana final, parte superior, campo "Consulta de notificaciones", ingresar por "consultar"; en la nueva ventana "Listado de envíos del correo electrónico", modificar el rango de fechas para visualizar las invitaciones en la fecha indicada). **2) Que de conformidad con el acto de apertura de ofertas de las ocho horas del veintinueve de octubre de dos mil diecinueve, fueron presentadas tres ofertas de conformidad con el siguiente detalle: la No. 1 de Constructora Presbere S.A., la No. 2 de Asfaltos CBZ S.A. y la No. 3 Concreto Asfáltico Nacional S.A.** (En consulta del expediente por número de procedimiento, página inicial, en título "2. Información de Cartel", ingresar por el número de contratación identificado como "Versión Actual", de fecha catorce de octubre del dos mil diecinueve; en la nueva ventana "Detalles del concurso", título "1. Información general", ver campo "Fecha/hora de apertura de ofertas", del expediente digital; respecto del listado de ofertas presentadas, en la página principal, título "3. Apertura de ofertas", en "Partida 1" ingresar por "consultar"; en la nueva ventana "Resultado de la apertura", ver el listado por "Posición de ofertas", del expediente digital). **3) Que de conformidad con el resultado de la apertura de ofertas para la partida única, los precios cotizados por la empresa Constructora Presbere S.A. son los siguientes:**

Ítem	Precio ¢
Mejoramiento de la superficie de ruedo, según requerimientos de CR-2010	180.900.948,00
AC-30	59.284.327,00
Emulsión	5.362.412,00

(En consulta del expediente por número de procedimiento, página inicial, en título "2. Información de Cartel", ingresar por el número de contratación identificado como "Versión Actual", de fecha catorce de octubre del dos mil diecinueve; en la nueva ventana "Detalles del concurso", título "1. Información general", ver campo "Fecha/hora de apertura de ofertas", del expediente digital; respecto del listado de ofertas presentadas, en la página principal, título "3. Apertura de ofertas", en "Partida 1" ingresar por "consultar"; en la nueva ventana "Resultado de la apertura", ver el listado por "Posición de ofertas", del expediente digital), para la oferta de posición No. 1, ingresar por símbolo de archivos para su descarga; en la nueva ventana "Detalle documentos adjuntos a la oferta", en documento 1 Oferta, descargar "Oferta.pdf", página 3). **4) Que la Municipalidad de Aserrí**

mediante solicitud de subsanación No. 218277 del día treinta y uno de octubre del dos mil diecinueve de las ocho horas seis minutos, solicita a la empresa Constructora Presbere S.A., aclarar con respecto a su propuesta económica su monto de oferta final y si debe ser sumado o restado lo correspondiente al AC-30 y la emulsión donados por RECOPE, la cual contesta el día primero de noviembre del dos mil diecinueve de las once horas treinta y un minutos, mediante oficio 330-2019 en la cual indica con respecto a su precio ofertado que éste corresponde a:

Ítem	Precio ¢
Mejoramiento de la superficie de ruedo, según requerimientos de CR-2010	180.900.948,00
AC-30	59.284.327,00
Emulsión	5.362.412,00
Total	245.547.687,00

(En consulta del expediente por número de procedimiento, página inicial del concurso, título "4. Información de Adjudicación", en campo "Acto de adjudicación" ingresar por "Consultar"; ver acto de adjudicación en la nueva ventana "Acto de adjudicación"; luego, en título "Acto de adjudicación", ingresar por "Consulta del resultado de la verificación (Fecha de solicitud:31/10/2019 08:06)"; en la nueva ventana Listado de Solicitud de información No. 218277 – Aclaración (0212019001500001) "Consultar" "Encargado relacionado", "consultar" Estado de la verificación, título "Resuelto" "1 Oficio #330-2019" consultar "Oficio #330-2019 Subsane 1.pdf [0.48 MB]. **5)** Que la empresa Constructora Presbere, S.A., en su aclaración sobre el precio final cotizado indica su estructura de precio, según el siguiente detalle: Materiales: 57.50%, mano de obra: 18%, combustibles 8%, Lubricantes 0.50%, llantas: 0.50%, repuestos: 0.50%, Costos fijos: 4%, Administración: 3%, Imprevistos: 1%, utilidad: 7%; total general: 100%. (En consulta del expediente por número de procedimiento, página inicial del concurso, título "4. Información de Adjudicación", en campo "Acto de adjudicación" ingresar por "Consultar"; ver acto de adjudicación en la nueva ventana "Acto de adjudicación"; luego, en título "Acto de adjudicación", ingresar por "Consulta del resultado de la verificación (Fecha de solicitud:31/10/2019 08:06)"; en la nueva ventana Listado de Solicitud de información No. 218277 – Aclaración (0212019001500001) "Consultar" "Encargado relacionado", "consultar" Estado de la verificación, título "Resuelto" "1 Oficio #330-2019" consultar "Oficio #330-2019 Subsane 1.pdf [0.48 MB]. **6)** Que la Municipalidad de Aserrí cursó solicitud de aclaración a la empresa Asfaltos CBZ S.A. en la que le expone que ante solicitud del Ingeniero Municipal Jeffry Masis se ha procedido a rebajar la cantidad de metros del perfilado

a ejecutar de 27.720 m² a 20.514 m², por lo que se requiere que la segunda acepte la adjudicación por una cantidad menor de metraje de perfilado, manteniendo el precio unitario, lo cual responde la empresa adjudicataria mediante oficio sin número del día veintidós de noviembre del dos mil diecinueve, manifestando su anuencia a esa misiva. (En consulta del expediente por número de procedimiento, página inicial del concurso, título "4. Información de Adjudicación", en campo "Acto de adjudicación" ingresar por "Consultar"; ver acto de adjudicación en la nueva ventana "Acto de adjudicación"; luego, en título "Acto de adjudicación", ingresar por "Consulta del resultado de la verificación (Fecha de solicitud:22/11/2019 10:50)"; en la nueva ventana Listado de Solicitud de información No. 224723 – Solicitud de aceptación "Consultar" "Encargado relacionado", "consultar" Estado de la verificación, título "Resuelto" "1 Aceptación - Ajuste" consultar "Accept Ajuste.pdf [0.5 MB]. **7) Que la empresa adjudicataria Asfaltos CBZ S.A. aportó como parte de los requisitos cartelarios la indicación que su planta de producción de mezcla asfáltica se encuentra ubicada en Rincón Grande de Pavas.** (En consulta del expediente por número de procedimiento, página inicial, en título "2. Información de Cartel", ingresar por el número de contratación identificado como "Versión Actual", de fecha catorce de octubre del dos mil diecinueve; en la nueva ventana "Detalles del concurso", título "1. Información general", ver campo "Fecha/hora de apertura de ofertas", del expediente digital; respecto del listado de ofertas presentadas, en la página principal, título "3. Apertura de ofertas", en "Partida 1" ingresar por "consultar"; en la nueva ventana "Resultado de la apertura", ver el listado por "Posición de ofertas", del expediente digital), para la oferta de posición No. 2, ingresar por símbolo de archivos para su descarga; en la nueva ventana "Detalle documentos adjuntos a la oferta", en documento Oferta Económica, descargar el archivo "Oferta 2019LA-000011-0019500001.MUNI DE ASERRI.pdf", página 7). **8) Que de acuerdo con la Comisión de Contratación Administrativa se consigna que la empresa apelante Constructora Presbere S.A. no cumple con los términos cartelarios por cuanto de acuerdo con la verificación de la oferta y su aclaración al precio, ésta presenta un monto mayor al ofertado originalmente, siendo un aspecto no subsanable en el procedimiento de contratación administrativa.** (En consulta del expediente por número de procedimiento, página inicial, en título "2. Información de Cartel", ingresar por el número de contratación identificado como "Versión Actual", de fecha catorce de octubre del dos mil diecinueve; en la nueva ventana "Detalles del concurso", título "1. Información general", ver campo "Fecha/hora de apertura de ofertas", del expediente digital; respecto del listado de ofertas presentadas, en la página principal, título "3. Apertura de ofertas", en "Partida 1" ingresar por "consultar"; en la nueva ventana "Estudios técnicos de las ofertas", ver el listado por Resultado final estudio de las ofertas "Posición de ofertas", del expediente digital), para la oferta de posición No. 1 Constructora Presbere Sociedad Anónima ingresar por símbolo de archivos para su descarga; en la nueva ventana "No cumple", en "Justificación de resultado de verificación". **9) Que con base en la recomendación de la Comisión de Contratación Administrativa, el Concejo Municipal acuerda en el artículo No. 07-187 de la Sesión Ordinaria No. 187 el acto de adjudicación del presente concurso, resolviendo en la parte que nos interesa que: "Se acuerda acoger la recomendación hecha por la Comisión Institucional de Contratación**

Administrativa, y se adjudica a favor de la empresa ASFALTOS CBZ SOCIEDAD ANÓNIMA, la presente Licitación Abreviada para la contratación del servicio de ‘Suministro, Acarreo y Colocación de Mezcla Asfáltica y Perfilado, con acarreo y colocación del mismo en camino Poas La Montaña, Camino Barrio Las Mercedes, Camino Urbanización Asayne, Urbanización La Piedra, Calle El Tigre y Calle La Tiendona, con donación de Recope, por un total de 35.755 m² de carpetas asfálticas; asimismo, de la cantidad original por perfilar de 27.720 m² de vía se realizará un total adjudicado de 20.514 m² (...)”. (En consulta por expediente electrónico mediante el número de procedimiento 2019LN-000007-002000001, en página inicial, “4. Información de Adjudicación” consultar “Acto de adjudicación” [Partida1] consultar “Información de publicación” consultar “Fecha/hora de publicación”). **10)** Que la empresa adjudicataria en la audiencia de nulidad otorgada para referirse al supuesto incumplimiento de oficio decretado por este órgano contralor, en cuanto a acreditar que cuenta con el permiso vigente para el funcionamiento de la planta de producción de mezcla asfáltica para el almacenamiento del autoconsumo de asfalto, emulsión asfáltica y gasóleo, emitido por parte de la Dirección General de Transporte y Comercialización de Combustibles (DGTCC), expone que se encuentra en período de renovación, realizando todas las correcciones solicitadas por la Dirección General precitada, aportando el oficio R-MINAE-DGTCC-2206-2019 de fecha diecisiete de setiembre del dos mil diecinueve, en el cual el Licenciado Alberto Bravo Mora, en su condición de Director General, pone en conocimiento a su representada que debe atender las observaciones emitidas en el informe técnico IF-DGTCC-51-09-19 elaborado por el Departamento de Ingeniería y Fiscalización adscrita a la misma, para lo cual le otorgan un plazo de treinta días hábiles (ver folio 090 del expediente del recurso de apelación. -----

II. Sobre la legitimación de la empresa Constructora Presbere, S.A. Incumplimiento en el precio final firme y definitivo: El artículo 184 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA) señala lo siguiente: *“Podrá interponer el recurso de apelación cualquier persona que ostente un interés legítimo, actual, propio y directo. [...]”*, normativa que impone realizar el análisis referente a la legitimación, como actuación previa para determinar si la impugnación deducida es procedente en el presente caso, o no. Sobre este tema, de previo a entrar a conocer los alegatos expuestos por la empresa apelante en su recurso, se debe analizar este extremo como punto de primer orden, a efecto de establecer

precisamente si es procedente conocerlos o si, por el contrario, resulta innecesario al carecer la apelante de la legitimación necesaria para resultar eventualmente readjudicataria del proceso. Lo anterior, en función de las imputaciones que la Administración y la empresa adjudicataria ha realizado a la oferta de la apelante Constructora Presbere S.A. La empresa apelante manifiesta en su recurso de apelación, que la Administración le plantea la solicitud de aclaración el día treinta y uno de octubre de dos mil diecinueve, referente a su monto ofertado, indicándole que éste incluso se encuentra por debajo de lo calculado por esta Municipalidad, sin que se precise con claridad alguna petición sobre los términos de esta o algún incumplimiento en particular con respecto a su plica. Expone que la Administración le solicita expresar con respecto al monto final ofertado, si se debe sumar o restar el costo del AC-30 y la emulsión donada por RECOPE. Continúa manifestando que su respuesta a la solicitud de aclaración la realizó mediante el oficio No. 330-2019 del primero de noviembre del dos mil diecinueve y que, con base en la misma, la Municipalidad de Aserrí determina que al indicar un monto mayor al ofertado inicialmente y no ser un aspecto subsanable no cumple, lo cual le parece un razonamiento errado por parte de ese municipio, por cuanto su oferta económica nunca fue modificada y declara bajo fe de juramento que su precio ofertado se mantiene invariable, firme y definitivo en ¢180.900.948,00. Sobre la audiencia especial otorgada en cuanto al incumplimiento alegado por la empresa adjudicataria en la audiencia inicial, retomando lo indicado por la Administración en la etapa de revisión de ofertas, con respecto a la falta de cotización del perfilado, la empresa apelante responde que el municipio le plantea en etapa de revisión de ofertas una única aclaración sobre el precio ofertado y es la enviada el día treinta y uno de octubre del año anterior, referente al tema del AC-30 y la emulsión recibida por RECOPE; sin embargo, aclara que su oferta contempla todo lo necesario para la ejecución de los trabajos citando como ejemplo personal, maquinaria, materiales, insumos dados por la Municipalidad, lo cual expresamente estipuló en su carta-oferta en el punto No. 10 y en razón que la Administración no estableció un cuadro para cotizar, implica que su precio ofertado incluye todos los requerimientos del cartel y sus aclaraciones. La Administración manifiesta que la empresa apelante no cumple con lo estipulado en el punto No. 5 del cartel titulado forma de pago, lo cual se desprende que de los tres montos cotizados no se puede determinar en forma clara el monto ofertado, ni tampoco

si ha sido cotizado el costo del perfilado, por lo cual incumple con los artículos 25, 26 y 27 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Sobre la audiencia especial otorgada sobre los supuestos incumplimientos determinados en la etapa de revisión de ofertas y que finalmente no fueron establecidos como causales de exclusión contra la empresa apelante en cuanto a su planta de producción y el costo del perfilado no cotizado, únicamente expone que dicha empresa no cumple con lo solicitado en el cartel, por no indicar con claridad el monto ofertado ni incluir el perfilado. La empresa adjudicataria indica que el punto 4 Cotizaciones, establece la obligatoriedad de detallar por separado el monto de cada ítem de los proyectos, así como el monto por concepto del perfilado; que la oferta de la empresa apelante ante la solicitud de aclaración solicitada por la Administración remite nota en la cual presenta la sumatoria del monto total más lo correspondiente al AC-30 y la emulsión asfáltica, lo que establece un monto de ¢245.547.687,00, sin aclarar lo correspondiente al tema del costo del perfilado. **Criterio de División:** En el caso en estudio, la Municipalidad de Aserrí promovió la Licitación Abreviada No. 2019LA-000011-0019500001 para el *“Suministro, acarreo, colocación y compactación en 35755 m2 de mezcla asfáltica en caliente para colocación de carpetas asfálticas en caminos de Aserrí”*, (hecho probado No. 1), en la cual como parte de las tres empresas participantes que presentaron su oferta se encuentran las empresas apelante y adjudicataria (hecho probado 2), determinándose en el informe de admisibilidad que la empresa apelante no cumplió con lo requerido en el cartel, específicamente por no cotizar un precio firme y definitivo, al modificar mediante la vía de la subsanación, el costo originalmente cotizado, lo cual según criterio de la Administración es un incumplimiento grave que implicaba la inelegibilidad de su oferta (hecho probado No. 8), por lo que se recomendó la adjudicación a favor de la empresa Asfaltos CBZ S.A. (hecho probado 9). Sin embargo, al contestar la audiencia inicial otorgada, tanto la Municipalidad de Aserrí como a la empresa adjudicataria, alegan otro incumplimiento a la empresa apelante, referente a la omisión dentro de su propuesta económica del valor del perfilado, de conformidad con lo indicado en los términos cartelarios. Sobre ese particular, en el cartel en el Capítulo I Condiciones Generales, punto 4. Cotizaciones indica: *“Los precios cotizados serán unitarios, definitivos e invariables y deberán de presentarse en moneda nacional, sin sujeción a condición alguna no autorizada por este cartel. El monto deberá indicarse en número y letras coincidentes (en caso de*

divergencia entre esas dos formas de expresión, prevalecerá la consignada en letras), libre de todo tipo de impuesto, conforme a la Ley #7794 del 30 de abril de 1.998, artículo 8. / Las ofertas deberán detallar por separado, el monto de cada ítem de los proyectos. Así como indicar el costo del monto por perfilar”. (En consulta por expediente electrónico mediante el número de procedimiento, página inicial, título "2. Información de Cartel", ingresar por el número de contratación identificado como "Versión Actual", de fecha catorce de octubre del dos mil diecinueve; en la nueva ventana "Detalles del concurso", título "F. Documento del cartel", en documento No. 1, "Especificaciones técnicas" descargar el archivo "Cartel Solicitud UTGV No. 94.pdf (0.36 MB)", página 2). Es así, como se verifica la oferta económica original de la empresa apelante y se determina que únicamente cotiza las siguientes líneas dentro de la misma: Mejoramiento de la superficie de ruedo, según requerimiento de CR-2010: ₡180.900.948,00; AC-30: ₡59.284.327,00 y Emulsión: ₡5.362.412,00 (hecho probado No. 3), por lo cual en la audiencia especial otorgada para referirse a esa falencia en su propuesta económica expone que sí cumple con el costo del perfilado, dado que se encuentra inmerso en su valor ofertado como *“Mejoramiento de la superficie de ruedo, según requerimiento de CR-2010”*, según referencia incluida en su carta - oferta, página 2, punto 10 que expone: *“El monto de nuestra oferta es de ₡180.900.948,00 (Ciento ochenta millones novecientos mil novecientos cuarenta y ocho colones 00/100. Este precio incluye los costos directos e indirectos, seguros y la utilidad nuestra, todo ello necesario para la debida ejecución de los trabajos. Libre de todo impuesto”*. (En consulta del expediente por número de procedimiento, página inicial, en título "2. Información de Cartel", ingresar por el número de contratación identificado como "Versión Actual", de fecha catorce de octubre del dos mil diecinueve; en la nueva ventana "Detalles del concurso", título "1. Información general", ver campo "Fecha/hora de apertura de ofertas", del expediente digital; respecto del listado de ofertas presentadas, en la página principal, título "3. Apertura de ofertas", en "Partida 1" ingresar por "consultar"; en la nueva ventana "Resultado de la apertura", ver el listado por "Posición de ofertas", del expediente digital), para la oferta de posición No. 1, ingresar por símbolo de archivos para su descarga; en la nueva ventana "Detalle documentos adjuntos a la oferta", en documento No. 1 "Oferta" descargar el archivo "Oferta.pdf", página 2). **No obstante**, este argumento de la empresa apelante no logra demostrar como acredita la cotización del costo del perfilado solicitado, en primer término, por cuanto esa aseveración en su oferta no se considera una prueba idónea y en segundo lugar, dado que no se logra probar la presencia de ese rubro dentro de la propuesta económica, puesto que incluso la estructura de precios de ésta se aportó hasta la solicitud de subsanación realizada por la Administración el día treinta y uno de octubre de dos mil diecinueve (hechos probados No. 4 y 5). Bajo ese orden de ideas, la empresa apelante aporta como prueba para desmeritar el incumplimiento

anterior, simplemente la referencia genérica en cuanto a que la oferta económica contiene todos los rubros solicitados por la Administración en el cartel, principalmente para demostrar que sí cuenta con el costo del perfilado. En todo caso, ese argumento como tal no se considera una prueba idónea, por cuanto debemos recordar que una prueba idónea como tal, es aquella que no sólo debe dirigirse en su contenido a demostrar con cierta proximidad el alegato construido en torno a ella, sino que además debe brindar credibilidad suficiente en cuanto a las características de su emisión, sea que provenga del mismo expediente del concurso o que sea construida por medio de certificaciones, informes de expertos u otro tipo de documentación que pueda ser considerada como válida. Es así, como lo esperado por parte de la empresa apelante para el presente caso, es haber logrado acreditar mediante un estudio técnico o actuarial, cómo dentro de su plica se encuentran cada uno de los rubros que componen la realización del objeto contractual, de forma que incluso se logre la demostración de cómo aún y cuando presenta una considerable diferencia de precios entre su cotización y la reserva presupuestaria realizada por la Municipalidad de Aserrí, incluye en su propuesta el monto del perfilado que se alega como faltante en su oferta económica. De lo anterior, ha sido conteste la Contraloría General al exponer: *“De modo que todo recurso de apelación no sólo debe ser debidamente fundamentado si no que se debe aportar prueba idónea que permita demostrar lo argumentado. Siendo así, en la prueba aportada por la apelante –los estudios técnicos emitidos por Contador Público Autorizado- (hecho probado 4) se indica que no se hace la valoración de la oferta adjudicada en vista que no se suministra el desglose porcentual de la fórmula matemática; sin embargo, con fundamento en lo mencionado la apelante si se encontraba en la posibilidad de aportar prueba respecto a los vicios que le señala a la oferta adjudicataria de la línea. Por esto, al no haber dentro del recurso prueba que permita respaldar lo dicho por el apelante, se tiene que éste no logra acreditar su mejor derecho pues, aunque llevare razón respecto a los aspectos incoados a los otros dos oferentes que sobre él están, no logra desbancar al adjudicatario. Asimismo, resulta necesario resaltar que el ejercicio que intenta realizar la recurrente en su recurso respecto de la empresa adjudicataria, tal como lo advierte la misma apelante, responde a un ejercicio especulativo y no basado en la oferta de la adjudicataria, siendo que el alegato de la recurrente en contra de la empresa Unidad Profesional de Seguridad e Investigación UPSI S.*

A. es de ruinosidad se hace necesario que el mismo se fundamente en la oferta de la adjudicataria y no en las suposiciones que realiza la recurrente” (ver resolución R-DCA-071-2015 del veintiséis de enero del dos mil quince). Ahora bien, en segundo término la manifestación genérica en su carta - oferta sobre la cotización de cada uno de los rubros que componen este objeto contractual no logra desvirtuar que nos encontramos ante un precio firme y definitivo, según lo dispuesto en el artículo 25 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, que en lo que interesa indica: *“El precio deberá ser cierto y definitivo, sujeto a las condiciones establecidas en el cartel o pliego de condiciones (...)”*, por cuanto dentro de los términos de su plica no se encuentran elementos referenciales que puedan permitir mediante la vía de la subsanación dispuesta en el artículo 80 del precitado Reglamento, desprender el detalle de los principales componentes que contempla el precio ofrecido, atendiendo a la naturaleza del objeto contractual (obra, servicio o suministro), siendo los señalados usualmente: costos directos (como por ejemplo mano de obra, insumos, etc.) e indirectos (como gastos administrativos), la utilidad y los imprevistos, según sea el caso, lo cual en este caso fue aportado hasta la atención de la solicitud de subsanación realizada por la Administración, mediante el oficio No. 330-2019 (hecho probado No. 5). Por ende, de haberse contado con la estructura de precios desde la oferta original, resultaría posible, según lo ha dispuesto el órgano contralor, que se realice la solicitud de subsanación para gestionar la presentación del presupuesto detallado del oferente, a efecto de lograr demostrar que todos los componentes del precio se encuentran incluidos, principalmente el valor del perfilado que se alega omitido en el precio originalmente ofertado. Lo anterior, por cuanto es importante resaltar que la estructura del precio guarda relación con el presupuesto detallado que cada oferente elabora para determinar el precio cotizado, mismo en el cual se incorpora cada uno de los diferentes componentes de éste, con el grado de detalle que contienen, por lo que resultan complementarios entre sí, y siendo que con el aporte del primero, solicitar posteriormente el segundo no implica una ventaja indebida, bajo los términos del artículo 83 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, a efecto de demostrar la idoneidad del contratista en cuanto a que efectivamente sí incluyó dentro del precio ofrecido, en el presente caso, del costo del perfilado, siendo esta la única prueba idónea para verificar su elegibilidad en este concurso. Lo indicado supra sigue la línea de

esta División reflejada, entre otras, en la resolución R-DCA-0018-2020 del nueve de enero de dos mil veinte que expone sobre el tema: *“Así, según se indicó, la posición mantenida por este órgano contralor respecto al alcance de las subsanaciones en esta materia, consiste en señalar que el presupuesto detallado podría subsanarse de no haberse presentado junto con la oferta, pero ello en la medida en que desde la oferta haya quedado fijado el marco sobre el cual se fijó el respectivo precio, que es precisamente lo que se obtiene al aportar, desde la oferta, la respectiva estructura de precios. Ahora bien, en la resolución se hace alusión expresamente a las razones en virtud de las cuales se configuraba en ese caso la ventaja indebida que impedía proceder con la respectiva subsanación, señalándose que al no aportarse junto con la oferta ni el presupuesto detallado ni la estructura de precios, no se estaría ante uno de los supuestos en que no se concede una ventaja indebida, por cuanto al no haber quedado delimitado desde la oferta el marco de acción que fija la definición del peso porcentual que representa cada uno de los componentes del precio, ni la forma en que se desagregan cada uno de los rubros que la integran, se estaría otorgando al oferente un margen de acción con base en el cual no podría garantizarse que no se estarían variando los escenarios considerados al momento de fijar el precio. En esa misma línea, se recalcó que el solo hecho de que el precio total no se cambie no significa que no se genere la ventaja indebida, por cuanto no habría forma de fijar un límite de actuación respecto a los componentes que se contemplaron desde la oferta, siendo posible en ese caso agregar o disminuir el peso relativo de los diferentes rubros”*. Así las cosas, estima este órgano contralor que no se ha desvirtuado el incumplimiento de no aportar por parte de la empresa apelante el monto referente al costo del perfilado en su oferta económica, razón por la cual no acredita como en caso de la anulación del acto de adjudicación resultaría ser válidamente beneficiado con el acto de re-adjudicación del concurso, lo cual es una obligación impuesta por el ordenamiento jurídico para que prospere su recurso de apelación, según lo previsto en el artículo No. 188 inciso b) del mencionado Reglamento. Por lo cual, se impone **declarar sin lugar** el recurso de apelación. De conformidad con el artículo 191 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), esta División omite pronunciamiento sobre cualquier otro aspecto alegado, por carecer de efectos prácticos. -----

III. Sobre el análisis de oficio del fondo del recurso interpuesto por la empresa

Constructora Presbere S.A. y sobre la audiencia de nulidad absoluta: a) Sobre el incumplimiento alegado contra la oferta de la empresa adjudicataria en cuanto exceder el contenido presupuestario impuesto por la Administración: Si bien la apelante tal y como se explicó en el apartado anterior, no ostenta la legitimación necesaria para recurrir, lo cierto es que este órgano contralor en virtud de sus facultades y competencias de fiscalización superior de la Hacienda Pública, y con fundamento en el artículo 28 de su Ley Orgánica, considera necesario referirse a continuación respecto a la condición de la oferta de la empresa adjudicataria. Lo anterior, por cuanto se le ha imputado un posible incumplimiento, lo que se estima oportuno conocer de manera oficiosa para efectos de determinar la existencia de algún vicio en su oferta que incida en la validez del acto de adjudicación emitido, que en consecuencia determine su nulidad absoluta. Con fundamento en lo anterior, esta División procederá de manera oficiosa al análisis de lo alegado en contra de la oferta adjudicataria. Manifiesta la empresa apelante que la Municipalidad de Aserrí cuenta con un disponible presupuestario para la ejecución de las obras de ¢213.020.129,10, y que la empresa adjudicataria cotiza un precio total de la oferta por la suma de ¢220.219.286,50, lo que implica que excede en un total de ¢7.199.157,40, siendo que el artículo 30 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa califica a su criterio de inaceptable y motivo de exclusión aquel precio que exceda la disponibilidad presupuestaria. Descalifica el actuar de la Administración de otorgarle la posibilidad de ajustarse al contenido presupuestario a la empresa adjudicataria, la cual acepta sin demostrar que cambios realizaría para efectuar la disminución en el precio ni la garantía que mantendría las condiciones y calidad ofrecidos. Concluye que la oferta de la empresa adjudicataria debe ser excluida del concurso conforme a las reglas de la norma precitada. La Administración manifiesta con respecto a este extremo, que de conformidad con lo previsto en el artículo 208 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, realizó una disminución del objeto contractual, en la cantidad de perfilado de 27.720 metros cuadrados a 20.514 metros cuadrados y con ello solicita a la empresa adjudicataria que realice un ajuste en el precio ofertado, manteniendo su costo unitario, pero con la nueva cantidad de metros cuadrados de perfilado, su propuesta ascienda a ¢213.020.129,10, encontrándose dicho monto dentro de la disponibilidad presupuestaria de la Administración. La empresa adjudicataria manifiesta que

la Administración le solicitó según criterio del Ingeniero Jeffrey Masis que rebaje la cantidad de metros cuadrados de perfilado a ejecutar para que, en lugar de lo establecido en el cartel correspondiente a un total de 27.720 metros cuadrados se ejecuten tan solo 20.514 metros cuadrados, manteniendo el precio unitario ofertado, según aplicación del artículo No. 27 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Expone que, sí justificó la baja de precios solicitada por la Administración sin alterar el precio unitario, únicamente bajando la cantidad de metros de perfilado a ejecutar para la contratación en mención. **Criterio de la División:** Sobre este supuesto se debe analizar que la Administración en acto de adjudicación tomado por el Concejo Municipal determinó adjudicar su plica bajo los siguientes términos expuestos a continuación: *“Se acuerda acoger la recomendación hecha por la Comisión Institucional de Contratación Administrativa, y se adjudica a favor de la empresa ASFALTOS CBZ SOCIEDAD ANONIMA (...); asimismo, de la cantidad original por perfilar de 27.720 m2 de vía se realizará un total adjudicado de 20.514 m2, y según el siguiente detalle de los sitios de ubicación de los trabajos a realizar en carpeta asfáltica: (...). / La anterior adjudicación es por el precio de ¢213.020.129,10 (...)”* (hecho probado No. 9). Ahora bien, esos términos del acto de adjudicación son consistentes con la solicitud de ajuste presupuestario realizada por la Administración (hecho probado No. 6), en donde ésta le requiere a la empresa adjudicataria disminuir el objeto contractual referente al metraje de perfilado para que ésta mantenga su costo unitario originalmente cotizado y se ajuste al contenido presupuestario, bajo el supuesto que dicha actuación se considera como parte de lo establecido en el artículo 30 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. De lo anterior, se puede señalar que la Administración determina como apegado al ordenamiento jurídico, el realizar en la etapa de evaluación de ofertas una disminución del objeto contractual, con el propósito de ajustar la propuesta de la empresa adjudicataria al contenido presupuestario reservado por ese municipio. No obstante, sobre este proceder se debe analizar la verdadera intención del artículo 30, específicamente inciso c) y la figura de la modificación contractual prevista en el artículo 208, ambas de la misma normativa. En ese orden, el artículo 30 inciso c) dispone: *“Precio inaceptable. Se estimarán inaceptables y en consecuencia motivo de exclusión de la oferta que los contenga, los siguientes precios: / c) Precio que excede la disponibilidad presupuestaria, en los casos en que la Administración no*

tenga medios para el financiamiento oportuno; o el oferente no acepte ajustar su precio al límite presupuestario, manteniendo las condiciones y calidad de lo ofrecido. En este último caso, la oferta se comparará con el precio original". Como puede determinarse, el ánimo de esa norma implica la necesaria manifestación de voluntad del oferente de *"mantener las condiciones y calidad ofrecido"*, es decir, dicha norma no justifica que se rebaje la cantidad de metros cuadrados de perfilado, a efecto que el precio originalmente ofertado sea disminuido hasta alcanzar el contenido presupuestario, puesto que ese proceder lesiona los principios que rigen los procedimientos de contratación administrativa, al representar una trasgresión al principio de igualdad, en el tanto se estaría generando una ventaja en favor del oferente al que se le adjudica luego de la disminución del objeto contractual inicialmente licitado. Por el contrario, el espíritu del artículo 30 en mención, radica en que el oferente mediante la revisión del precio ofrecido analice si es posible rebajar su propuesta económica original al monto reservado por la Administración con un precio remunerativo. Es decir, aquel que cubra todos los costos inherentes al proyecto y además genere una utilidad para el futuro contratista. Así las cosas, no es procedente la solicitud de ajuste al contenido presupuestario cursada por la Municipalidad de Aserrí a la empresa Asfaltos CBZ S.A. (hecho probado No. 6), por cuanto, tal práctica no solo es contraria a lo previsto en el artículo 30 antes mencionado y a los principios que rigen la materia, sino porque la modificación contractual prevista en el artículo 208 del reglamento citado supra, alegado por este municipio como la motivación para la realización de la disminución de ese metraje originalmente requerido, procede cuando los contratos sean perfeccionados, antes del inicio o durante la ejecución de estos. Es por lo que, resulta importante hacer la observación a la Municipalidad de Aserrí que el perfeccionamiento del contrato del que habla la norma 208 precitada, corresponde al momento en que el mismo comienza a producir efectos jurídicos y esto hace exigibles para las partes contratantes el cumplimiento de las obligaciones pactadas para cada una de ellas, según se desprende del artículo 198 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Esto lo ha indicado esta División al señalar que la verdadera aplicación del artículo 30 inciso c) en cuanto a: *"Al respecto, considera esta Contraloría General que como bien indica la empresa adjudicataria, no consta en el expediente que la Municipalidad le solicitara que ajustara su oferta al contenido presupuestario como prevé el artículo 30 inciso c) del Reglamento a la Ley de*

Contratación Administrativa al señalar: "...o el oferente no acepte ajustar su precio al límite presupuestario manteniendo las condiciones y calidad de lo ofrecido. En este último caso, la oferta se comparará con el precio original." Es por ello que, no se aprecia opuesto a la normativa que la empresa adjudicada realice su manifestación de ajustarse al contenido presupuestario al atender su audiencia inicial, para lo cual indicó: "(...) mi representada de manera diligente y de oficio, en aplicación al principio de eficiencia y antecedentes de la Contraloría General de la República (...) acepta ajustar su precio al límite presupuestario con el que cuenta la Municipalidad de Desamparados, es decir ¢305.000.000,00 (...) que mantenemos invariables las condiciones y calidad de lo ofrecido en nuestra plica. / (...) A manera de anexo aportaremos la estructura del precio ajustado y las respectivas justificaciones con la carta de parte de nuestro suplidor de materiales quien acepta aplicarnos un descuento de 13.200.000,00 (...). Suma con la cual mi representada logra ajustarse al contenido presupuestario disponible de 305 millones de colones. / Ante tal panorama, permitido por el artículo 30 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, no se están violentando ninguno de los principios rectores de la contratación administrativa, ni se están causando ventajas indebidas a ninguno de los oferentes y mi representada ejecutará la totalidad de las obras ofrecidas en nuestra oferta. (...) (lo subrayado no es del original, folios 042, 043, 045 del expediente del recurso de apelación, páginas 5, 6 y 8 de la respuesta a la audiencia inicial). Sobre lo expuesto, considera esta Contraloría General viable que, durante la tramitación del presente recurso de apelación, la empresa adjudicataria expresó su voluntad de ajustar los términos de la oferta económica presentada al contenido presupuestario con el que cuenta la Municipalidad de Desamparados. Al respecto, no se considera como una ventaja indebida que haga tal manifestación en este momento, en la medida que la Administración no realizó ninguna prevención, ni tampoco fue la empresa adjudicataria la que dispuso la adjudicación parcial del objeto contractual. De esa forma, si en esta Sede manifiesta su interés de ajustar el precio, bien puede hacerlo y por ello se le cursó audiencia a la empresa recurrente, quién únicamente cuestionó la improcedencia de hacerlo en esta etapa, lo cual no comparte este órgano contralor por la provisión normativa y el hecho de que no se hizo ninguna prevención; lo cual sí resultaba procedente conforme el principio de eficiencia y conservación de las ofertas." (ver resolución R-DCA-235-2016 del quince de

marzo del dos mil dieciséis). Por lo tanto, no solo ha existido una interpretación errada de la normativa aplicable en este caso, lo cual debe corregir la Administración para futuros procedimientos de contratación, sino que efectivamente considera esta Contraloría General de la República que esto implica la existencia confirmada de un vicio en el acto de adjudicación que favoreció a la empresa adjudicataria, debiendo por lo tanto anular de oficio el acto de adjudicación a su favor. **b) 1) Sobre la audiencia de nulidad absoluta en cuanto a la supuesta inexistencia del permiso para el almacenamiento de combustible para autoconsumo:** En el caso bajo análisis, es menester señalar que el artículo 176 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa dispone: *“Cuando en el conocimiento de un recurso la Administración o la Contraloría General de la República consideren que se encuentran en presencia de un vicio causante de nulidad absoluta no alegado en el expediente lo pondrá en conocimiento de las partes por un plazo de entre tres a cinco días hábiles para que manifiesten su posición al respecto.”* Con fundamento en lo anterior, este órgano contralor, mediante auto de las doce horas cuarenta minutos del quince de enero del dos mil veinte, otorgó audiencia de nulidad a todas las partes, para que se refieran a una eventual nulidad absoluta del procedimiento de contratación promovido por la Municipalidad de Aserri, siendo que en ese momento parece que la contratación impugnada podría presentar problemas en la verificación por parte de la Administración del cumplimiento de las empresas participantes, especialmente la empresa adjudicataria, en cuanto a mantener entre las condiciones mínimas de funcionamiento de la planta de producción de mezcla asfáltica, la acreditación de contar con el permiso vigente para el almacenamiento del autoconsumo de asfalto, emulsión asfáltica y gasóleo emitido por parte de la Dirección General de Transporte y Comercialización de Combustibles (DGTCC). La empresa apelante manifiesta sobre la audiencia de nulidad otorgada en forma oficiosa por parte de esta División que a la fecha de la apertura de ofertas, a saber veintinueve de octubre de dos mil diecinueve, la oferta de la empresa adjudicataria expone que su planta de producción de mezcla asfáltica se encuentra en Rincón Grande de Pavas, por lo cual, aún y cuando el material sea donado, será trasladado a esa planta de producción, la cual no se encuentra al cien por ciento habilitada para su funcionamiento. Cita que mediante las resoluciones R-DCA-0937-2019 y R-DCA-1240-2019 del veinte de setiembre y veintinueve de noviembre de dos mil diecinueve

respectivamente, se determinó ese incumplimiento con respecto a la empresa adjudicataria Asfaltos CBZ S. A. Por su parte, la empresa adjudicataria señala que el permiso se encuentra en período de renovación en la Dirección General de Transporte y Comercialización; alega que todas las correcciones solicitadas han sido realizadas en tiempo pero que el trámite de renovación se encuentra atrasado por esa Dirección y las correcciones con altos costos igualmente han influido en la dilatación de la obtención de este. Continúa manifestando que según el oficio R-MINAE-DGTCC-2206-2019 del diecisiete de setiembre de dos mil diecinueve, esa Dirección le otorga treinta días hábiles para continuar con el proceso de correcciones, indicando que eso prueba que su permiso se encuentra vigente, según el Transitorio III del Reglamento para la Regulación del Sistema de Almacenamiento y Comercialización de Hidrocarburos, dado que su planta ha sido objeto de pruebas de hermeticidad, alegando que sus tanques cumplen a cabalidad y que por ende su planta puede operar sin ningún problema. La Administración manifiesta que se limitará con respecto a dicha audiencia de nulidad a indicar que dentro del pliego de condiciones del cartel se estable que las empresas deben cumplir no solo con las especificaciones del cartel sino además con los requisitos y disposiciones legales que se desprenden del objeto del contrato, por ende, al indicar los oferentes mediante declaración jurada que cumplen con las especificaciones del cartel, estos asumen la responsabilidad de contar con todos los requisitos necesarios para la correcta ejecución del contrato. Asimismo, expresa que nadie puede alegar ignorancia de la Ley, según lo dispuesto en el artículo 129 de la Constitución Política y que por tal razón está Administración asume que las empresas licitantes cumplen con los requisitos legalmente establecidos. Criterio de División: En el presente caso, la empresa adjudicataria propuso en su oferta técnica que el proceso de producción se realizará en su propia planta situada en Rincón Grande de Pavas (ver hecho probado No. 7), la cual para el momento de la apertura de ofertas el veintinueve de octubre de dos mil diecinueve (ver hecho probado No. 2), debe contar con el permiso de almacenamiento de combustibles para autoconsumo, como parte de la normativa prevista en el "*Reglamento para la Regulación del Sistema de Almacenamiento y Comercialización de Hidrocarburos*", Decreto No. 30131-MINAE-S de 20 de diciembre de 2001, en su Transitorio II, que dispone lo siguiente: "*Las autorizaciones se mantendrán vigentes, siempre y cuando se satisfagan las*

condiciones para proteger la salud humana, animal o vegetal, la seguridad, el ambiente y el cumplimiento de los requisitos de seguridad contenidos en el presente reglamento, lo que se confirmará mediante las pruebas de hermeticidad e inspecciones respectivas. En caso de no satisfacerse los requisitos, y habiéndose notificado mediante resolución razonada, se deberá presentar un proyecto de remodelación del establecimiento, a efecto de que se modernicen las instalaciones con todos aquellos avances que la ciencia y la técnica requiera a los establecimientos que se dedican a la actividad de almacenamiento y venta de combustibles derivados de hidrocarburos.” Ahora bien, con la audiencia inicial que se tramita por parte de este órgano contralor, de forma oficiosa se promueve una audiencia de nulidad absoluta a todas las partes para conocer con respecto a la planta de producción de la empresa adjudicataria, el cumplimiento o no del respectivo permiso, por cuanto la Administración omite dentro de las previsiones cartelarias este requisito, que no solo es obligatorio por así disponerlo el ordenamiento jurídico aplicable, sino porque adicionalmente es requerida su comprobación para verificar la idoneidad de la empresa seleccionada como adjudicataria, al evitar cualquier cierre de la planta de producción ante cualquier inspección por parte de la autoridad competente. Es así como, aún y cuando la Municipalidad impone la obligación de las empresas participantes de cumplir con el ordenamiento jurídico, según lo previsto en el artículo 129 de la Constitución Política, olvida que es su deber disponer vía cartelaria de las reglas específicas de la contratación, las cuales deben ajustarse a todas las normas jurídicas y los principios constitucionales del procedimiento, según lo previsto en el artículo 51 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. De lo anterior, con el conocimiento de todas las partes sobre la obligada acreditación del permiso de la Dirección General de Transporte y Comercialización de Combustible en cuanto a que los tanques de gasóleo, asfalto y emulsión asfáltica de la referida planta de producción de mezcla asfáltica puedan funcionar para el almacenamiento de combustibles para autoconsumo, tenemos que la empresa adjudicataria ha indicado sobre la audiencia respectiva que se encuentra en período de renovación, realizando todas las correcciones solicitadas por la Dirección General de Transporte y Comercialización. Asimismo, adjunta el oficio R-MINAE-DGTCC-2206-2019 de fecha diecisiete de setiembre del dos mil diecinueve, en el cual el Licenciado Alberto Bravo Mora, en su condición de Director General de la precitada Dirección, en el cual se le pone en

conocimiento a su representada para que atienda el cumplimiento del informe técnico IF-DGTCC-51-09-19 elaborado por el Departamento de Ingeniería y Fiscalización, para lo cual le otorgan un plazo (ver folio 090 del expediente del recurso de apelación (hecho probado No. 10). Bajo ese escenario, en primera instancia el *"Reglamento para la Regulación del Sistema de Almacenamiento y Comercialización de Hidrocarburos"*, Decreto Ejecutivo No. 30131-MINAE-S de 20 de diciembre de 2001, en su artículo 66 establece lo siguiente: *"Las personas físicas o jurídicas que deseen instalar un tanque de autoconsumo deben cumplir con la presentación de la solicitud dispuesta en el presente reglamento. [...] Si la solicitud reúne los requisitos la DGTCC realizará una inspección al terreno para determinar si el mismo cumple con la normativa vigente, comunicando al interesado lo pertinente en un plazo que no puede exceder los treinta días"*. Es así, como con la prueba aportada por la empresa adjudicataria sobre el cumplimiento de este requisito se tiene por acreditado que la misma se encuentra en etapa de cumplimiento del informe técnico IF-DGTCC-51-09-19 elaborado por el Departamento de Ingeniería y Fiscalización adscrita a la Dirección precitada, la cual le previno una serie de ajustes otorgándole un plazo de treinta días hábiles para su cumplimiento, plazo que precisamente coincide con la fecha de apertura de ofertas, por lo cual no contaba a esa fecha con la renovación del permiso respectivo (hecho probado No. 10). Más aún, a la fecha de la audiencia de nulidad absoluta no se aporta igualmente el permiso correspondiente, lo cual impide determinar que dicha planta de producción reúne los requerimientos contenidos en el ordenamiento jurídico para su funcionamiento, en aplicación de lo dispuesto en los artículos No. 10, 32, y 42, inciso h, de la Ley de Contratación Administrativa. Todo lo expuesto ha sido resuelto en anteriores ocasiones por esta División que en lo que interesa ha dicho: *"En todo caso, la adquisición de combustibles es enteramente secundaria al funcionamiento de la planta de asfalto, donde la adjudicataria parece haber limitado la intervención de la citada tercer empresa a facilitarle la licencia de compra de combustibles ante RECOPE; ante lo cual el "Reglamento para la Regulación del Transporte de Combustible" en su art. 35 dispone lo siguiente: "No podrá suministrar, descargar, trasegar, depositar, abastecer combustible en tanques de almacenamiento no autorizados por el MINAET."*, lo cual imposibilita la obtención de los combustibles necesarios para el funcionamiento de la planta. Por su parte, el *"Reglamento para la distribución de*

combustibles derivados de hidrocarburos sin punto fijo de venta (Pedidles)", decreto ejecutivo 31502 de 29 de setiembre de 2003, en su artículo 2 establece lo siguiente: "Una vez autorizada la prestación del servicio público de distribución de combustibles los Peddlers deberán cumplir con las siguientes obligaciones: / [...] / j) No podrá suministrar derivados de hidrocarburos a persona física o jurídica no autorizada para el almacenamiento en autoconsumo. / [...] / o) No podrá desarrollar o instalar infraestructura de almacenamiento para el autoconsumo de sus clientes y solamente podrá venderle a clientes que cuenten con tanques de autoconsumo debidamente autorizados por el MINAE. / [...]". Las anteriores disposiciones normativas no pueden solventarse mediante la propuesta de la empresa adjudicataria, pues existen prohibiciones claras que impedirían que la planta de producción perteneciente a la empresa adjudicataria obtenga asfalto, emulsión asfáltica y gasóleo hasta tanto no cuente con el permiso de almacenamiento de combustibles para autoconsumo" (ver resolución R-DCA-1240-2019 del veintinueve de noviembre de dos mil diecinueve). Así las cosas, como se ha indicado por este órgano contralor, no basta con la mera argumentación o interpretación de las normas por parte de la empresa adjudicataria para tratar de demostrar que cuenta con el permiso para el almacenamiento para el autoconsumo de asfalto, emulsión asfáltica y gasóleo emitido por parte de la Dirección General de Transporte y Comercialización de Combustibles (DGTCC), siendo que simplemente se encuentra en etapa de renovación del mismo, realizando los ajustes solicitados por la autoridad competente (hecho probado No. 10). Lo anterior, considerando que la única prueba idónea sobre este supuesto incumplimiento es el aporte del permiso respectivo para su planta de producción. Por lo tanto, es deber de la Administración considerar el cumplimiento de esas disposiciones normativas, tanto para este proceso como a futuros que tengan relación con el mismo objeto contractual. De conformidad con lo antes expuesto, el incumplimiento antes visto impediría la ejecución contractual por parte de la empresa adjudicataria, al ser inelegible para este concurso y con ello el acto final dictado por la Administración se ve afectado con nulidad absoluta al no ser acorde la plica elegida, según ha quedado verificado en el expediente del recurso de apelación. De tal forma que en resguardo de la hacienda pública, y en apego al ordenamiento jurídico que rige la contratación administrativa, se impone anular de oficio el acto de adjudicación. -----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 121 inciso 13), 124, 182, 183 y 184 de la Constitución Política; 28 y 37 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, 10, 32, 42, 85 y 89 de la Ley de Contratación Administrativa; 25, 30, 51, 80, 83, 182, 186, 188, 190, 198 y 208 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se resuelve: **1) DECLARAR SIN LUGAR** el recurso de apelación interpuesto por la empresa **CONSTRUCTORA PRESBERE S.A.**, en contra del acto final respecto de la partida única dictado dentro de la **LICITACIÓN ABREVIADA No. 2019LA-000011-0019500001** promovida por la **MUNICIPALIDAD DE ASERRÍ**, para el *“Suministro, acarreo, colocación y compactación en 35.755 m2 de mezcla asfáltica en caliente para colocación de carpetas asfálticas en caminos de Aserrí”*; acto recaído a favor de la **ASFALTOS CBZ SOCIEDAD ANONIMA**, por un monto total de doscientos trece millones veinte mil ciento veintinueve colones con diez céntimos (¢213.020.129,10). por un monto total de doscientos trece millones veinte mil ciento veintinueve colones con diez céntimos (¢213.020.129,10). **2) ANULAR DE OFICIO** el acto de adjudicación de la referida licitación. **3)** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa, se da por agotada la vía administrativa. -----
NOTIFÍQUESE. -----

ORIGINAL FIRMADO

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

ORIGINAL FIRMADO

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

ORIGINAL FIRMADO

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Estudio y redacción: Andrea Muñoz Cerdas
 amc/chc
 NI: 36300-331-334-354-466-1289-1474-1549, 3427, 3600, 3602, 5001, 5006, 5448
 NN: 02823 (DCA-0669)
 G: 2019004815-3

