

R-DCA-00313-2020

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las doce horas ocho minutos del treinta de marzo del dos mil veinte.-----

DILIGENCIAS DE ADICIÓN Y ACLARACIÓN interpuestas por la empresa **LOTO INGENIEROS CONSTRUCTORES SOCIEDAD ANÓNIMA**, en relación con lo resuelto por la División de Contratación Administrativa en la resolución **R-DCA-00265-2020** de las trece horas cinco minutos del diecisiete de marzo de dos mil veinte. -----

RESULTANDO

I. Que mediante la resolución R-DCA-00265-2020 de las trece horas cinco minutos del diecisiete de marzo de dos mil veinte, esta División de Contratación Administrativa declaró con lugar el recurso de apelación interpuesto por la empresa Constructora Navarro y Avilés S. A., en contra del acto final de la Licitación Pública No. 2019LN-000006-SCA promovida por la Universidad Nacional para la *“Construcción de Casa Estudiantil”*; acto recaído a favor de la empresa Loto Ingenieros Constructores S.A., por un monto total de tres mil noventa y seis millones ochocientos cincuenta y un mil ochocientos cuarenta y dos colones con treinta y dos céntimos (¢3.096.851.842,32) más un millón doscientos cincuenta y cinco mil novecientos nueve dólares americanos con ochenta y cuatro centavos (US\$1.255.909,84).-----

II. Que dicha resolución fue notificada a la empresa Loto Ingenieros Constructores S.A., vía correo electrónico el dieciocho de marzo de dos mil veinte.-----

III. Que el veintitrés de marzo de dos mil veinte, la empresa Loto Ingenieros Constructores S.A., interpuso diligencias de adición y aclaración a lo resuelto por esta División de Contratación Administrativa en la citada resolución R-DCA-00265-2020.-----

IV. Que la presente resolución se emite dentro del plazo establecido en el ordenamiento jurídico.-----

CONSIDERANDO

I. Sobre la normativa aplicable: El artículo 177 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa permite a las partes solicitar aclaraciones o adiciones a las resoluciones que emita la Contraloría General de la República, en los siguientes términos: *“Dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación de la resolución que resuelva un recurso de objeción, apelación o revocatoria, las partes podrán solicitar las aclaraciones o adiciones que consideren pertinentes para la correcta comprensión de lo dispuesto por la Contraloría General de la*

República o la Administración, según sea el caso. Por medio de estas diligencias sólo se podrán corregir errores materiales, precisar términos del pronunciamiento, subsanar omisiones o correcciones que presente la resolución, sin que sea posible variar lo resuelto.” Al respecto, en la resolución R-DCA-497-2014 de las diez horas del veinticuatro de julio del dos mil catorce, se indicó lo siguiente: “Según ha expuesto este Despacho en anteriores oportunidades, las diligencias de adición y aclaración (...), están referidas a aclarar o adicionar aspectos ambiguos u omisos de una resolución, sea en la parte resolutive o aquellas considerativas que apoyen o den fundamento a esa parte resolutive, las cuales deben ser presentadas dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación de la resolución. Esta conceptualización se enmarca dentro de lo dispuesto por nuestra Sala Constitucional, en su Voto No. 485-94 de las dieciséis horas del veinticinco de enero de mil novecientos noventa y cuatro. Por otra parte, cabe señalar que esta División mediante resolución R-DCA-043-2006 de las 9:30 horas del 23 de febrero de 2006, indicó: “Una gestión de adición y aclaración no puede conllevar a que se modifique la parte sustantiva de la resolución dictada a la que haga referencia, de lo contrario se caería en la creación de situaciones de incerteza jurídica en clara violación, del dictado de la justicia pronta y cumplida. Este tipo de recursos se dirige contra una resolución determinada por distintos motivos, siendo uno que alguna de sus líneas sea oscura o ambigua. Así, es posible ampliar o aclarar lo que se hubiese omitido considerar, teniéndose en cuenta que las aclaraciones, ampliaciones o corrección de errores materiales, deben ser de tal naturaleza que no alteren lo sustancial de la decisión, pues lo contrario implicaría admitir que el juez puede variar las conclusiones de litigio sometido a su conocimiento”. Es claro entonces que por la vía de la adición y aclaración no se abordan temas de fondo para su modificación sustantiva, y cualquier solicitud de parte tendiente a ese fin, debe tenerse desde ya por rechazada de plano, incluso si formalmente se pretende hacer ver por parte del interesado como adición y aclaración, cuando un análisis de fondo permite concluir que no lo es. Esta es la filosofía que existe en el artículo 169 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, al expresarse que por medio de estas diligencias sólo es posible corregir errores materiales de la respectiva resolución, precisar términos del pronunciamiento o bien subsanar omisiones de esta, pero no se encuentra dirigida

para obtener la modificación de lo resuelto por el fondo”. De frente a dichas consideraciones, esta División procede a analizar la gestión presentada.-----

II. Sobre el fondo de la diligencia de adición y aclaración de la resolución número R-DCA-00265-2020 de las trece horas cinco minutos del diecisiete de marzo de dos mil veinte:

Manifiesta la gestionante que de la transcripción de lo resuelto por esta división se le generan una serie de dudas que expresa en tres puntos de su diligencia, según el siguiente detalle: **1.**

Sobre la modificación al precio unitario firme y definitivo: cuestiona el hecho que los precios unitarios sean firmes y definitivos, siendo que en el artículo 25 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se establece que el precio total debe ser firme y definitivo, es decir no sujeto a modificaciones, ya que es el artículo 27 del mismo reglamento, el que contempla los precios unitarios, pero claro está cuando estos son solicitados por la propia Administración, que según el propio cartel, el objeto contractual es la construcción de un edificio, lo cual fue ratificado en la respuesta de la Universidad Nacional de fecha 3 de febrero del 2020 dentro de este procedimiento recursivo, en el que manifestó lo siguiente: *“No debe perderse de vista que esta Administración está realizando la contratación de un edificio completo, que incluye una serie de actividades claramente definidas en los diferentes cuadros de cantidades y equipos, así como los planos que componen el pliego de condiciones, es decir no se está contratando movimientos de tierra, levantamiento de paredes, obra gris, estructuras, equipos, etc. Sino que se está contratando la construcción de un edificio completo, y es aquí donde cobra relevancia lo establecido en el artículo 66 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa cuando establece que (...)”*. Entonces, con base en lo anteriormente expuesto, y para mayor entendimiento de lo resuelto, si el artículo 27 RLCA, contempla que los precios unitarios podrían dar un resultado diferente del precio total, en que parte del cartel es que se define que estos precios unitarios no podían ser modificados, o bien que la Administración podía adjudicar parcialmente la obra, para efectos de que los precios unitarios fueran inmodificables. Solicitan que se aclare donde su representada con su oferta y subsanación, contravino el artículo 25 RLCA, toda vez que su precio total final ofertado de la obra (objeto contractual), se mantuvo incólume en la subsanación analizada dentro de la resolución, ya que si se menciona que no debe de haber variación de precios unitarios, estarían ante una eventual

nulidad de lo resuelto por haberse adoptado el criterio de la división con base en una norma jurídica equivocada. **Criterio de la División:** En un primer término, observa este órgano contralor que la empresa gestionante alega que existe una interpretación errónea del artículo 25 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, por cuanto considera que este aplica únicamente en cuanto al precio total y no para los precios unitarios. Basado en lo anterior, es importante mencionarle a la empresa Loto Ingenieros Constructores S.A. que la norma precitada indica que el precio deberá “ser firme y definitivo” sin hacer la distinción a la que se refiere la gestionante, en cuanto a que al no modificar el precio total pero si los rubros que componen este, se debe entender que no se ha violentado dicha regulación, razón por la cual aduce que su oferta no adolece del incumplimiento decretado por este órgano contralor. Es importante reiterar que la posición de este órgano contralor se encuentra contemplada en la resolución que se solicita aclarar y adicionar. Al respecto, se debe considerar que la recurrente no señala que exista algún elemento que resulte poco claro o que amerite una adición, en el tanto lo que expone es una diferencia de criterio con respecto a lo resuelto por parte de este órgano contralor. Dicho criterio ha sido expuesto por parte de este órgano contralor, entre otras, en la resolución R-DCA-0987-2019 del tres de octubre del dos mil diecinueve, al resolver que: *“Sin perjuicio de esto, como ya fue indicado en la presente resolución, era deber del adjudicatario en este caso demostrar, que realmente el componente de pisos efectivamente se encontraba cubierto, y ello se lograba, explicando en detalle el rubro o actividad donde efectivamente se incorporó, descomponiendo los elementos que componen este y con ello demostrando que esa actividad ya estaba prevista en este desde oferta. “Sin embargo (sic) esta explicación no es realizada por Construcciones P y P y más bien, lejos siquiera de intentar una explicación, se mantiene en la idea general que se encuentra cubierto, pero sin explicar cómo”.* Siendo así, se tiene que el gestionante no solo no demostró su cumplimiento en cuanto a que las líneas con las cantidades originales incluyeran las afines, sino que varía el precio unitario, rebalanceando su oferta para pretender demostrar que cumple, tanto en la cantidad de cada actividad propuesta por la Administración en el cartel, como con el precio total del proyecto. Ahora bien, sobre el punto relacionado con que su precio total no ha sido modificado, lo cual no es justificante para pretender acreditar que cumple con el alcance del objeto contractual, se

debe señalar que lo anterior va en detrimento de la variación del precio unitario de cada una de las líneas que argumentó originalmente cotizadas desde su oferta, lo cual a criterio de este se encuentra en contraposición con lo tutelado en el artículo 25 del Reglamento precitado. Es necesario advertir a la empresa gestionante que al alegar que las cantidades originales se mantienen sin variación, las mismas tendrían que haber sido sumadas en su cuadro de cantidades y costos en la línea que las contenía. Por lo que, con el cambio del precio unitario se pretende cumplir con el alcance del objeto de forma irregular, puesto que no se acreditó su inclusión en la cotización original. Como segundo punto, de la expuesto por el gestionante, el artículo 27 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa indica: *“Artículo No. 27: Precios unitarios y totales: La Administración, podrá solicitar en el cartel a los oferentes que coticen precios unitarios y totales. Si la sumatoria de los precios unitarios excede el precio total, la oferta se comparará con el mayor precio. / Cuando se soliciten precios unitarios, la Administración, deberá advertir en el cartel que se reserva la posibilidad de adjudicación parcial de una misma línea. En caso que no hubiere sido advertido la Administración, consultará al oferente si acepta la adjudicación de una menor cantidad manteniendo el precio unitario. Si el oferente se negare no perderá la garantía de participación.”* En cuanto a este aspecto, no observa este órgano contralor en donde se visualiza la aplicación al caso concreto, por cuanto aquí no hay un error en la sumatoria de los precios unitarios en la oferta, sino una omisión del alcance del objeto contractual, al no haber incluido todas las líneas y posteriormente pretender que sean consideradas como cotizadas mediante el rebalanceado de otras líneas, con la respectiva modificación de la cotización unitaria original. Por tanto, este argumento se procede a **declarar sin lugar** por lo que será analizado el punto 2) siguiente. **2) Sobre las cantidades ofertadas que se alegan contienen faltantes:** La empresa gestionante manifiesta que es imposible que los ítems faltantes en la oferta original, se encontraran en otras cantidades originales, nuevamente tomamos como ejemplo el caso de la ítem 3.1 del Cuadro, que establece “Excavación placa aislada”, el cual indicaba nuestra oferta original estaba comprendido en las actividades del ítem 1.2 correspondiente a movimiento de tierras, entonces con base en esta afirmación de la resolución, de qué prueba técnica se basa la división para adoptar el criterio, ya que según los hechos probados enumerados dentro de la resolución,

solamente el hecho probado 12., menciona prueba técnica, la cual fue la aportada por mi representada, es decir esta afirmación de que “materialmente” ítems no podían comprenderse en otras actividades, es una afirmación utilizada por la recurrente Navarro y Avilés, la cual de manera muy extraña, ya que no se presentó prueba técnica dentro del recurso que sustentara tal afirmación, es adoptada por la redactora de la presente resolución, pero claramente sin que se fundamente en ninguna prueba técnica, es decir que si dentro del procedimiento de recurso se manifestó, como en el caso de ejemplo que la excavación de placa aislada, no podía estar comprendida en el movimiento de tierra, sobre esto la recurrente no presentó prueba alguna, sino que solamente fue su dicho, lo cual más bien contravino el artículo 185 RLCA, en cuanto dispone dicha norma que el recurrente debe de aportar la prueba suficiente, la cual no fue así aportada. Ya que técnicamente no podría probarse de manera contraria que, al momento de realizar una actividad de movimiento de tierras es completamente viable que se excaven la placa. **Criterio de la División:** De conformidad con la resolución R-DCA-00265-2020, pretende alegar la empresa gestionante que no existía prueba para desvirtuar los faltantes de las líneas que no se encontraban originalmente cotizadas, cuando oportunamente en sede administrativa la Administración le otorgó la oportunidad de demostrarlo incluso por la vía de subsanación, aún y cuando su cuadro de cantidades y costos original mantenía incólumes las cantidades solicitadas en el cartel para las líneas que se alegaba contenían otras, siendo que el argumento probatorio en ese momento, fue el proceder con la apertura las líneas unificadas e incluirles un costo unitario tomado de la modificación de la línea original que las contenía, pero no a nivel de cantidad sino de su precio. Ahora bien, eso demuestra que la empresa gestionante otorga como válidas las cantidades indicadas en el cartel y las incluye en su nuevo cuadro de costos y cantidades, aún y cuando en su audiencia inicial ha manifestado lo siguiente: *“De la tabla origen que se presenta en el ANEXO 4 y teniendo los cálculos del movimiento de tierra se asumió que hay un error en el cálculo hecho por la administración y consigno una cantidad de metros cúbicos erada, o bien la administración consigné la totalidad del movimiento de tierras en una sola partida para evitar problemas futuros mi representada sumamos todos los volúmenes de excavación en una sola partida Esto se puede ver en la tabla siguiente donde queda más que claro que si se calcularon los movimientos de tierra o excavaciones de las placas”*. Nótese en

ese caso que lo resuelto, se basa en lo actuado por el mismo gestionante, en donde al aportar solamente un cuadro de cantidades y costos, que varió con respecto al original en cuanto a la apertura de líneas, queda en evidencia que no existe mayor análisis para acreditar que el alcance del objeto original se obtuvo con el rebalanceo de la oferta. Por otro lado, la misma empresa gestionante indica que hay un error de la Administración en dicho alcance, pero ese argumento lo trae a una etapa precluida, tal y como se indicó en la resolución R-DCA-00265-2020, por cuanto este aspecto debió haberlo aclarado u objetado, antes de que el cartel adquiriera firmeza. En último lugar, responsabiliza el gestionante al apelante de la falta de prueba para demostrar sus faltantes, cuando era su deber, desde sede administrativa y en la etapa de audiencia inicial, acreditar que el incumplimiento alegado no afectaba la elegibilidad de su plica, cuando por ejemplo en la última instancia según se demostró supra, remite a que su cotización obedece a una nueva interpretación de las cantidades originales, lo cual no fue acreditado previo a la firmeza del cartel ni cuando presentó su subsanación. Así las cosas, este argumento se procede a **declarar sin lugar** por lo que será analizado el punto 3) siguiente. **3) Sobre el punto de mantener su precio total por el proyecto sin variación alguna, con un costo unitario distinto a las líneas cuestionadas, modificando el precio unitario del ítem que se adujo las contenía:** Manifiesta la empresa gestionante que para estas partidas fue la Administración la que pidió desglosar estos precios, ya que mi representada actuó conforme al cartel, en cuanto disponía que los concursantes debían incluir en ítems afines actividades no detalladas en su oferta, lo cual acarrearía una modificación de los precios unitarios, ya que si bien mi representada los incluyó en otras actividades los precios unitarios los contemplaban, pero a la hora de pasarlos a las partidas específicas de cuadro de cantidades de obra y costos, estos debían variar de acuerdo a la complejidad de las actividades, ya que por el proceso constructivo al cotizarlos aparte estos variarían, lo anterior por su metodología de cálculo conforme al modo de construcción de su representada, claro está siempre manteniendo firme y definitivo el precio total. Cita las resoluciones R-DCA-0589-2017 del primero de agosto del dos mil diecisiete y R-DCA-609-2011 del veintinueve de noviembre del dos mil once. Con base en lo anterior, afirman poder demostrar como su representada no obtuvo una ventaja indebida, ya que el hecho que en el subsane, se tuvo que abrir las líneas de los ítems 1.2, 1.3, 82, 46, para

incluir el costo de los ítem 3.1, 3.3., 3.4, 4.1, 4.4.,4.5, 5.1, 5.4, 5.5, 6.1, 6.4, 6.5, .1, 7.4, 7.5, 9.1, 9.4, 9.5., 10.1, 10.4, 10.5, 11.1, 11.4., 11.5, 12.1, 12.4, 12.5, 13.4, 16.5, 18.7, 19.5., 20.5, 21.5, 22.5, 24.5, 24.2.28.2, 28.5, 28.6, 29.1, 29.2, 29.3, 29.4, 31.5, 32.5, 33.5, 34.5, esto lo cual evidentemente conllevaría a una variación de los costos unitarios, el hecho de haber realizado esta variación, no conllevó a una ventaja indebida, ya que como lo indica el propio artículo 27 RLCA, en caso de existir variación con una posible disminución de los precios, para efectos comparativos se tomará el precio final más alto. **Criterio de la División:** En atención con lo expuesto en los puntos 1) y 2) anterior que reiteran los argumentos aquí indicados, solamente se considera oportuno mencionar que tal y como se expuso en la resolución objeto de análisis tenemos: **a)** el artículo 25 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa no establece que el único precio que deberá ser firme y definitivo sea el monto total ofertado; **b)** el artículo 27 del mismo reglamento resulta aplicable cuando existe una discrepancia entre la sumatoria de los precios unitarios en contraposición al precio total, lo cual es un error material debidamente demostrable, y no como sucede en este caso, puesto que lo que se realiza es una variación del precio unitario de varias líneas para pretender rebalancear en su oferta y así no modificar el costo total de la obra; **c)** la prueba utilizada para demostrar su incumplimiento, es la comparación de ambos cuadros de cantidades y costos, en las cuales en su primera versión mantenía la cantidad original de la línea que se alegaba incluía las unificadas allí, siendo que por medio de subsanación se aportó un nuevo cuadro abriendo las líneas faltantes con las cantidades solicitadas en el cartel y le asigna un precio unitario, modificando los precios unitarios de la línea general y **d)** la ventaja indebida de su actuar es pretender demostrar que cumplirá con el alcance original del cartel mediante un rebalanceo de su oferta, que no solamente puede contradecir lo regulado en el artículo 25 del RLCA, sino que implica por la vía de la subsanación pretender corregir el incumplimiento de su plica original, aún y cuando según lo indicado por el gestionante en su audiencia inicial, tuvo la oportunidad no solo de impugnar el cartel para corregir un eventual error de presupuestación por parte de la UNA en las cantidades original, sino que en sede administrativa no acredita como con su propuesta en cada línea unificada cumplía con los términos cartelarios. Por ende, **se procede a declarar sin lugar** este extremo y en forma total lo expuesto en la diligencia de adición y aclaración. -----

POR TANTO

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, **SE RESUELVE: 1) DECLARAR SIN LUGAR** las diligencias de adición y aclaración interpuestas por la empresa **LOTO INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.**, en relación con lo resuelto por la División de Contratación Administrativa en la resolución **R-DCA-00265-2020** de las trece horas cinco minutos del diecisiete de marzo de dos mil veinte. -----
NOTIFÍQUESE.-----

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

AMC/chc
NI: 8321
NN: 04671(DCA-1102)
G: 2020000673-3

