R-DCA-00358-2021

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. **División de Contratación Administrativa.** San José, a las quince horas con cuatro minutos del veinticinco de marzo del dos mil veintiuno.- **RECURSOS DE OBJECIÓN** interpuestos por **CONSTRUCCIONES LEVELL BROWN LTDA, CONSTRUCTICA DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN LIMITADA, DISEÑOS METALMECÁNICOS S.A., BUCKNOR CONSULTORES DE ASOCIADOS S.A., DESARROLLOS URBANÍSTICOS ALMADA S.A., EMPRESA DE RECUBRIMIENTOS Y CONSTRUCCIONES (REYCO) S.A., MARTA MORÁN GONZÁLEZ** y **CONSTRUCTORA ESTRADA S.A.** todos en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 2021LN-000001-0007300001** promovida por el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN PÚBLICA** para la "Precalificación de oferentes para la construcción de obras de infraestructura educativa".----------

RESULTANDO

I. Que el diez de marzo del dos mil veintiuno, las empresas Construcciones Levell Brown Ltda, Construtica Diseño y Construcción Limitada, Diseños Metalmecánicos S.A., Bucknor Consultores de Asociados S.A. y Desarrollos Urbanísticos Almada S.A., presentaron ante la Contraloría General de la República recursos de objeción en contra del cartel de la licitación pública No. 2021LN-000001-0007300001 promovida por el Ministerio de Educación Pública.----------

II. Que el once de marzo del dos mil veintiuno, la empresa Recubrimientos y Construcciones (REYCO) S.A., la señora Marta Mora Morán y la empresa Constructora Estrada S.A., presentaron ante la Contraloría General de la República recursos de objeción en contra del cartel de la licitación pública No. 2021LN-000001-0007300001 promovida por el Ministerio de Educación Pública.----------

III. Que mediante auto de las catorce horas cuarenta y cuatro minutos del doce de marzo de dos mil veintiuno, esta División otorgó audiencia especial a la Administración licitante para que se pronunciara sobre los recursos de objeción interpuestos. Dicha audiencia fue atendida mediante oficio No. D. PROV.-DCA-014-2021 del diecisiete de marzo de dos mil veintiuno y documentación adjunta, todo lo cual se encuentra debidamente incorporado al expediente digital de los recursos de objeción. ----------

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

I. SOBRE EL FONDO. A) RECURSOS INTERPUESTOS POR CONSTRUCCIONES LEVELL BROWN LTDA. 1) Sobre requisitos de admisibilidad en segunda etapa. El objetante menciona que según el cartel, la precalificación no podría garantizar a los oferentes un espacio en la etapa dos del proceso. Sobre lo anterior, explica que la Administración impondrá requisitos particulares que considere preponderantes para determinar nuevamente la admisibilidad de las propuestas, que se definirán en el cartel de la Segunda Etapa. Estima que esto da a entender que a pesar de haber sido precalificado, la Administración puede establecer nuevos requisitos de admisibilidad que impediría la participación de empresas precalificadas, lo que a su criterio, causaría la nulidad del concurso. Añade que la Administración no menciona por ningún lugar del cartel de precalificación la cantidad y características de los proyectos a realizar por renglón y línea. La Administración indica que no acepta lo objetado. Menciona que en la Segunda Etapa no se establecerán nuevos requisitos de admisibilidad, sino que se revisarán requisitos que no fueron solicitados en la Primera Etapa, y que resultan de vital importancia para ejecutar un contrato de construcción de obra educativa, tal como las calidades del equipo profesional detrás de la ejecución del proyecto. Explica que no consideró incluir estos requisitos en la etapa de precalificación, ya que se entiende que el equipo profesional podría variar en cada proyecto que ejecute el oferente precalificado, dado que éste puede tener hasta 3 contratos activos con la Administración y dependiendo de las condiciones particulares de cada proyecto, puede ser necesario cambios en el equipo profesional. Expone que de haberse solicitado estas condiciones desde la Primera Etapa, estima que los oferentes precalificados tendrían que pasar por el proceso de solicitud de cambios en el equipo profesional, considerando todo el trámite administrativo que esto conlleva, ya sea por rotación de personal o por análisis de cargas de éstos, y que por tal motivo, es que se estará solicitando dicha información hasta en la Segunda Etapa, con el fin de evitar trámites y papeleos innecesarios, buscando lograr un proceso eficiente y eficaz. **Criterio de División**. En relación con lo objetado, el cartel indica lo siguiente: *"1 OBJETO DEL CONCURSO (...) Los oferentes interesados en participar en el proceso deberán cumplir, tanto con lo que se indica en el presente cartel, como con los requisitos particulares que esta Administración considera preponderantes para determinar la admisibilidad de las propuestas, que se definirán en el Cartel específico de la Segunda Etapa. En cuanto a las condiciones generales, serán ampliadas en la Segunda Etapa, con base en la valoración de cada proyecto y posibles prácticas emergentes de construcción.*" De conformidad con lo expuesto, se observa una contradicción entre lo argumentado por la Administración y lo regulado en el cartel, pues al atender la audiencia especial, el Ministerio de Educación menciona que en la segunda

etapa no establecerá requisitos de admisibilidad, sin embargo, al dar lectura el extremo objetado, se entiende que determinará la admisibilidad en segunda etapa mediante requisitos particulares, además de condiciones generales que serán ampliadas, de modo que no queda claro lo que pretende al establecer según el cartel requisitos de admisibilidad en una segunda etapa, por lo que se le instruye a la Administración, observar lo establecido en el numeral 53 de la Ley de Contratación Administrativa (LCA), pues indica: "*En firme el acto de precalificación, se continuará con el procedimiento y se invitará únicamente a las firmas precalificadas. La decisión administrativa en firme, en cuanto a la elegibilidad de las personas físicas o jurídicas precalificadas, no podrá variarse en la etapa siguiente del concurso.*" En consecuencia, este extremo se declara **parcialmente con lugar**. **2) Sobre la definición de las obras en admisibilidad y evaluación. Punto 3.2.1**. El objetante indica que la regulación mencionada, lo extralimita por varias razones. En primer lugar, expone que al indicar que a pesar de que un oferente presente más de cuatro proyectos que reúnan los requisitos mínimos solicitados, se evaluaran de forma antojadiza sólo los primeros cuatro proyectos que la Administración observe en la oferta presentada, considera que esta es una clara violación a la transparencia y al principio de igualdad. Afirma que los proyectos deben y son considerados hechos históricos invariables, y que no pueden ser excluidos de una evaluación solo porque a la Administración no le parece el orden en que pueden ser presentados, el cual puede ser cronológico, por complejidad, área de mayor a menor o peor de menor a mayor, dando como resultado la descalificación de un potencial oferente que podría haber sido el mejor calificado si hubiese presentado su oferta al gusto de la Administración. En segundo lugar, expone que la Administración entra en una contradicción al decir que los proyectos presentados deben ser similares a los proyectos que regularmente contrata la Administración, pero que al observar el ANEXO 6 Proyectos Similares, se indica que los proyectos deben ser de una complejidad del desarrollo del diseño estructural igual o mayor a la establecida en el objeto contractual y para esto se considerarán obras tipo A y C conforme a la clasificación de edificaciones según el Código Sísmico. Expone que el cartel de licitación al referirse a los grupos A y C, ha impuesto una complejidad y tamaño de proyectos que exceden lo que previamente se indicó como proyectos similares, aquellos que regularmente contrata la Administración, lo cual puede y debe entenderse como proyectos de infraestructura educativa dirigidos a escuelas y colegios. Considera que Ministerio de Educación Pública por medio de la Dirección de Infraestructura Educativa, no contrata, ni ha contratado la construcción de Hospitales, Instalaciones de Emergencia, Aeródromos, Estaciones de Policía, Estaciones de Bomberos, Refugios para Emergencias, Centros de Reunión de más de 5.000 personas u otros.

Estima que lo anterior desvirtúa por completo el objeto de la presente contratación. Menciona que el problema no radica en la inclusión de proyectos cuya complejidad pueda entenderse como la previamente descrita, o cualquier otra que sea similar o superior a un centro educativo, sino que radica en que lo descrito excluye proyectos de complejidad similar a los que regularmente contrata el MEP, esto es, centros de educación primaria y secundaria. Por lo que considera que se debe excluir la limitación impuesta por ser excesiva y lesiva. Añade que el sistema de evaluación establece que proyectos distintos a la infraestructura educativa pueden llegar a tener un peso del 80% del sistema de evaluación, dejando un peso relativamente bajo a la experiencia en centros educativos con solo un 17%. Estima que la Administración no justifica técnicamente la asignación de estos porcentajes y tampoco la inclusión de proyectos distintos a lo que regularmente contrata, ni tampoco justifica como un centro de educación primaria y secundaria, puede entrar en la definición de obras Tipo A y C descritas en el Código Sísmico. Explica que no es posible la aplicación del sistema de evaluación ya que discrimina a aquellos oferentes con experiencia en centros de educación primaria y secundaria, y premia únicamente a los oferentes que cumplan con centros educativos descritos en la descripción de proyectos Tipo C del Código Sísmico, los cuales por su descripción cuenten con capacidades de entre 300 o más de 500 personas y suponen un nivel de complejidad imposible de cumplir para la precalificación de los renglones 1 y 2. Indica que según su experiencia, un centro educativo con capacidad de 300 personas debe disponer de no menos de 10 aulas (720m2) con capacidad para 30 alumnos cada una, lo que significa también una serie de áreas complementarias como baterías sanitarias (144m2), áreas de comedor (144m2), áreas administrativas (144m2) y otros. Menciona que está describiendo proyectos con no menos de 1.152m2 de construcción sin contemplar otras áreas requeridas como áreas de espera de padres, casetas de guarda, bodegas, pasos techados, en algunos casos gimnasios, y otras. Considera que parece que esta es una restricción propia para oferentes del renglón 3 y no puede ser aplicado para oferentes de los renglones 1 y 2 por ser requisitos excesivos y carentes de toda justificación técnica para la admisión de proyectos cuya área mínima requerida es de 250m2 en el renglón 1 y de 640m2 en el renglón 2. Considera que la Administración debe ajustar los requerimientos para cada renglón que ha puesto a concurso, o en su defecto, limitarse a realizar una precalificación por atestados de admisibilidad para cada renglón y línea, permitiendo precalificar a todos los oferentes que cumplan con los requerimientos de área solicitados en el presente concurso, y dejando para la etapa 2 del concurso la posibilidad de que se cumplan otros requisitos de admisibilidad distintos a los del presente concurso y dejando a los oferentes competir por precio y plazo del posible objeto contractual. La

Administración indica que no acepta lo objetado. En cuanto a la cantidad de proyectos a presentar para admisibilidad y calificación, indica que el cartel en el apartado 3.2.1.1, inciso c) establece que solamente se deben presentar 4 proyectos, y se indica que en el caso de presentarse más de los 4 proyectos solicitados, solamente se tomarán en cuenta los primeros 4 proyectos que se indiquen en el anexo 4 Tabla de Información Técnica del Oferente por cuestión de transparencia. Expone que busca que los oferentes presenten los 4 proyectos que consideren más adecuados para la calificación, ya que para la Administración, estos serán suficientes para comprobar su experiencia y con lo cual se logra que a los interesados les signifique una mayor simplicidad para elaborar sus ofertas. Además, que busca una competencia más justa pues afirma, al limitar la cantidad de proyectos a presentar, se logra que una mayor cantidad de oferentes con la experiencia necesaria, tenga posibilidades de optar por una precalificación, los cuales podrían quedar fuera en caso de competir con otros oferentes que presentaren una mayor cantidad de proyectos. Lo anterior, lo estima beneficioso para la Administración, ya que se logra ampliar la cantidad de oferentes precalificados con los cuales trabajar durante la Segunda Etapa. Luego, afirma que tomando la redacción del cartel del anexo 6 proyectos similares, la primera oración es clara en cuanto a que los proyectos deben tener una complejidad igual o mayor a la establecida en el objeto contractual, en este caso específico esta complejidad se establece en el ANEXO 2. Categorización de los proyectos por renglones según la cuantía de la inversión económica. Agrega que para esto, podrán ser obras de tipo A o C según el Código Sísmico de Costa Rica, lo cual no se indica como un requisito mínimo sino como una posibilidad, ya que de contar el oferente con proyectos de estas clasificaciones, podrán ser presentados para la admisibilidad y calificación, dado que la experiencia en este tipo de edificaciones representa experiencia suficiente para la ejecución de los proyectos educativos que contratará la Administración durante la Segunda Etapa. Señala que verificará el cumplimiento de los proyectos basándose en tipificación de proyectos de acuerdo a la categorización del contrato CFIA, la cual solamente podrá ser comprobada en las certificaciones solicitadas en el cartel en el apartado 3.2.1. **Criterio de División**. En relación con lo objetado, el cartel indica lo siguiente: "*3.2 Admisibilidad técnica/ 3.2.1 Los documentos de acreditación/ Los documentos a entregar para la acreditación tanto de la admisibilidad como de la calificación serán los siguientes:/ 3.2.1.1 Del oferente (...) c) Deberá presentar el ANEXO 4 Tabla de Información Técnica del Oferente, completo, firmado digitalmente. En el punto 3 de Admisibilidad Proyectos ejecutados por el oferente, se deberán presentar CUATRO proyectos, los cuales serán los únicos a ser valorados, cumplan o no con los requisitos solicitados en el presente cartel. Los mismos serán evaluados*

para la obtención de puntaje, según los diferentes criterios para la admisibilidad. Si el oferente incluyera más proyectos, sólo serán valorados los primeros cuatro, cumplan estos o no con los requisitos solicitados en el presente cartel. Este requisito no es subsanable, en caso de presentar menos proyectos de los requeridos o proyectos que no cumplan con los requerimientos mínimos, estos serán objeto de exclusión de la oferta. Los proyectos ejecutados que se presenten como requisitos de Admisibilidad, mismos que se tomarán para la calificación del puntaje, deben ser proyectos similares a los proyectos que regularmente contrata la Administración (esta condición se explica ampliamente en ANEXO 6 Proyectos Similares, cada uno debe contar con un área de acuerdo al rango indicado en el ANEXO 2 Categorización de los proyectos por renglones según la cuantía de la inversión económica (...)". Asimismo, el anexo 2 es regulado de la siguiente manera:

ANEXO 2. Categorización de los proyectos por renglones según la cuantía de la inversión económica

Renglones por tipo de proyectos según el costo de su construcción		
Renglón 1	**Proyectos Categoría 1**	Proyectos con un costo hasta los ₡320.000.000,00.
Renglón 2	**Proyectos Categoría 2**	Proyectos de ₡320.000.000,00 hasta los ₡600.000.000,00.
Renglón 3	**Proyectos Categoría 3**	Proyectos con un costo mayor a ₡600.000.000,00 en adelante.

Finalmente, el anexo 6 establece lo siguiente: *"ANEXO 6. Proyectos similares/ Únicamente serán tomados en cuenta tanto para solventar los requisitos de admisibilidad como para la obtención de puntaje, proyectos similares al objeto contractual./ Se define como proyectos similares aquellos proyectos que cumplan con todos los siguientes conceptos:(...)Con una complejidad del desarrollo del diseño estructural igual o mayor a la establecida en el objeto contractual. Para lo cual podrán ser obras de tipo A (Edificaciones e instalaciones esenciales) o C (Edificaciones de ocupación especial); conforme a la clasificación de edificaciones según importancia establecida en el Código Sísmico de Costa Rica, donde el desempeño de la edificación al menos sirva para proteger la vida de ocupantes y transeúntes (...)*". Respecto a la cantidad y orden en que serán considerados los proyectos presentados, esta División comprende que la Administración tiene la potestad de considerar únicamente 4 proyectos, pero no las razones por las cuales reconocería solo los primeros 4 proyectos detallados por el oferente en su propuesta. Sobre el particular, se considera que la experiencia al ser un hecho histórico, incluso es subsanable siempre que sea

adquirida antes de la apertura de ofertas. En igual sentido, esta División mediante la resolución No. R-DCA-01204-2020 de las once horas con dieciocho minutos del once de noviembre del dos mil veinte, indicó: "*Por otra parte, es importante señalar que, queda patente que la experiencia aportada por el adjudicatario mediante la carta de la Junta de Educación Centro Educativo Tejarcillos por medio de la solicitud de subsanación (...) es considerada aceptable, pues el apelante no ha demostrado que lo ahí consignado no se ajuste a la realidad, ni acredita que dicha experiencia haya sido adquirida con posterioridad de la apertura de ofertas, esto es de relevante importancia, pues esta Contraloría General ha mantenido la posición de que la experiencia adquirida antes de la apertura de ofertas, es válidamente subsanable por constituir un hecho histórico, ya que no genera ventaja indebida. Al respecto, en la resolución No. R-DCA-660-2015 de las diez horas con treinta minutos del veintiocho de agosto del dos mil quince, señaló: "Al respecto, es criterio de esta División que los proyectos mencionados y aportados al proceso por la vía de la subsanación deben ser analizados a la luz del artículo 81, inciso i) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, el cual permite la subsanación de los documentos necesarios para probar la veracidad de hechos acaecidos antes de la apertura de ofertas y que estén referenciados de forma completa en la oferta. De conformidad con dicha norma, este órgano contralor ha mantenido la tesis de que únicamente es aceptable la subsanación de la experiencia acaecida antes de la apertura de las ofertas siempre y cuando dicha experiencia haya sido mencionada en la respectiva oferta; sin embargo, se considera que en aplicación de los principios eficacia y de eficiencia, que tienden a la conservación de las ofertas, también es factible permitir a los oferentes que por la vía de la subsanación se pueda incorporar otra experiencia, aún y cuando dicha experiencia no haya sido mencionada en su oferta original, y siempre y cuando dicha experiencia haya sido obtenida antes de la apertura de la oferta; lo anterior, por considerar que ello no concede ninguna ventaja indebida al oferente y además permite a la Administración contar con un mayor número de ofertas. […] Por otra parte, se estima que no se quebranta el principio de igualdad al permitir acreditar la experiencia obtenida con la anterioridad a la apertura de ofertas, aunque tal experiencia no esté referenciada en la propuesta que se le formule a la Administración, ya que en tal supuesto la experiencia se constituye en un hecho histórico y por tanto inmodificable. De este modo, lo que se permite con la posición aquí asumida es que se acredite la experiencia obtenida antes de la apertura de ofertas, que viene constituirse en un hito o hecho que no puede ser disponible por las partes, ya que lo que se habilita es la demostración de tal experiencia y no su obtención con posterioridad a la apertura de las plicas. Con esto no se causa ninguna ventaja indebida, sino que se aplica plenamente la figura de la*

subsanación que es reconocida en el ordenamiento jurídico, particularmente en el artículo 42 inciso j) de la Ley de Contratación Administrativa (...)Tal figura va íntimamente ligada al principio de eficiencia, por cuanto con ella lo que se persigue es que las propuestas puedan ofrecer la información necesaria para que la Administración realice la mejor selección de frente a sus necesidades y la atención del interés público. (…) Por lo tanto, se reconsidera el criterio que este órgano contralor ha sostenido en el pasado con respecto a la posibilidad de subsanar experiencia del oferente únicamente cuando esta experiencia haya sido referenciada en la oferta, se modifica en forma expresa, siendo posible la consideración de la experiencia que no haya sido referenciada en la oferta, pero que se acredite que fue obtenida antes de la apertura de las ofertas." Así las cosas, se tiene que la Administración deberá reformular este extremo del cartel pues la experiencia es un hecho histórico subsanable, siempre y cuando haya sido adquirida antes de la apertura de ofertas. Por consiguiente, este extremo se declara **parcialmente con lugar**. En relación con los proyectos similares, se tiene el cuestionamiento por parte del recurrente al indicar que el cartel solicita obras tipo A, es decir, consideradas como "Edificaciones e instalaciones esenciales" o tipo C, esto es, "Edificaciones de ocupación especial", no guardan relación con proyectos atinentes al objeto de esta contratación, pues afirma, las anteriores corresponden a un tipo de proyecto que la Administración no ha desarrollado por su cuenta ni por medio de la DIEE. En contraposición, la Administración menciona que las obras podrán ser de tipo A o C según el Código Sísmico de Costa Rica, es decir, lo destaca como una posibilidad, y sin referirse al motivo del referido requisito. Ante esto, y ante la lectura del anexo 6, esta Contraloría considera que la Administración deberá aclarar lo que entiende como "podrá", de manera que quede claro en el cartel si el anterior requisito es facultativo para los oferentes o requisito obligatorio. Sobre este extremo, el recurso se declara **parcialmente con lugar**. Respecto a la distribución de los porcentajes en los factores de evaluación, es preciso puntualizar que el motivo de objeción se centra en el apartado de calificación, y no en admisibilidad, de manera que no discrimina a aquellos oferentes que tengan experiencia en proyectos de centros educativos de primaria y secundaria, por cuanto la función del sistema de evaluación es seleccionar la oferta más conveniente. Además, este órgano contralor considera que la determinación de los factores de evaluación obedecen a la discrecionalidad administrativa, pues su fin es otorgarle un valor agregado a la contratación, debiendo cumplir 4 reglas, esto es, que sean proporcionados, pertinentes, trascendentes y que el sistema como tal resulte aplicable. En relación con la proporcionalidad, esta División considera que si bien el objetante la cuestiona, no es un elemento que le impida su participación en el concurso, además, el diseño del sistema de

calificación que la Administración determinó en "*Experiencia del oferente*" con un 80%, y "*Experiencia del oferente en proyectos educativos*" con un 17% obedece a su discrecionalidad pues, si bien el objeto del concurso es la construcción de infraestructura educativa, esta última igualmente es comprendida por la experiencia del oferente que al fin y al cabo, es lo que busca la Administración en un contratista, por lo que se entiende que, corresponde a la estructura del sistema de evaluación escogido por la Administración, sin que se haya aportado prueba que llegue a demostrar la desproporcionalidad que se alega. De tal manera, este extremo se declara **sin lugar** por falta de fundamentación. Finalmente, de igual manera, en relación con el tema de la consideración de obras similares, se refiere a la Administración a lo instruido por este órgano contralor a lo resuelto en el punto 1 del recurso de objeción presentado por Desarrollos Urbanísticos Almada. **3) Sobre inscripción de responsabilidades. Punto 3.2.1.2**. El objetante indica que lo normal en la ejecución de proyectos contratados por las Juntas de Educación e inspeccionados por la DIE, es que el diseñador del proyecto permanezca como director técnico durante la ejecución de los proyectos, apropiándose indebidamente de la experiencia en construcción que es contractualmente propiedad de la empresa constructora seleccionada. Estima que es fácilmente demostrable con los contratos y actas de recepción final de cada una de las obras realizadas por los oferentes, que pueden ser discriminados por este tipo de ambigüedades. Cita que a pesar de que la Administración se encuentra normalizando este tipo de procesos de inscripción de responsabilidades ante el CFIA, no puede desconocer la experiencia obtenida en procesos en los que la misma DIE ha sido inspectora y garante de la ejecución de sus propios proyectos, conociendo y dando estatus de responsable de construcciones y garantías por vicios ocultos a diversidad de empresas constructoras que no le son desconocidas y pueden no ser de recibo su experiencia por un requerimiento que se torna excesivo, ante lo que ha sido y es usual para la misma Administración, promover y normalizar una práctica que no le conviene hacer de recibo para el presente concurso en una clara violación a principios de igualdad y eficiencia. Menciona que como ejemplo, cita concursos que actualmente están en procesos de evaluación y prontos a ser adjudicados como los son la construcción del centro educativo en China Kichá o el proceso que se encuentra actualmente en proceso de apelación ante esta sede, a saber, el Liceo Rural Usekla, donde la Administración ha aceptado la experiencia que acá se reclama como positiva. La Administración indica que no acepta la objeción. Menciona que si bien, ha realizado contratos en los que la responsabilidad de dirección técnica no es asumida por el oferente responsable de la construcción, esta figura no es la única que se ha manejado, pues también se han contratado a oferentes constructores quienes

han debido ingresar esta responsabilidad profesional ante el CFIA, como parte de su contrato. Estima que similar al último caso descrito, en esta oportunidad la Administración va a requerir contratar, durante la Segunda Etapa, la construcción de proyectos educativos con la debida responsabilidad profesional, es decir que se requerirá que el oferente brinde además los servicios de dirección de obra, por lo que es indispensable para estos efectos que los mismos acrediten experiencia en dirección de obra, lo cual será verificado únicamente mediante la certificación emitida por el mismo CFIA. Expone que en aquellos casos en los que la empresa brindó el servicio de dirección técnica y la misma fue acreditada a nombre de un profesional que en su momento trabajaba para dicha empresa, menciona que el oferente indicará el nombre del profesional correspondiente y su número de teléfono de acuerdo con el ANEXO 5. Declaración jurada del oferente. Menciona que procederá a modificarla. **Criterio de División**. En relación con lo objetado, el cartel indica lo siguiente: "*3.2.1.2 De los proyectos/ Para cada uno de los proyectos aportados tanto para admisibilidad como para la calificación, el oferente deberá entregar lo siguiente:/a) Una certificación individual digital emitida por el CFIA, con la debida firma digital certificada. Debe solicitarse con el detalle los datos de certificación normal, adicionalmente incluir el área total de la obra y la clasificación del tipo de proyecto y subproyecto de acuerdo al contrato CFIA./ b) En el caso de presentar dentro de la tabla, proyectos educativos, deberá incluirse el recibido conforme del producto emitido por la entidad que lo contrató, con la debida firma digital certificada, o bien, debidamente escaneado. Sólo los proyectos que presenten este requisito serán valorados para el Factor de Experiencia en Proyectos Educativos, estipulado más adelante en el apartado 3.5 Calificación de Ofertas por línea del presente cartel. La no presentación de este documento no será motivo de exclusión de la oferta (...)*". Además de la regulación anterior, se tiene que la Administración en atención a la solicitud de aclaración No. 7002021000000008, para el apartado 3.2.2 del cartel responde: "*Se está solicitando <u>experiencia en construcción</u> en 4 proyectos similares, es decir, concluidos en la fase establecida por el CFIA como fase 2, misma que es indicada en el cartel como fase B y dicha experiencia debe ser aportada como se indica en el apartado 3.2.2 del Cartel, <u>por el oferente</u> sea persona física o jurídica. En otras palabras, de ser una persona jurídica, los proyectos aportados deben estar registrados en la certificación del CFIA bajo la responsabilidad de dicha empresa en la fase supra indicada y no bajo el nombre del profesional responsable que la empresa tiene inscrito ante el CFIA*". De esta manera, se observa que la Administración solicita por medio del pliego cartelario el detalle de los proyectos asumidos por el oferente, mediante el aporte de la correspondiente certificación del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos (CFIA). No obstante, para esta Contraloría General, la

Administración no acredita que mediante una certificación del CFIA pueda verificarse experiencia positiva, por lo que deberá procurar el medio idóneo para verificarla, de tal manera podrá cumplirse lo establecido en el artículo 56 del RLCA que establece: "*Cuando la Administración, solicite acreditar la experiencia, se aceptará en el tanto ésta haya sido positiva, entendida ésta, como los bienes, obras o servicios recibidos a entera satisfacción, debiendo indicar el cartel la forma de acreditarla en forma idónea. Igual regla se seguirá cuando se trate de experiencia obtenida en el extranjero*". Sobre la certificación del CFIA, se tiene como medio para constar el registro de proyectos a nombre de persona física o jurídica, pero de la información que se pueda desprender, no se explica cómo se podría verificar si esos proyectos registrados a favor de determinado sujeto, fueron recibidos a satisfacción, aspecto medular para determinar la experiencia positiva, por ende, no se tiene por acreditado cómo dicho documento serviría como un medio idóneo para que la Administración se asegure que el oferente disponga en efecto, de dicha experiencia. En relación con la necesidad de acreditación de experiencia positiva, en un caso similar reciente, esta Contraloría General mediante resolución No. R-DCA-00340-2021 de las nueve horas con cuarenta y dos minutos del veintidós de marzo del dos mil veintiuno señaló: "*este Despacho estima que con los oficios aportados se tiene que el "registro" ante el CFIA superó la fase de "Planos y documentos", mas no la fase de "Ejecución y control" -en la que por ejemplo, se inscribe la dirección técnica- por lo que no es posible tener por acreditado que los proyectos hayan cumplido con los requisitos legales y reglamentarios necesarios para su ejecución y, por ende, sean válidos para demostrar la experiencia que se requiere*". En consecuencia deberá reformular lo necesario del cartel impugnado de manera que la Administración se asegure un medio idóneo para la acreditación de la experiencia positiva. Por ende, este extremo se declara **parcialmente con lugar**. Finalmente, se observa que la Administración en relación con este extremo, introduce una modificación en el anexo 5, no obstante, deberá asegurar que la acreditación de experiencia en el referido anexo, sea acorde con la respuesta dada en audiencia especial para este extremo**. 4) Sobre el punto 3.2.2. Requisitos de admisibilidad técnica**. El objetante señala que según la tabla de requisitos de admisibilidad técnica, determina los requisitos de admisibilidad técnica según el renglón de complejidad dispuesto por la Administración. Explica que cada renglón se encuentra circunscrito dentro de un rango de presupuesto exceptuando el renglón 3 que no tiene ningún límite superior de presupuesto. De lo anterior, señala la desproporcionalidad en los requisitos de áreas a cumplir según sea el renglón por concursar. Describe que el renglón 1 estipula como mínimo un área total de 2.500m2 el cual debe cumplirse con 4 proyectos no menores a 250m2, estima que esto presupone que un

escenario puede ser el de tener 3 proyectos de 250m2 y un proyecto de al menos 1.750m2 para lograr el mínimo requerido. Menciona que el renglón 2 estipula como mínimo un área total de 3.700m2, y que nuevamente se puede suponer un escenario donde se cumpla con 3 proyectos de área mínima de 640m2 más otro proyecto de 1.780m2 para cumplir con los 3.700m2 requeridos. Indica que para el renglón 3 es diferente pues la Administración ubica que todos los proyectos deben ser mayores a 1.200m2 para cumplir con un área mínima requerida de 4.800m2, lo que conlleva una desproporcionalidad en los requisitos sugeridos. Considera que existe una desproporcionalidad en cuanto a las áreas mínimas requeridas, que se hace muy evidente cuando se compara que en los renglones 1 y 2 se podría estar solicitando al menos un proyecto de más de 1.700m2, que supera en área a lo requerido como proyecto de área mínima en el renglón 3. La Administración indica que no acepta lo solicitado. Menciona que a su consideración no queda clara la razón por la cual el interesado sugiere que existe una desproporcionalidad basándose en un supuesto. Estima que el requisito fundamental es la sumatoria de las áreas y no el mínimo por proyecto, sin embargo, se define este último con la intención de evitar una desproporcionalidad, cita por ejemplo que para el renglón 3, les presenten proyectos que suman lo solicitado, pero en donde uno o más de ellos tengan áreas incluso inferiores a las establecidas para el renglón 1. **Criterio de División**. En relación con lo objetado, el cartel indica lo siguiente: *"3.2.2 Requisitos de admisibilidad técnica del oferente por renglón de complejidad Los oferentes, sean personas físicas o jurídicas, serán admisibles de acuerdo con el siguiente criterio CUMPLE/NO CUMPLE*

REGLÓN	REQUISITO
Reglón 1	Experiencia mínima de 5 años como colegiado ante CFIA.
	Experiencia en construcción de **4 proyectos similares** (ver anexo 6), en los últimos 5 años, con las siguientes condicionantes: • Sumatoria total de área de construcción de los 4 proyectos: mayor a 2500 m² • Sólo se considerarán proyectos con área mayor a 250 m².
Reglón 2	Experiencia mínima de 8 años como colegiado ante CFIA.
	Experiencia en construcción de **4 proyectos similares** (ver anexo 6), en los últimos 5 años, con las siguientes condicionantes: • Sumatoria total de área de construcción de los 4 proyectos: mayor a 3700 m² • Sólo se considerarán proyectos con área mayor a 640 m².
Reglón 3	Experiencia mínima de 10 años como colegiado ante CFIA.
	Experiencia en construcción de **4 proyectos similares** (ver anexo 6), en los últimos 5 años, con las siguientes condicionantes: • Sumatoria total de área de construcción de los 4 proyectos: mayor a 4800 m² • Sólo se considerarán proyectos con área mayor a 1200 m².

(...)" De igual manera, se tiene que el anexo 2 del cartel impugnado, establece una categorización de proyectos por renglones según la cuantía de la inversión, por lo que para los renglones 1, 2 y 3 establece la siguiente regulación:

ANEXO 2. Categorización de los proyectos por renglones según la cuantía de la inversión económica

Renglones por tipo de proyectos según el costo de su construcción		
Renglón 1	**Proyectos Categoría 1**	Proyectos con un costo hasta los ₡320.000.000,00.
Renglón 2	**Proyectos Categoría 2**	Proyectos de ₡320.000.000,00 hasta los ₡600.000.000,00.
Renglón 3	**Proyectos Categoría 3**	Proyectos con un costo mayor a ₡600.000.000,00 en adelante.

Se tiene que el cartel en su punto 3.2.2 establece el cumplimiento de una determinada cantidad de áreas constructivas dependiendo de los renglones en que los oferentes opten por participar y que resulta de la sumatoria de los 4 proyectos para cada uno. Asimismo, cada uno de los renglones establece un rango presupuestario diferente que es acorde con la complejidad y requerimientos de cada proyecto. De frente a lo anterior y a los alegatos expuestos por el objetante, este órgano contralor estima que el objetante no expone ni demuestra razones por las cuales la regulación actual resulte contraria a la ciencia, la técnica, los principios y el ordenamiento, contraviniendo de esta forma, lo regulado en el artículo 178 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA) que dispone: "*El recurso deberá presentarse con la prueba que se estime conveniente y debidamente fundamentado a fin de demostrar que el bien o el servicio que ofrece el recurrente puede satisfacer las necesidades de la Administración. Además, deberá indicar las infracciones precisas que le imputa al cartel con señalamiento de las violaciones de los principios fundamentales de la contratación administrativa, a las reglas de procedimiento o en general el quebranto de disposiciones expresas del ordenamiento que regula la materia*" En consecuencia, este extremo se declara **sin lugar** por falta de fundamentación. **5) Sobre la Admisibilidad Financiera del punto 3.3**. El objetante menciona que en el punto 3.4 se deberá demostrar una capacidad financiera de 96.000.000,00, para el renglón 1. Sin embargo, que según la fórmula indicada en la misma tabla y página señala CFD: CNT+LCB ≥ 0.15 (MMC), lo cual estima, significa que el Capital Financiero Disponible debe ser igual o mayor a un 0.15 del Monto Máximo de Construcción del Renglón, que en este caso se ha definido como 320.000.000,00. Entonces se tiene que 0.15 * 320.000.000,00 = 48.000.000,00. Lo anterior, lo

estima incongruente con el monto solicitado previamente de 96.000.000,00. Para el renglón 2, menciona que la Administración vuelve a solicitar la demostración de una capacidad financiera de 96.000.000,00. Sin embargo, que según la fórmula indicada señala CFD: CNT+LCB ≥ 0.20 (MMC), lo cual reitera que significa que el Capital Financiero Disponible debe ser igual o mayor a un 0.20 del Monto Máximo de Construcción del Renglón, y que en este caso se ha definido como 600.000.000,00. Entonces que se tiene que 0.20 * 600.000.000,00 = 120.000.000,00, lo estima incongruente con el monto solicitado previamente de 96.000.000,00. Que para el renglón 3 la Administración vuelve a solicitar capacidad financiera de 100.000.000,00. Sin embargo, que según la fórmula indicada señala que CFD: CNT+LCB ≥ 0.25 (MMC), lo cual significa según afirma, que el Capital Financiero Disponible debe ser igual o mayor a un 0.25 del Monto Máximo de Construcción del Renglón, y que en este caso se ha definido como inestimable, y por tanto, no podría ser aplicada esta fórmula, dejando por fuera a todo oferente que quiera participar en este renglón. Sin embargo, menciona que se puede hacer el ejercicio con el menor monto definido, entonces se tiene que 0.25 * 600.000.000,00 = 150.000.000,00. Lo señala como incongruente con el monto solicitado previamente de 100.000.000,00. Además, que también se puede estimar un monto superior que sea igual a 1.000.000.000,00; lo que significaría tener una capacidad financiera igual a 250.000.000,00. Indica que este límite superior se puede ubicar en la página 24 de 50, y puede significar la limitante superior para el renglón 3, dejando por fuera de este proceso de precalificación todo proyecto que el MEP quiera construir arriba de este límite. Por lo anterior, indica que la Administración debe aclarar este punto. La Administración indica que acepta el punto objetado, menciona que hay un error aritmético involuntario en las fórmulas, por lo que el apartado 3.4 evaluación financiera procederá a modificarlo. **Criterio de División**. Como primer aspecto, se debe indicar que el objetante en el encabezado de este extremo l presenta como el *"Punto 3.3*" sin embargo, en el desarrollo de su argumento, refiere a unas fórmulas detalladas en el "*Punto 3.4*" En relación con lo objetado, el cartel indica lo siguiente: *"3.4 EVALUACIÓN FINANCIERA/ Una vez superada todas las etapas de la admisibilidad, se procederá con la evaluación financiera./Será por el criterio de evaluación CUMPLE/NO CUMPLE y no por asignación de puntaje.*" Con la respuesta dada por la Administración, se tiene un allanamiento a lo pretendido por el objetante. Para ello se presume que la Administración ponderó cuidadosamente la conveniencia de la modificación al cartel que plantea, lo cual corre bajo su entera responsabilidad. Sin embargo, esta Contraloría General observa que en la nueva redacción propuesta por la Administración al momento de contestar la audiencia especial, se mantiene la regulación referente a la categoría de riesgo A1 y pago histórico Nivel 1, por lo que

deberá velar porque la modificación guarde coherencia con lo resuelto para este extremo en los recursos de objeción presentados por Bucknor Consultores, Construtica Diseño y Construcción Limitada y Reyco. En consecuencia, se declara **parcialmente con lugar** este extremo. **6) Sobre el punto 3.5. Calificación de oferta por línea**. El objetante indica que en relación con la metodología de evaluación, que el peso de obras no relacionadas al centros educativos es del 80%, que el principio de la contratación es la búsqueda de empresas constructoras con experiencia en proyectos que sean regularmente contratados por el MEP, que el peso relativo de la experiencia en centros educativos es de tan solo del 17%, por lo que la relación entre proyectos no educativos y educativos es desproporcionada. Menciona que al domicilio se le ha asignado discriminatoriamente un punto porcentual del sistema de evaluación, esto sin un estudio técnico que demuestre que cada región, renglón y línea a concursar tienen las mismas oportunidades y/o cantidad de proyectos a ejecutar, para tratar de justificar que la localía o domicilio de una empresa no está en detrimento de empresas con otros domicilios, también menciona que la Administración deja en desventaja a los oferentes únicos sobre los oferentes en consorcio, en donde dos o más empresas al unirse en consorcio pueden optar a la obtención del punto por domicilio en 2 o más regiones distintas. Además, indica que se le otorga sin una justificación técnica un punto porcentual a la Certificación de la Construcción de proyectos Sostenibles, siendo que el Ministerio de Educación Pública y su Dirección de Infraestructura Educativa no diseñan ni construyen proyectos con dicha certificación, lo cual inclina la aplicación de la tabla de evaluación nuevamente a proyectos distintos a los que generalmente contrata el MEP y la DIE, siendo esto una desvirtualización del objeto final de la presente contratación que es la construcción de centros educativos que incluyan los ciclos de educación primaria y/o secundaria. Finalmente, estima que las disposiciones de diseño dispuestas por la DIE no permiten que un proyecto de construcción que ha nacido en cumplimiento con las normas y reglamentos del MEP, sus planos tipo y otros, logren una certificación de proyecto sostenible. Por tanto, estima que esto último hace improcedente la aplicación dentro del sistema de evaluación de una línea por proyectos con certificación de proyecto sostenible. La Administración indica que no acepta lo solicitado. Estima un error en el argumento, ya que indica que se le dá más peso a las obras no relacionadas con centros educativos, lo cual afirma no es correcto, en razón de que los 80 puntos correspondientes a Experiencia del Oferente se calcularán basándose en el área de la sumatoria de los 4 proyectos (únicos) que debe presentar cada oferente, mientras que los 17 puntos correspondientes a Experiencia del Oferente en Proyectos Educativos, se calcularán basándose en el área de los proyectos educativos que presente el oferente, sólo si éste presenta dentro de los mismos 4

proyectos que se calificaron en el punto anterior, uno o más proyectos educativos sin perjuicio de que en el caso de que el oferente, no cuente con proyectos educativos a su haber, expone que esto no será objeto de exclusión de la oferta, pero no podrá sumar estos 17 puntos en la calificación. Que contrario a lo que se alega, el peso de la experiencia en centros educativos viene a sumar por sobre los oferentes que no cuenten con esta. Expone que para la Administración es importante la experiencia acreditada en los proyectos más afines a su actividad como lo son los de obra educativa. Que en cuanto al domicilio, se determinó otorgar para el factor únicamente 1 punto, de forma tal que esto sea una manera de fomentar y reactivar la economía local de cada uno de los núcleos de distribución geográfica, siendo este valor suficiente como para hacer las veces de un desempate, pero no tan alto como para que una empresa sólo por su ubicación domiciliar pueda resultar precalificada sobre otra con una significativa mayor experiencia. Que si bien la Administración hasta la fecha no ha realizado proyectos de construcción sostenible, este es un tema de gran relevancia no solamente para el MEP y la DIEE sino para Costa Rica, cita el tema de la carbono neutralidad como meta país. Añade que la incorporación de este factor a la calificación es en obediencia a lo impulsado por el Gobierno. Menciona que este factor al igual que para el caso del domicilio, se determinó otorgar únicamente 1 punto de forma tal que esto estimule al sector privado a sumarse a un esfuerzo colectivo en pro de las construcciones sostenibles que finalmente beneficiará a todos los habitantes, suficiente como para hacer las veces de un desempate, pero no tan alto como para que una empresa sólo contando con esta experiencia pueda resultar precalificada sobre otra con una significativa mayor experiencia en los primeros dos factores. **Criterio de División**. En relación con lo objetado, el cartel indica lo siguiente:

Factor de evaluación por línea	Puntaje máximo
Experiencia del Oferente	80
Experiencia del oferente en proyectos educativos	17
Domicilio	1
Certificación de construcción sostenible	1
PYMES	1
Total	**100**

En relación con este extremo, en donde se cuestiona la distribución de los porcentajes del sistema de calificación, se refiere a lo resuelto por este órgano contralor en el punto 2 de este recurso. Ahora bien, en el caso de la incorporación de otros factores de evaluación, no evidencia el recurrente que lo determinado por la administración sea improcedente. En consecuencia, se

declara **sin lugar** por falta de fundamentación. No obstante lo anterior, en relación con el domicilio, la Administración deberá determinar en el cartel la forma en que será ponderado el criterio “Domicilio” en caso de presentarse ofertas en consorcio, pues de la forma en la que se encuentra redactado actualmente, para esta Contraloría General no queda claro, por lo que este extremo se declara **parcialmente con lugar**. **7) Sobre la descripción de la segunda etapa. Punto 2.9 y 5.1**. El objetante menciona en relación con el punto 2.9 que este punto da la posibilidad de elegir a únicamente 8 precalificados para todos los renglones y líneas sujetas a precalificación. En relación con el punto 5.1, indica que la Administración impone una restricción de proyectos activos para cada oferente en cada renglón de contratación, la cual estima antojadiza y sin justificación, y más aún que en el punto 4 Precalificación, restringe la cantidad de precalificados a un máximo de 8 y un mínimo de 3 por línea, lo cual puede llevar a la Administración a una insuficiencia de oferentes para la cantidad de proyectos a ejecutar. Explica que si se estima que en una línea del renglón 1 existan 8 oferentes, la Administración estaría limitando la posibilidad de promoción de concursos hasta un máximo de 18, esto porque un mismo oferente no puede tener más de 3 proyectos simultáneos en ejecución y tampoco se puede invitar a menos de 3 oferentes para un concurso. Presenta un escenario óptimo en donde cada línea ofertada tenga acceso a 8 oferentes que no estén precalificados en otras líneas, lo que implica hasta 64 oferentes, teniendo así la máxima variedad de oferentes posibles, pudiendo la Administración ejecutar hasta 144 proyectos simultáneos para el renglón 1. Sin embargo, afirma que se puede presentar el otro escenario extremo si se llegara a dar el caso en el que se precalificaran los mismos 8 oferentes para las líneas correspondiente para el renglón 1. Menciona que para las limitaciones de los renglones 2 y 3 sucede exactamente lo mismo pero los números serían más limitantes para la Administración. De igual manera, presenta una tabla como respaldo de su argumentación. Menciona que para cada renglón 2 y 3 podría haber un máximo de 64 oferentes y un máximo de 128 proyectos activos, suponiendo que cada línea tiene 8 precalificados diferentes entre líneas. Explica que para el otro caso extremo en donde los oferentes de cada línea de los renglones 2 y 3 sean los mismos 8, la Administración se limitará a ejecutar únicamente 12 proyectos simultáneos, ya que para el concurso 13 no tendría suficientes precalificados para iniciar el proceso de concurso. Expone que existe un peor escenario cuando la cantidad de oferentes se limite a 3. Estima que en el caso anterior, se podría dar que un mismo oferente se adjudique dos concursos, dejando a la Administración sin la posibilidad de promover ni un solo concurso más, hasta que el oferente ejecutante termine al menos uno de los proyectos activos.Destaca los puntos 2.9, 3.5, 4 y 4.1 del cartel. Explica que si un grupo de 8 oferentes del

renglón 3 deciden ofertar todos los renglones y todas las líneas, el sistema de evaluación les favorece, ya que cumplidos los requisitos de admisibilidad técnica y financiera el peso de la evaluación se limita a la cantidad de metros cuadrados construidos. Expone que según una tabla que aporta con su acción recursiva, presenta cómo el oferente del renglón 3 cumpliendo con el mínimo de área solicitada, y a pesar de no obtener puntaje en experiencia en proyectos educativos, proyectos sostenibles o domicilio, se encuentra en una mejor posición que cualquiera de los competidores de los renglones 1 y 2. Que para obtener una posición igualitaria, el oferente del renglón 1 debe presentar un mínimo de m2 construidos de 3.600m2, lo cual lo eleva prácticamente al rango de oferente del renglón 2. Estima que esto puede significar que un oferente puede interesarse en una región en la que no se estimen proyectos durante la vigencia de la precalificación, o que el punto porcentual asignado por localía pierda todo sentido en el entendido de que ese punto por domicilio es más valioso en las zonas en donde se proyecten mayor cantidad de futuras construcciones, que en las zonas en las que a pesar de tener una relativa ventaja de ese punto por domicilio, el volumen de construcciones proyectadas sea nulo o muy bajo. Concluye al indicar que los oferentes se ven limitados en todos los extremos del presente pliego de condiciones, primero solo se escogen un máximo de 8 oferentes por línea y por renglón, pero como quedó demostrado podría darse el caso de que se logren precalificar solo 8 oferentes para todo el país, pero por otro lado, y a pesar de los descrito previamente, cada oferente por su condición o su decisión debe escoger el renglón y las líneas a concursar sin saber si las áreas, cantones o regiones seleccionadas lleguen a tener o no un proyecto de construcción durante la vigencia de la contratación. La Administración indica que no acepta la objeción. Explica que es consciente de que pueden resultar precalificados los mismos 8 oferentes en cada una de las líneas, sin embargo, la delimitación a un máximo de 8 oferentes por línea la hace con el fin de que eventualmente a cada uno de éstos, le vaya a corresponder la construcción de proyectos de obra educativa, de ahí que también se establece la condición de que cada oferente precalificado pueda tener hasta 3 contratos activos con la Administración, de manera que estos oferentes al conocer esta restricción de contratos activos, valoren la conveniencia de participar en todas las líneas y que más bien realicen un análisis de sus intereses de mercado según renglones de complejidad y núcleos de ubicación geográfica de los posibles proyectos, con el fin de escoger las líneas que más beneficios les puedan brindar. Señala que tiene la potestad para definir el máximo de oferentes precalificados por línea, y que para esto consideró la capacidad operativa con la que cuenta para llevar el proceso desde el análisis de ofertas hasta la etapa de ejecución de los proyectos. Que la cantidad de oferentes la considera suficiente para la proyección de

proyectos en segunda etapa, y que la limitación es con el fin de no crear falsas expectativas a los interesados y que en un futuro, se reduzca la posibilidad de que se tengan precalificados sin proyectos adjudicados. **Criterio de División**. En relación con lo objetado, el cartel indica lo siguiente: "*2.9 Presentación de la oferta/ El oferente deberá presentar una única oferta para participar en el presente concurso, independientemente de que esté interesado en participar en varias líneas del mismo. De querer participar en diferentes renglones de complejidad, debe presentar únicamente los requisitos correspondientes al renglón de complejidad mayor en el que participa, los cuales serán utilizados para los renglones de complejidad inferior. De presentarse más requisitos de los necesarios, se desestimarán los de los renglones de complejidad inferior.(...) 4 PRECALIFICACIÓN/ Resultarán precalificados los oferentes físicos o jurídicos con las mejores 8 calificaciones y un mínimo de 3 precalificados por línea./ En caso de que no se presenten ofertas o no se cumpla con la cantidad mínima (3) establecida de oferentes precalificados para cada una de las líneas, se declararán infructuosas de acuerdo con el artículo 86 del RLCA (...) 5.1 Descripción del proceso para la segunda etapa de contratación (...) Los oferentes precalificados podrán concursar en las líneas en las que fueron elegidos y podrán mantener un máximo de 3 contratos activos (de manera simultánea) con la Administración, de la Segunda Etapa del presente proceso, de los cuales, no más de 2 contratos podrán ser de los renglones 2 y/o 3, mientras que para el renglón 1 sí se podrán tener 3 contratos.*" Una vez expuestos los alegatos, se tiene que a pesar de que el objetante plantea una serie de escenarios hipotéticos de la distribución de proyectos en etapa de ejecución tal y como se encuentra la regulación cartelaria en la actualidad, lo cierto es que la Administración expone una necesidad que se ve limitada en análisis de ofertas y en etapa de ejecución por su capacidad operativa, necesidad que no es desvirtuada por el objetante con una modificación sobre este punto del cartel, ni acredita que la redacción actual del pliego cartelario, le impida la posibilidad de ser uno de los oferentes precalificados. Por lo anterior, este extremo se declara **sin lugar**. Sobre lo anterior, se entiende que el Ministerio de Educación ha ponderado los escenarios que se puedan dar al momento de la distribución de los proyectos, y ha asumido el riesgo que esto genere. Finalmente, en la cláusula 4 *"Precalificación*" la Administración dispuso que *"En caso de que no se presenten ofertas o no se cumpla con la cantidad mínima (3) establecida de oferentes precalificados para cada una de las líneas, se declararán infructuosas de acuerdo con el artículo 86 del RLCA*". Sin embargo, sobre la declaratoria de infructuosidad, es preciso señalar que la referida cláusula tiene un error conceptual en relación con la infructuosidad, ya que no podría declararse tal por el solo hecho de no cumplirse la cantidad mínima de 3 precalificados por línea,

pues la infructuosidad se presenta por que falta el cumplimiento de requisitos legales, técnicos o financieros por parte del oferente, es decir la elegibilidad de la oferta, o porque no se hayan presentado ofertas. De tal forma, se debe replantear ese aspecto de la cláusula. **B) RECURSO PRESENTADO POR CONSTRUTICA DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN. 1) Sobre la categoría crediticia según reporte del Centro de Información Crediticia (CIC).** El objetante menciona que según el punto 3.4 de evaluación financiera, la clasificación de riesgo A1 y Nivel 1 en el CIC de SUGEF, es requisito para participar en el renglón 1, 2 y 3. Señala que ese apartado contiene una serie de razones financieras, sin embargo, estima que este requerimiento resulta exigente y desproporcionado, tomando en cuenta además, la crisis provocada por el Covid, y la ausencia de mecanismos para reactivar la economía por parte del gobierno. Menciona que si bien, la Administración quiere asegurar que los oferentes tengan el nivel de riesgo óptimo, este factor limitaría la cantidad de participantes que aún cumplimiento con las razones financieras no alcancen esta categoría en SUGEF, máxime que el histórico es de 48 meses (4 años) y estaría sepultando a las empresas que por una u otra razón han tenido algún atraso histórico de más de 30 días en el pago de sus obligaciones, incluso en esta época de crisis y de Emergencia Nacional. Señala que el presente cartel pretende sepultar a estos oferentes que se han dedicado por años a diseñar y construir obra educativa en el país y negarles la participación y con ello la posibilidad de realizar obras durante 4 años, período en el que se realizarán únicamente contrataciones por medio de la precalificación referida. Menciona que tanto el Nivel 1 como el Nivel 2, indican que el deudor tiene la capacidad de pago suficiente para atender sus obligaciones crediticias, con la diferencia de que en el Nivel 2, indica que en situaciones de estrés de las variables críticas, entre las que se incluyen el tipo de cambio, existen debilidades en su capacidad de pago, por lo que es claro que el nivel 1 sería un nivel óptimo o cliente de honor, y el nivel 2 sería un nivel aceptable, caso contrario serían los Niveles 3 y 4, donde el nivel de riesgo indica que deudor bajo análisis no será capaz de cumplir con sus obligaciones crediticias. Añade que la categoría A1 con un porcentaje de estimación de 0,5% resulta totalmente excluyente, injusta y no se ajusta a la realidad económica que vive el país y el mundo, pero lo más importante es que está emitido en contra de disposiciones emitidas por la CONASSIF dirigido al Sector Financiero con fecha 5 de noviembre de 2020 CNS-1617/08, en la que se mencionan las medidas y facilidades aprobadas, para mitigar el impacto tanto en las entidades financieras como las disposiciones generales para mitigar la crisis y dar un respiro a la difícil situación que vive el país y para procurar el crecimiento de la economía. Señala que la posición de CONASSIF como ente rector de las entidades financieras de este país, ha sido tomar medidas que se adapten a la realidad económica que vive

el país ante la emergencia sanitaria provocada por la enfermedad COVID-19. La Administración indica que según los argumentos de los escritos, así como los documentos que aporta como prueba, están bien fundamentados y se demuestra la afectación al momento de evaluarse el requisito de Admisibilidad Financiera. Menciona que existe una homogeneidad en lo manifestado por el oferente, en virtud de que al aplicar la evaluación financiera se les imposibilitaría continuar en el concurso de precalificación, siendo que al no cumplirse con lo requerido por la Administración se excluye la oferta. Por otro lado, manifiesta que el objetivo del reporte crediticio (CIC) y su evaluación, es informar acerca del historial crediticio y de la situación de endeudamiento que tendrían los posibles oferentes con diferentes entidades bancarias, no así comprobar o medir la capacidad financiera que tendría el posible oferente al adquirir una nueva obligación económica. Que lo anterior se analizaría con profundidad mediante las razones financieras. Aunado a lo anterior, cita que la información que puede constatarse en dicho documento, es un histórico del comportamiento de pago y capacidad de pago desde hace 4 años atrás, lo que refleja una desfase considerable en el tiempo, retrasando el saber ciertamente de la realidad de los posibles oferentes. Estima que busca promover e incentivar la mayor participación de oferentes. Y que por lo anterior, busca contar con empresas que demuestren solidez y capacidad financiera para ejecutar a futuro los proyectos constructivos. **Criterio de División**. De conformidad con los alegatos, se tiene que la Administración menciona que según lo expuesto por el objetante, queda verificada la afectación a los potenciales oferentes al momento de evaluarse el requisito de Admisibilidad Financiera tal y como la regula el presente extremo objetado, pues en su respuesta de audiencia especial indica: "*De acuerdo a lo expuesto y valorados los argumentos de los escritos, así como los documentos que aportan como prueba, me parece que están bien fundamentados y se demuestra la afectación al momento de evaluarse el requisito de Admisibilidad Financiera (...) Existe una homogeneidad en lo manifestado por todos los posibles oferentes, en virtud que al aplicar la evaluación financiera se les imposibilitaría continuar en el concurso de precalificación siendo que al no cumplirse con lo requerido por la Administración se excluye la oferta*" (ver folio No. 39 del expediente electrónico de los recusos de objeción). Por consiguiente, se tiene que la Administración reconoce que existe en la cláusula una limitación a la participación de oferentes, por lo que deberá proceder a modificar el pliego de condiciones de manera que no se restrinja la participación. Por consiguiente, se declara **parcialmente con lugar** este extremo. **C) RECURSO INTERPUESTO POR DISEÑOS METALMECÁNICOS S.A. 1) Sobre el punto 2.14.2 del cartel, ofertas en consorcio.** La objetante remite a lo establecido en este apartado del cartel y solicita la modificación del mismo.

Señala que la ley faculta en un acuerdo consorcial, que dos o más personas, físicas o jurídicas, puedan complementar sus antecedentes y experiencia. Menciona que es claro que los integrantes del consorcio responderán solidariamente por todas las obligaciones y por eso no tiene sentido limitar que sea una sola empresa quien asuma la totalidad de la capacidad financiera. Expresa que mantener el requisito, se convierte en una limitación a la libre concurrencia, ya que de buena fe, las empresas se alían para ofrecer más y mejores alternativas a la Administración. Solicita que se eliminen las limitaciones a la figura consorcial, ya que eso no afecta en la capacidad de la Administración para protegerse y escoger las mejores empresas. La Administración señala que no acepta el punto objetado en cuanto a la admisibilidad financiera, ya que a pesar de que conocen la responsabilidad solidaria en cuanto a las responsabilidades que representa la conformación de un consorcio y que el fin del mismo consiste en complementar sus capacidades y experiencias, sin embargo, la experiencia le ha demostrado al MEP que en caso de un incumplimiento por parte del consorcio, hacer valer dichas responsabilidades ante instancias legales toma su tiempo y debido al interés público de las obras educativas, la Administración requiere resolver a la brevedad posible, por dicha situación es que se desea establecer de antemano la parte del Consorcio que asumiría la responsabilidad financiera del proyecto. Además indica que si solo una parte del consorcio es la que presenta la documentación para responder por la capacidad financiera del mismo, se espera que sea la única que pueda responder económicamente para terminar el proyecto. Posteriormente, remite a lo que dispone este apartado del cartel. Menciona lo que quiere dar a entender a los posibles oferentes, brinda una aclaración y manifiesta que en ningún momento se quiere limitar la participación de la figura consorcial. Indica que se corrige ese punto del cartel para una mayor comprensión de los posibles oferentes. **Criterio de División:** la cláusula en cuestión dispone: *"**2.14.2 Ofertas en consorcio /** Se podrán presentar ofertas en consorcio conforme con lo establecido en el artículo 72 del RLCA. / Para ello deberán aportar un acuerdo consorcial, de acuerdo al Artículo 75 del RCLA en el que se indique el compromiso de las partes componentes del consorcio, las cuales responderán solidariamente por todas las obligaciones establecidas en este Cartel. El acuerdo consorcial, en referencia con el artículo supra citado inciso c), debe indicar el "detalle de los aportes de cada uno de los miembros, sea en recursos económicos o bienes intangibles, como experiencia y de los compromisos y obligaciones que asumiría en fase de ejecución contractual", lo anterior debe aplicarse tomando en cuenta los parámetros de admisibilidad financieros y técnicos./ También se deberá indicar cuál empresa asumirá la representación legal del consorcio, cuál es la empresa que asume la representación técnica que coordinará la ejecución del contrato*

ante la DIE, misma que deberá obligatoriamente asistir a todas las reuniones y cuál empresa será el representante financiero que se registrará ante SICOP para efectos de pago. / La utilización de esta figura no obliga a la creación de una nueva persona jurídica para efectos de presentación de los atestados. / Todas las empresas participantes en consorcio deberán considerar las siguientes condiciones: / [...] ***Admisibilidad financiera:*** *el oferente deberá indicar en el acuerdo consorcial cuál miembro aportará la totalidad de la capacidad financiera. Se aclara que el miembro del consorcio que presente los requisitos de admisibilidad financiera, será el que responda financieramente y de manera integral durante la ejecución del proyecto.*" (Resaltado corresponde al original) (subrayado no corresponde al original). Así, se tiene que lo impugnado corresponde a que una empresa asuma la totalidad de la capacidad financiera. Al respecto, se observa que el cartel es expreso en indicar que el miembro del consorcio que presente los requisitos de admisibilidad financiera será el que responda financieramente, es decir, se habla de uno de los miembros. En tal sentido destaca que la Administración al atender la audiencia especial se ha referido de manera expresa al recurso registrado bajo el número de ingreso NI 7791 que corresponde al recurso interpuesto por Diseños Metalmecánicos e indica que no acepta el punto y destaca lo indicado en cuanto a que si una parte del consorcio es la que presenta la documentación para responder por la capacidad financiera, es de esperarse que esta sea la única que pueda responder económicamente. Sin embargo, en la misma respuesta a la audiencia especial, la Administración indica con posterioridad "*Con respecto a lo objetado por la empresa Diseños Metalmecánicos S.A., en cuanto al punto, 2.14.2*" y expone lo que la Administración quiere dar a conocer sobre el punto destacando que "*es importante conocer si todos los miembros del consorcio aportarán información financiera; interesa que el posible oferente manifieste desde el documento Acuerdo consorcial, cual o cuales miembros del consorcio serán objetos de los respectivos análisis tanto para la Admisibilidad financiera como para la Evaluación financiera. En caso de no hacerse tal indicación, se analizarán a todos los miembros del consorcio los respectivos documentos de Admisibilidad financiera y posteriormente se someterán a la Evaluación financiera, establecida en el cartel que rige este concurso"*. Tal explicación pareciera contradecirse con el contenido de la cláusula impugnada que refiere a uno de los miembros del consorcio y la primera posición externada, tanto para aportar la totalidad de la capacidad financiera como para responder financieramente y de manera integral. En razón de lo anterior, se declara parcialmente con lugar el recurso en este extremo a fin de que la Administración establezca su posición al respecto y la defina de manera clara y completa en el pliego de condiciones lo que corresponda. Para ello, deberá considerar que el artículo 72 del RLCA dispone

que "[...] *se podrá exigir en el cartel, las condiciones de capacidad y solvencia técnica y financiera para cada uno de los miembros del consorcio, sin perjuicio de que para cumplir ciertos requisitos se admita la sumatoria de elementos. Para esto deberá indicar con toda precisión cuáles requisitos deben ser cumplidos por todos los integrantes y cuáles por el consorcio*." Es decir, se trata de una facultad que bien puede ejercer la Administración exigir ciertas condiciones a uno sólo de los miembros (primera posición), no obstante, de decantarse por la posición externada en la "aclaración " (segunda posición) deberá regular la forma en que sumará los aportes de cada empresa para los diferentes análisis de los parámetros de calificación financiera y aclarar si los integrantes del consorcio que suman sus aportes deben cada uno por aparte cumplir con las razones financieras establecidas: razón corriente, razón de endeudamiento y de rentabilidad del patrimonio. Una vez definida la posición, el contenido particular en cuestión será susceptible de ser impugnado. **2) Sobre el punto 3.4, evaluación financiera.** La objetante indica que objeta los renglones 2 y 3 de ese apartado ya que limitan la participación de su representada, y que además, siendo esa la herramienta matemática propuesta, no garantiza a la Administración, la escogencia de las mejores opciones. Alega que la Administración plantea realizar un Análisis de razones financieras, pero no toma en cuenta, que está delimitando y castigando la participación de empresas sólidas, que cuentan con un mayor patrimonio y más activos, en demérito de otras, que tienen pocos activos, y a las que les favorece la fórmula planteada. Remite a un cuadro aportado en el recurso sobre un análisis financiero y señala que en el mismo se muestra el caso de tres empresas distintas, que en diferentes períodos fiscales, según sus capacidades, obtienen razones financieras muy diversas, siendo que claramente, la Empresa A, es mucho más sólida y tiene mayores posibilidades de financiamiento y hacer frente a proyectos de este tipo , que las opciones de las Empresas B y C, que calificarían utilizando la fórmula planteada, pero que sin embargo, no tendrían la capacidad de afrontar proyectos del tamaño esperado o no tendrían con qué respaldar dichas inversiones. Resalta que en ese cuadro, se observa que se está castigando a una empresa que ha venido capitalizando sus utilidades en su activo principal y por otro lado, se premia a empresas que tienen un patrimonio o un activo muy bajo, a las cuales les resulta más sencillo tener razones financieras sanas conforme a esa fórmula. Señala que cuando esas empresas de pocos activos, tengan que hacer frente a inversiones importantes como las requeridas, la Administración no va a tener un respaldo sólido detrás e igualmente les resultará difícil conseguir los financiamientos necesarios, puesto que ninguna entidad financiera, va a permitir un endeudamiento mayor que los activos que respalden una operación. Indica que cuando una empresa, trabaja con utilidades reales del 5% al 10% e invierte de sus utilidades en

hacerse más sólida, se ve castigada. Señala que lo que se debe medir es con cuánto activo cuenta una empresa y el nivel de deuda. Menciona que el año 2020 por efecto de la pandemia, el mercado nacional se vio afectado por lo que no sería lógico que las empresas estén por encima del 10% de utilidad, cuando lo normal ha sido que las empresas constructoras se manejen entre el 5% y 7%. Finalmente, solicita que se modifique la fórmula por una que le garantice a la Administración que escogerá entre empresas que tienen capacidad real. La Administración señala que para las razones financieras del renglón 2 y 3, evalúa las mismas razones financieras y que solo varía los coeficientes a alcanzar por la complejidad del proyecto y el costo de construcción. **Criterio de División:** la cláusula cuestionada dispone: "***3.4 EVALUACIÓN FINANCIERA*** */ Una vez superada todas las etapas de la admisibilidad, se procederá con la evaluación financiera. / Será por el criterio de evaluación* ***CUMPLE / NO CUMPLE*** *y no por asignación de puntaje. [...]*

REGLÓN	REQUISITO

[...]

Renglón 2	Análisis de razones financieras:		
	RAZONES FINANCIERAS	**FÓRMULA DE LAS RAZONES FINANCIERAS**	**COEFICIENTE REQUERIDO, SEGÚN EL PROMEDIO SIMPLE OBTENIDO (TRES PERIODOS FISCALES CONCLUIDOS)**
	Razón Corriente	Activos Circulante/ Pasivos Circulantes	**≥ 1**
	Endeudamiento del Activo Total	(Pasivos Totales /Activos Totales) x 100	**≤ 65%**
	Rentabilidad del Patrimonio	(Utilidad antes de Impuestos / Patrimonio) x 100	**≥ 10%**
	Capacidad financiera disponible:		

El oferente deberá demostrar una capacidad de al menos ¢96 000 000 (noventa y seis millones colones), considerando su capital neto de trabajo más el saldo disponible de todas las líneas de crédito bancarias aportadas.

El oferente deberá cumplir con la siguiente fórmula:

$$CFD : CNT + LCB \geq 0.20(MMC)$$

Donde:

CFD= Capacidad financiera Disponible.
CNT= Capital Neto de Trabajo (Activos Corriente – Pasivos Corrientes).
Este saldo se tomará de los Estados financieros del último periodo fiscal concluido.
LCB= Línea de Crédito Bancarias (Se tomará el saldo disponible de todas las líneas de crédito aportadas).
MMC=Monto máximo de construcción del renglón.

En caso de no cumplir, se excluye la oferta correspondiente.

Análisis del reporte crediticio del Centro de Información Crediticia (CIC) de la SUGEF:

El oferente deberá cumplir con lo siguiente:

- La clasificación de la categoría de riesgo deberá ser **A1** (morosidad igual o menor a 30 días, con un porcentaje de estimación de 0,5%), caso contrario se excluye la oferta.
- La clasificación del comportamiento de pago histórico deberá ser **Nivel 1** (tiene capacidad de pago), caso contrario se excluye la oferta.

Renglón 3

Análisis de razones financieras:

Razones financieras	Fórmula de las razones financieras	COEFICIENTE REQUERIDO, SEGÚN EL PROMEDIO SIMPLE OBTENIDO (TRES PERIODOS FISCALES CONCLUIDOS)
Razón Corriente	Activos Circulante/ Pasivos Circulantes	**≥ 1,3**
Endeudamiento del Activo Total	(Pasivos Totales /Activos Totales) x 100	**≤ 75%**
Rentabilidad del Patrimonio	(Utilidad antes de Impuestos / Patrimonio) x 100	**≥ 10%**

Capacidad financiera disponible:

El oferente deberá demostrar una capacidad de al menos ¢100 000 000 (cien millones), considerando su Capital Neto de trabajo más el saldo disponible de todas las líneas de crédito bancarias aportadas.

El oferente deberá cumplir con la siguiente fórmula:

$$CFD : CNT + LCB \geq 0.25(MMC)$$

Donde:

CFD = Capacidad financiera Disponible.
CNT= Capital Neto de Trabajo (Activos Corriente – Pasivos Corrientes).
Este saldo se tomará de los Estados financieros del último periodo fiscal concluido.
LCB= Línea de Crédito Bancarias (Se tomará el saldo disponible de todas las líneas de crédito aportadas).
MMC=Monto máximo de construcción del renglón.

En caso de no cumplir, se excluye la oferta correspondiente.

Análisis de los ingresos:

El oferente deberá cubrir con el promedio de los ingresos registrados en los últimos tres periodos fiscales concluidos; dicho promedio debe de ser de al menos ¢1 000 000 000 (mil millones de colones).

El oferente deberá cumplir con la siguiente fórmula:

$$\frac{\bar{x}(Ingresos\ 1 + Ingresos\ 2 + Ingresos\ 3)}{MMC} \geq 1$$

Donde:

$\bar{x}$: Promedio
INGRESOS 1: Ingresos del último año.
INGRESOS 2: Ingresos del penúltimo año.
INGRESOS 3: Ingresos del antepenúltimo año.

	MMC=Monto máximo de construcción del renglón, correspondiente a ¢1 000 000 000 (mil millones de colones). En caso de no cumplir, se excluye la oferta correspondiente.
	Análisis del reporte crediticio del Centro de Información Crediticia (CIC) de la SUGEF: El oferente deberá cumplir con lo siguiente: • La clasificación de la categoría de riesgo deberá ser **A1** (morosidad igual o menor a 30 días, con un porcentaje de estimación de 0,5%), caso contrario se excluye la oferta. • La clasificación del comportamiento de pago histórico deberá ser **Nivel 1** (tiene capacidad de pago), caso contrario se excluye la oferta.

Para los renglones 1, 2 y 3 se aclaran las siguientes condiciones para la evaluación financiera:

1. Será realizada con la información de los Estados Financieros y demás requisitos financieros aportados por el oferente. / 2. Si la oferta es presentada de forma individual o consorciada, el oferente deberá aprobar el coeficiente requerido para cada razón financiera; para obtener el mismo, se calcula el promedio simple de los resultados obtenidos de manera individual en cada razón financiera de los tres últimos períodos fiscales analizados. / 3. Para las ofertas presentadas en consorcio, no se sumarán elementos, debido a que una de las partes deberá asumir la solvencia financiera del proyecto e indicarlo así en el Acuerdo Consorcial." Ante ello lo cuestionado es lo que la recurrente denomina "la herramienta matemática propuesta". Sin embargo, pese a tratarse de razones financieras usuales, la objetante no expone cuáles son las razones financieras que considera inadecuadas y por qué, como tampoco realiza una propuesta de cuáles son las que deberían emplearse y las razones de su pertinencia, ya que se limita a indicar que se debería medir con cuánto activo cuenta una empresa y el nivel de deuda, así como medir entre los pasivos totales y activos totales. Vale resaltar que la definición de los parámetros de evaluación financiera corresponde a la Administración, quien realiza la respectiva valoración de los elementos que desea analizar para asegurar un determinado cumplimiento desde la perspectiva financiera, y tratándose de un elemento amparado en la discrecionalidad administrativa y cobijado bajo la presunción de validez del acto administrativo que se materializa en el cartel, es deber de quien lo cuestiona, rebatirlo y apoyarse en prueba idónea. En el presente caso, por ejemplo, destaca que la objetante manifiesta que por los efectos de la pandemia las empresas están entre el 5% y 7% de utilidad y no por encima del 10%, sin embargo, no demuestra a través de prueba que alcanzar un 10% no se constituye en un parámetro razonable en este momento, y tal señalamiento se limita a su decir, adoleciendo el recurso en este extremo

de falta de fundamentación. Asociado a esta falta de fundamentación, vale agregar que a través del recurso de objeción no se puede pretender ajustar el pliego a las condiciones particulares de cada empresa, a lo que están en posibilidades de cumplir según su realidad como empresa, ya que está dirigido a eliminar limitaciones injustificadas a la libre participación, y en tal sentido, debe acreditarse en primer término que en el efecto el requerimiento se constituye en una limitante, y una vez acreditada la limitante debe comprobarse que en efecto sea injustificada. Lo anterior, bajo la lógica de que los requerimientos cartelarios suponen en sí mismos una limitación a la libre participación de cualquier interesado precisamente porque lo que pretende contratar la Administración y a quiénes espera definir como oferentes idóneos. En razón de lo expuesto, se declara sin lugar el recurso en este extremo. **D) RECURSO PRESENTADO POR BUCKNOR CONSULTORES DE ASOCIADOS 1) Sobre documentación legal innecesaria. Punto 3.1.** El objetante indica que la condición es contraria a los artículos 16 y 17 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, donde existe una presunción de legitimación, asociada al Reglamento para la Utilización del Sistema Integrado de Compras SICOP. Estima que si bien, el costo de esta tramitología es residual, la cláusula es muy representativa sobre la posibilidad de encontrar en cartel condiciones desactualizadas, y no fundadas. Por ende, cita que la pretensión es que se elimine del cartel el punto 3.1. La Administración indica que se acepta lo objetado. Y que por lo anterior, elimina el punto correspondiente. **Criterio de División**. En relación con lo objetado, el cartel indica lo siguiente: "*3.1 Admisibilidad administrativa y legal (...) En caso de personas jurídicas, presentar certificaciones de personería jurídica con vista en el registro de personas jurídicas del Registro Nacional y capital social con vista en el registro de accionistas que al efecto lleva la sociedad, indicando el número de acciones que lo componen, nómina de socios tenedores de las acciones, con un periodo de validez no mayor a los seis meses. Las certificaciones deberán ser expedidas por el Registro Nacional, notario o contador público autorizado, con la debida firma digital autorizada o bien debidamente escaneadas.*" De conformidad con lo expuesto, se tiene un allanamiento de la Administración a la pretensión del objetante. En consecuencia, este órgano contralor asume que el Ministerio de Educación ponderó la trascendencia de la modificación que acepta, lo cual queda bajo su exclusiva responsabilidad. Por consiguiente, este extremo se declara **parcialmente con lugar**. **2) Sobre la evaluación financiera. Punto 3.3 y 3.4**. El objetante menciona que el requisito de categoría de riesgo, nivel de pago, y cualquier otro asociado al récord de la SUGEF es improcedente, una barrera de entrada injustificada. Explica que el objeto objeto contractual no es préstamo de dinero, ni financiamiento de obras. Que no existe relación entre el requisito y el objeto contractual

de esta licitación. También menciona que el cartel tiene otros filtros de admisibilidad financiera. Además, que no se ubica en el expediente de la contratación ni se deduce de la lectura de este, la motivación para incluir el requisito de categoría de riesgo y nivel de pago nivel No.1. Por lo que lo anterior, lo estima como un acto administrativo inmotivado, generador de un efecto negativo en el administrado, y por definición nulo. Estima que la condición desconoce la realidad de pequeñas y medianas empresas, que han enfrentado situaciones esporádicas de morosidad con terceros. Contraria a la libre concurrencia, y a falta de estudios para sostener los requerimientos objetados, sin desearlo, el MEP genera un riesgo de crear un oligopolio, facilitará los acuerdos colusorios y los precios altos. Menciona que en el año 2017 pagaron una operación atrasada, y que sin embargo, la afectación sobre el récord crediticio se levantará en octubre de este año, porque el récord negativo se mantiene 4 años, aunque en la actualidad, afirma no tienen deudas. Estima que lo anterior es incongruente, pues afirma que el punto 3.3 el cartel considera estados financieros de los últimos 3 períodos fiscales. Estima que la herramienta de SUGEF, independientemente de las valoraciones sobre si es justa, apegada a la lógica y realidad económica del país, no está hecha, y no funciona, para discriminar empresas constructoras por deudas, incluso ínfimas que podrán ser de pocos cientos de miles incluso, que en todo caso imposibilitan tener la calificación de nivel No. 1 exigida en el cartel. Por lo que solicita que se elimine del cartel el punto 3.4 donde exige el cumplimiento de nivel de riesgo A1 y morosidad nivel No. 1, y cualquier remisión del cartel o exigencia de cumplimiento de parámetros de SUGEF, así como el reporte exigido en tal sentido en el punto 3.3. La Administración indica que según los argumentos de los escritos, así como los documentos que aporta como prueba, están bien fundamentados y se demuestra la afectación al momento de evaluarse el requisito de Admisibilidad Financiera. Menciona que existe una homogeneidad en lo manifestado por el oferente, en virtud de que al aplicar la evaluación financiera se les imposibilitaría continuar en el concurso de precalificación, siendo que al no cumplirse con lo requerido por la Administración se excluye la oferta. Por otro lado, manifiesta que el objetivo del reporte crediticio (CIC) y su evaluación, es informar acerca del historial crediticio y de la situación de endeudamiento que tendrían los posibles oferentes con diferentes entidades bancarias, no así comprobar o medir la capacidad financiera que tendría el posible oferente al adquirir una nueva obligación económica. Que lo anterior se analizaría con profundidad mediante las razones financieras. Aunado a lo anterior, cita que la información que puede constatarse en dicho documento, es un histórico del comportamiento de pago y capacidad de pago desde hace 4 años atrás, lo que refleja una desfase considerable en el tiempo, retrasando el saber ciertamente de la realidad de los posibles

oferentes. Estima que busca promover e incentivar la mayor participación de oferentes. Y que por lo anterior, busca contar con empresas que demuestren solidez y capacidad financiera para ejecutar a futuro los proyectos constructivos. **Criterio de División**. De conformidad con los alegatos, se tiene que la Administración menciona que según lo expuesto por el objetante, queda verificada la afectación a los potenciales oferentes al momento de evaluarse el requisito de Admisibilidad Financiera tal. Por consiguiente, se tiene un allanamiento de parte de la Administración a la pretensión del recurrente. Por consiguiente, se declara **parcialmente con lugar** este extremo. **3) Sobre la dirección e inspección de los proyectos. Punto 5.6.** El objetante menciona que el cartel pretende contratar empresas constructoras, pero que el punto 5.6, les encarga tanto la dirección de las obras, como la inspección. Explica que el cartel no es congruente porque el mismo empresario no puede ser constructor e inspector, sino que la responsabilidad la asume el constructor, sin cargar honorarios de inspección adicionales, lo cual sería contraproducente para el Ministerio. Por lo anterior, solicita que se elimine del cartel la función de inspección o se modifique indicando que la modalidad será de llave en mano, incluyendo todos los servicios. La Administración no se refirió. **Criterio de División**. En relación con el objeto del presente concurso, el cartel indica lo siguiente: "*1 OBJETO DEL CONCURSO/ El presente cartel tiene como objeto la precalificación de oferentes para la construcción de obras de infraestructura educativa, sean personas físicas o jurídicas, con fundamento en el artículo 53 de la Ley de Contratación Administrativa (LCA) y lo dispuesto en el artículo 105 inciso b) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), para cuando la Administración lo requiera.*" De igual manera, en relación con la cláusula 5.6, el cartel indica lo siguiente: "*5.6 Dirección de obra, inspectores, ingeniero residente y maestro de obras/ El contratista deberá colocar al frente de los trabajos a un equipo de profesionales quienes conformarán la dirección de obra y la inspección, tanto de las obras civiles como las eléctricas, según corresponda, y se constituirán en los profesionales responsables de las obras de conformidad con lo estipulado en la Ley Orgánica del Colegio Federado de Ingenieros y de Arquitectos de Costa Rica (CFIA)./ El profesional a cargo de la dirección de obra o inspección de la obra civil deberá ser ingeniero civil, ingeniero de construcción o arquitecto. El profesional a cargo de la dirección de obra o la inspección de la obra eléctrica deberá ser ingeniero electricista, ingeniero electromecánico, ingeniero de mantenimiento industrial o quien esté facultado por el CFIA para ejercer este cargo./ En los Proyectos Categoría 2 y 3, se deberá disponer de un ingeniero residente, responsable de la ejecución y calidad de la obra./ El contratista nombrará al menos a un maestro de obras experimentado residente a tiempo completo en el proyecto.*" Ahora bien, de frente a los alegatos

presentados por las partes, y de conformidad con la regulación citada, se tiene que la regulación cartelaria actual establecería en el mismo contratista la responsabilidad de ejercer el doble cargo de dirección técnica e inspección, sin embargo, la Administración no se refirió respecto a esto, y la posible incompatibilidad en que ambas funciones recaigan en un solo sujeto. Por lo anterior, este órgano contralor instruye a la Administración para que acuda a las instancias correspondientes de tal manera que determine si las funciones de dirección técnica e inspección de las diferentes ramas aplicables a la ejecución de la construcción puedan converger en un mismo contratista, y de ser necesario, realizar los ajustes correspondientes al cartel. De lo anterior, deberá dejar constancia en el expediente de la contratación. De conformidad con lo expuesto, este extremo se declara **parcialmente con lugar**. **E) RECURSO INTERPUESTO POR DESARROLLOS URBANÍSTICOS ALMADA S.A. 1) Sobre exclusión de obras de índole habitacional o de infraestructura urbanística, obra similar.** La objetante señala que esos requisitos establecidos por la Administración limitan la libre competencia de los potenciales oferentes, al ser excluidas las obras de índole habitacional o de infraestructura urbanística, ya que la Administración las ha determinado como obras no similares a las obras objeto de la presente contratación. Remite y señala que tal y como se desprende de la página 49/50 del documento Cartel de precalificación de oferentes para Construcción de Obras de Infraestructura Educativa que corresponde precisamente al Cartel de Licitación se tiene que no serán admitidos como proyectos similares los tipos indicados, entre los cuales señalan los dos primeros que corresponden a infraestructura urbanística y obras habitacionales. Señala que de lo anterior, se tiene que la Administración enlista los tipos de obras que serán admitidas por no ser similares al objeto de la contratación y la vez, determina aquellas obras que sí serán admitidas. Menciona que de la similitud de las obras establecidas por la administración se extraña un mayor detalle que no permita la introducción de obras que no resulten constructivamente similares, a las de los diferentes objetos contractuales requeridos en este procedimiento, esto en razón de que por ejemplo desconocen y no comparten toda la gama de obras y sub obras que se puede generar a raíz de dar por aceptados proyectos tipo comercial, institucional, turístico, salud, oficina, centro comercial, supermercado, entre otras. Señala que de las mencionadas anteriormente, se tiene que la similitud en cuanto a la disposición final con respecto a centros educativos no existe como tal, excepto por el tipo de obra constructivamente hablando, sin embargo la falta de detalle el caso de turísticas por citar un ejemplo podría corresponder a obras que no sean precisamente edificaciones, eso en razón de que la construcción de plazoletas y senderos pueden estar inscritas como obras turísticas sin tener ninguna similitud con la experiencia pretendida por la

administración. Menciona que de las obras que comúnmente se componen los proyectos de infraestructura educativa tramitados por el Ministerio de Educación Pública y sus dependencias, que corresponden al objeto contractual de este procedimiento se encuentra el movimiento de tierras, demoliciones, parqueos, cerramiento perimetral, accesos y áreas de espera, muros de retención, entre otras. Menciona que de las obras definidas por la Administración como similares, se tiene que con respecto a los alcances dicha congruencia realmente no existe, no al menos en obras como comerciales, turísticas, restaurantes y supermercados entre otras, por cuanto prácticamente contienen un mínimo de las sub obras enumeradas. Señala que la Administración ha utilizado como criterio técnico para definir la similitud básicamente en la complejidad constructiva, la cual tampoco se acredita de forma adecuada en razón de que se extraña un mayor detalle que delimite puntualmente los alcances de las obras a acreditar como experiencia a favor de los oferentes, en sí construcción de edificaciones que congruentemente tengan similitud real con obras de infraestructura educativa. Menciona que con respecto a las obras como hoteles y moteles, que sí son admisibles, si existe una gran similitud con los desarrollos de tipo habitacional, razón por la cual no consideran como razonamiento válido que unas sean aceptadas y otras no. Indica que un condominio vertical u horizontal tiene estrecha semejanza arquitectónica y constructiva con un hotel y un motel si se quiere, así como una similitud mucho mayor que existe de un desarrollo habitacional con un centro educativo. Señala que gran parte de las obras prototipo que utiliza la Administración en sus obras, corresponden a edificaciones tipo prefabricadas a base de columnas y baldosas horizontales. Expresa que no comprenden por qué son excluidas las obras referentes a la industria habitacional. Alega que si la Administración pretende una experiencia puntual entonces debería de establecer que acepta únicamente obras de infraestructura educacional que guarden la mayor similitud con las obras objeto de la contratación o que en su defecto, justifique con sustento técnico la no similitud de cada una de las obras que determinó como inadmisible. Señala que lo que se requiere es de un mayor detalle de cada uno de los tipos de obras que la administración técnicamente pueda fundamentar por qué si resultarían válidamente admisibles. Concluye que la ejecución completa de un desarrollo habitacional de calibre mediano en adelante resulta similar o inclusive superior respecto a la complejidad constructiva y los alcances en general, que en apariencia es el parámetro determinado por la contratante. Señala que la construcción requiere de diferentes etapas constructivas similares o idénticas a las de un centro educativo, a las cuales remite y dentro de ellas señala el movimiento de tierras, demoliciones, parqueos, cerramiento perimetral, accesos, muros de retención, entre otras. Menciona que las edificaciones de las viviendas que conforman

el complejo habitacional requieren de diversas actividades constructivas similares o idénticas a las que se requieren para la construcción de un centro educativo, a las cuales remite y dentro de ellas señala topografía y trazo, limpieza del terreno, corte y botado, sustituciones, entre otras. Menciona que no existe diferencia alguna con respecto a los materiales requeridos, las herramientas a utilizar, la disposición de equipos menores y de maquinaria así como en la mano de obra especializada y no especializada que se requiere para la construcción de centros educativos o desarrollos habitacionales. La Administración indica que no aceptan el punto objetado en cuanto a proyectos similares, ya que la determinación de los proyectos clasificados como similares no es arbitraria, sino que fue determinado a partir razones técnicas que se basan en criterios que CFIA utiliza para clasificar los proyectos y normativa atinente a la que rige para proyectos educativos. Menciona que la clasificación de proyectos similares se realizó considerando los criterios que utiliza el CFIA para la tasación de los proyectos, así como para la elaboración de las certificaciones. Señala a modo de ejemplo, que el objetante justifica que las actividades que se deben realizar para construir un proyecto educativo son similares a las que se requieren para construir un proyecto urbanístico, sin embargo, el CFIA al momento de tasar lo que valora es el metraje en infraestructura vial, lo cual según el tamaño del terreno puede favorecer el metraje de este proyecto, aunque la experiencia en infraestructura vial no genere valor para el tipo de obra requerida por la DIE. Solicita la presentación de la certificación del CFIA, como único medio para respaldar la experiencia de los oferentes en proyectos similares. **Criterio de División:** el contenido cartelario en cuestión se ubica en Anexo no. 6 “Proyectos similares” y dispone: “*Siguiendo los planteamientos técnicos realizados y considerando la clasificación de “obra” y “sub-obra”, se define lo siguiente: / No se permitirán como proyectos similares, los siguientes tipos de obras: / • Habitacional / • Infraestructura * (urbanístico) / • Industrial / • Obras Complementarias / • Deportivo / • Sanitario / • Agroindustrial / • Religioso”* . El cuestionamiento va dirigido a que se limita la participación “al ser excluidas puntualmente las obras de índole habitacional o de infraestructura urbanística”, según lo indica la objetante. De frente a los cuestionamientos de la recurrente destaca lo indicado por la Administración al atender la audiencia especial, ya que manifiesta que la clasificación de proyectos como similares fue determinada “a partir de razones técnicas que se basan en criterios que CFIA utiliza para clasificar los proyectos y normativa atinente a la que rige para proyectos educativos”, ello, sin identificar dicha normativa referida a proyectos educativos. Además, la Administración también afirma que la clasificación se realizó considerando los criterios que utiliza el CFIA para la tasación de proyectos y elaboración de certificaciones, sin embargo, de ello no se derivan las razones

propiamente por las cuales una determinada clasificación para efectos de trámites ante el CFIA es la que resulta atinente para determinar de frente al objeto contractual cuáles tipos obras se pueden incluir o excluir como obras similares, así como tampoco identifica cuál es la normativa particular que ha empleado. En tal sentido, no aporta o ni identifica de modo alguno, cuál es el instrumento del CFIA al que refiere. En adición a esta falta de justificación, se observa en el cartel que tratándose de "infraestructura * (urbanístico)" se consigna un asterisco como si fuese la Administración a ampliar o aclarar sobre el punto, sin que se observe mayor señalamiento al respecto, por lo que se desconoce qué es lo que debe entenderse para este tipo de obras y por lo tanto no se brindan elementos para entender por qué dichos tipos de obras se excluyen como similares. Asimismo, de lo planteado por la recurrente en contraposición con la respuesta de la Administración no se encuentra una justificación que permita comprender por qué se descartan obras como las habitacionales que en términos generales parecieran resultar edificaciones similares constructivamente. A partir de lo expuesto, deberá la Administración justificar la exclusión de esos dos elementos como obra similar y brindar criterios objetivos para su definición. En razón de lo que viene dicho, se impone declarar parcialmente con lugar el recurso. **F) RECURSO INTERPUESTO POR LA EMPRESA RECUBRIMIENTOS Y CONSTRUCCIONES DE ASOCIADOS (REYCO) S.A. 1) Sobre el punto 3.4 del cartel.** La objetante remite a lo establecido en el cartel sobre este apartado. Menciona que si bien, el encabezado de esa cláusula indica que una vez superadas las etapas de admisibilidad se evaluarán los estados financieros de las empresas y que en caso de no cumplir con la calificación A1, la oferta será descalificado, lo que se ha convertido también en requisito de admisibilidad. Señala que en situaciones económicas como las que vive el país producto de la pandemia, lleva a que muchas empresas que antes tenían la categoría A1, actualmente se encuentren en categorías inferiores, sin que eso signifique que las empresas estén en quiebra o que no puedan cumplir con sus compromisos financieros o contractuales. Menciona que el cartel exige que los oferentes participantes del proceso cuyos montos de contratación inician desde los trescientos millones de colones hasta mayores a los seiscientos millones de colones, debamos estar en la misma categoría de empresas que ejecutan contratos para la administración pública de diez, quince, veinte y más millones de dólares. Señala que este órgano contralor debe tomar en cuenta que el objeto de la contratación es la precalificación de empresas para la construcción de obras de infraestructura, las cuales están definidas en el cartel. Indica que además, se debe considerar que la forma de pago garantiza a la Administración que va a pagar lo efectivamente ejecutado por el contratista y que el contratista va a ver satisfecha su inversión en el corto plazo, al respecto,

remite al apartado 5.8.1 del pliego de condiciones. Señala que el apartado antes referido, significa que un contratista que va a ejecutar una obra por seiscientos o más millones de colones, no tiene que tener en sus cuentas bancarias esos seiscientos millones de colones o más, no, lo que debe poseer es la capacidad financiera para hacer frente a un porcentaje mínimo del proyecto, que puede rondar entre un 5% y un 8% del monto contratado y que de ese porcentaje, según la experiencia de los que están en el mercado, más del 90% de esos porcentajes se financian con créditos de los proveedores de materiales, cuyos plazos pueden oscilar entre los 30 y 60 días. Indica que también existe el recurso financiero de factoreo o descuento de facturas, figura muy utilizada con el sistema bancario nacional, que cuando se tiene un récord crediticio como el de su representada con la firma del contrato de obra, un banco otorga un adelanto del costo de la obra, el cual es cancelado al banco mediante una cesión de pago o con un pago directo del prestatario. Reitera que la pandemia y la contracción económica del país, ha generado una cadena en los pagos, en el que si alguno de los proveedores o contratista no le pagan, esto genera una cadena que este contratista se vea imposibilitado a pagar y así se genera el encadenamiento de no pago. Resalta que la morosidad no necesariamente refleja la capacidad financiera del contratista para la ejecución de la obra. Alega que no es necesario que un oferente en la construcción deba tener una calificación A1 para resultar precalificado, es mucho más importante su historial crediticio y la experiencia que demuestre en la ejecución de obras. Señala que establecer como requisito de admisibilidad o de descalificación de la oferta el estar clasificado como A1, imposibilita la participación de su representada, ya que al no estar en esa categoría no puede participar en el proceso. Alega que con ese requisito, la Administración violenta los principios de equidad e igualdad de participación y de libre concurrencia. Menciona que es violatorio del artículo 52 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa al establecer requisitos de admisibilidad y de validez de las ofertas no acordes con los principios constitucionales antes mencionados. Solicita que se acoja el recurso interpuesto y se le ordene a la Administración eliminar el punto 3.4 para validez de la oferta el que el oferente esté calificado A1. Indica que por ser una solicitud de eliminación de una cláusula cartelaria no se propone redacción alternativa de la misma. La Administración remite a lo establecido en este apartado del cartel. Señala que de acuerdo a la valoración de los escritos presentados, le parece que están bien fundamentados y se demuestra la afectación al momento de evaluarse el requisito de admisibilidad. Menciona que existe una homogeneidad en lo manifestado por todos los posibles oferentes, en virtud de que al aplicar la evaluación financiera se les imposibilitaría continuar en el concurso de precalificación siendo que al no cumplirse con lo requerido por la Administración

se excluye la oferta. Expresa que el objetivo del reporte crediticio y su evaluación, es informar acerca del historial crediticio y de la situación de endeudamiento que tendrían los posibles oferentes con diferentes entidades bancarias, no así, comprobar o medir la capacidad financiera que tendría el posible oferente al adquirir una nueva obligación económica. Menciona que la información que puede constar en el documento es un histórico del comportamiento de pago y capacidad de pago desde hace 4 años atrás, lo que refleja un desfase. Señala que a la Administración, le interesa promover e incentivar la mayor participación de los posibles oferentes para el concurso contratación de precalificación de oferentes para construcción de obras de infraestructura educativa, no así imposibilitar la participación. Finalmente, indica que requieren contar con empresas que demuestren solidez y capacidad financiera para ejecutar a futuro los proyectos constructivos cuyo fin es satisfacer la demanda de escuelas y colegios que tiene la niñez y adolescencia del país, beneficiando de manera oportuna la educación costarricense. **Criterio de División:** el pliego de condiciones dispone: "***3.4 EVALUACIÓN FINANCIERA /*** *Una vez superada todas las etapas de la admisibilidad, se procederá con la evaluación financiera. / Será por el criterio de evaluación* ***CUMPLE/NO CUMPLE*** *y no por asignación de puntaje. /* [...] ***Reglón*** [sic] ***1*** *// REQUISITO / Análisis del reporte crediticio del Centro de Información Crediticia (CIC) de la SUGEF: / El oferente deberá cumplir con lo siguiente:/ • La clasificación de la categoría de riesgo deberá ser* ***A1*** *(morosidad igual o menor a 30 días, con un porcentaje de estimación de 0,5%), caso contrario se excluye la oferta. / • La clasificación del comportamiento de pago histórico deberá ser Nivel 1 (tiene capacidad de pago), caso contrario se excluye la oferta. /Capacidad financiera disponible:/ El oferente deberá demostrar una capacidad de al menos ¢96 000 000 (noventa y seis millones de colones), considerando su capital neto de trabajo más el saldo disponible de todas las líneas de crédito bancarias aportadas./ El oferente deberá cumplir con la siguiente fórmula:*

$$CFD : CNT + LCB \geq 0.15(MMC)$$

Donde:
CFD= Capacidad financiera Disponible.
CNT= Capital Neto de Trabajo (Activos Corriente – Pasivos Corrientes).
Este saldo se tomará de los Estados financieros del último periodo fiscal concluido.
LCB= Línea de Crédito Bancarias (Se tomará el saldo disponible de todas las líneas de crédito aportadas).
MMC=Monto máximo de construcción del renglón.
En caso de no cumplir, se excluye la oferta correspondiente. "

Así, el cuestionamiento de la objetante refiere a que como requisito de admisibilidad el oferente esté calificado por la Sugef en la categoría A1, como máxima categoría crediticia para las

empresas y solicita "eliminar el punto 3.4 para validez de la oferta el que el oferente esté clasificado como A1". A partir de lo manifestado por la Administración y al indicar de modo expreso que están bien fundamentados los alegatos y que se demuestra una afectación se deriva que ha operado un allanamiento sobre este extremo, y se declara parcialmente con lugar el recurso para que la Administración proceda a realizar los ajustes pertinentes. En este punto adicionalmente, debe estarse a lo que se resuelve en la presente resolución al respecto tratándose del recurso interpuesto por Bucknor Consultores de Asociados S.A. **G) RECURSO INTERPUESTO POR MARTA MORÁN GONZÁLEZ 1) Sobre la violación de los artículos 53 de la Ley de Contratación Administrativa, y artículo 145, 146 y 150 iniciso b) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.** La objetante señala que en el expediente administrativo no consta la autorización de este órgano contralor para el proceso de precalificación, siendo un proceso que requiere de dicha autorización de conformidad con el artículo 146 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa ya que la contratación administrativa para infraestructura educativa se rige por el artículo 145 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Señala que si bien es cierto que el artículo 53 de la Ley de Contratación Administrativa y el artículo 105 inciso b) del Reglamento a dicha ley, indican que la Administración podrá promover una etapa de precalificación, esa decisión requiere de una motivación ante este órgano contralor, con el fin de obtener la autorización. Aclara que ese mecanismo de precalificación de los artículos antes mencionados, aplica para licitaciones públicas y abreviadas y que en el caso concreto se está aplicando la precalificación para procesos de contratación administrativa de proyectos constructivos en infraestructura educativa, los cuales ya gozan de un procedimiento especial regulado en el artículo 145 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Menciona que el artículo anterior, establece que las Juntas de Educación, Juntas Administración y el Ministerio de Educación Pública, podrán acudir al procedimiento de contratación directa concursada para la gestión integral de proyectos de infraestructura física educativa, que involucra el diseño, la construcción, el mantenimiento, la restauración y la realización de obras en general, así como los servicios profesionales necesarios para lleva a cabo estos proyectos; siendo este procedimiento el más expedito de los procesos de contratación del ordenamiento jurídico. Finalmente señala que la precalificación resulta en un procedimiento complejo, en contraposición con el mecanismo indicado en el artículo 145 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa para la infraestructura educativa. Además, señala que la norma prevé un procedimiento expedito, mientras que el MEP y la DIE pretenden aplicar un mecanismo de precalificación impropio. La Administración señala que no acepta el punto objetado ya que la

Unidad Gestora cuenta con la justificación pertinente, la cual fue presentada a la Dirección de Proveeduría Institucional, antes de iniciar el procedimiento, la cual remite y transcribe. Indica que a pesar de que el MEP cuenta con un mecanismo especial de contratación como bien se dispone en el artículo 145 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, esto no presupone que la Administración no pueda o no deba hacer uso de los demás recursos que les permite la Ley y su Reglamento. Menciona que la utilización del mecanismo de precalificación se encuentra debidamente amparado en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, en el artículo 53 de la Ley de Contratación Administrativa y lo dispuesto en el artículo 105 inciso b) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. **Criterio de División:** El artículo 53 de la Ley de Contratación Administrativa dispone en cuanto a la precalificación que "C*uando lo considere favorable para el mejor escogimiento del contratista, la administración podrá promover una etapa de precalificación, como parte de la licitación pública o de la licitación abreviada, a fin de seleccionar previamente a los participantes, de acuerdo con sus condiciones particulares*." En tal sentido, el artículo 105 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa dispone que "*La Administración podrá promover licitaciones con precalificación, según convenga al interés público e institucional* [...]". Así, se observa que en el presente caso la Administración se ha decantado por realizar una precalificación empleando el procedimiento ordinario de la licitación pública, precisamente, tratándose de la modalidad de precalificación la Administración puede optar por una licitación pública. Ahora bien, se alega por la recurrente el que se haya procedido con el procedimiento licitatorio en lugar de haber empleado la excepción prevista en el reglamento para lo concerniente a infraestructura educativa. Sobre el particular, se tiene que el artículo 145 del RLCA dispone: *"**Proyectos de infraestructura educativa.** Para la gestión integral de proyectos de infraestructura física educativa, que involucra el diseño, la construcción, el mantenimiento, la restauración y la realización de obras en general, así como los servicios profesionales necesarios para llevar a cabo esos proyectos, tanto las Juntas de Educación como las Administrativas y el Ministerio de Educación Pública, podrán acudir al procedimiento de contratación directa concursada, para lo cual será necesario invitar a un mínimo de tres potenciales oferentes.*" Como se desprende de la propia norma, lo que regula la normativa especial que rige la materia de compras públicas, es precisamente una facultad, es una habilitación a apartarse del procedimiento ordinario, más no se trata de una imposición de acudir a la contratación directa concursada. En este orden de ideas, nótese que la norma se ubica en el capítulo IX del RLCA, referido a "Materias excluidas de los procedimientos ordinarios de contratación" respecto del cual se inicia su regulación con el artículo 133 referido a la forma de

contratación, y en el cual se consigna: "*Las materias excluidas legalmente de los procedimientos ordinarios de contratación, podrán ser objeto de negociación directa entre la Administración y el contratante, en el tanto la Administración actúe en ejercicio de su competencia y el contratante reúna los requisitos de idoneidad legal, técnica y financiera para celebrar el respectivo contrato.*" (Subrayado no corresponde al original). Con lo anterior, se observa que la normativa sigue una lógica de potestad, de habilitación, no de imposición. Esto precisamente por cuanto la regla de principio es procedimiento ordinario y las excepciones o exclusiones precisamente obedecen a casos en que si bien pueden ser empleadas por la Administración si cumplen todos los supuestos debe justificarse su procedencia. En este caso se entiende que la Administración se ha decantado por no emplear la facultad y la objetante no acredita por qué ello no resulta justificado, falta de fundamentación que contrasta con lo indicado por la Administración sobre el contar con una justificación que se hace patente en la decisión inicial. Vale agregar que lo alegado por la recurrente en cuanto a que tramitar el procedimiento de precalificación requiere de la autorización de este órgano contralor referida al artículo 146 del RLCA, resulta improcedente, ya que la norma está prevista para exceptuar en un caso concreto el empleo del procedimiento ordinario en supuestos no previstos en las anteriores disposiciones -dentro de las cuales se ubica precisamente el artículo 145 en cuestión-, en los siguientes términos: *"La Contraloría General de la República podrá autorizar, mediante resolución motivada, la contratación directa o el uso de procedimientos sustitutivos a los ordinarios en otros supuestos no previstos por las anteriores disposiciones*". En razón de lo que viene dicho, se impone declarar sin lugar el recurso. **H) RECURSO INTERPUESTO POR CONSTRUCTORA ESTRADA S.A. 1) Sobre las certificaciones requeridas.** La objetante remite al apartado 3.2 del pliego de condiciones. Señala que es importante que este órgano contralor tenga conocimiento que la DIE tenía como mecanismo de aplicación, autorizar a las Juntas de Educación y/o Administrativas para la construcción de infraestructura educativa, la contratación de mano de obra y materiales por separado, una vez que un profesional en Ingeniería también contratado por la Junta que se encargaba del diseño y la dirección técnica o administración y que inscribía el proyecto del CFIA, aunque no era el responsable de la construcción. Señala que su representada participó bajo esa modalidad y construyó importantes proyectos, aportando la mano de obra, a los cuales remite. Menciona que a pesar de haber sido contratado para construir dichas obras por la modalidad del desarrollo del proyecto su empresa no fue la responsable de inscribir el proyecto en el CFIA y por lo tanto no puedo participar en la licitación de precalificación que promueve ahora la DIE ya que solo acepta proyectos que estén inscritos en el CFIA, sabiendo que la modalidad que había

venido utilizando no permitía a los constructores inscribir el proyecto, dejando ahora por fuera a todos los constructores desarrolladores de los proyectos de infraestructura educativa. Señala que como evidencia de dicha modalidad, mediante oficio No. DVM-A-DIEE-934-2019 dirigido a funcionarios Direcciones Regionales de Educación, miembros de las Juntas de Educación y Administrativas y Funcionarios de la DIEE reconoce que uno de los principales mecanismos para el desarrollo de obra educativa pública donde se contrató a un mismo profesional o empresa consultora que se encargue del diseño y la dirección técnica o administración, había fracasado y que debía cambiar a contratar las obras llave en mano. Remite y transcribe el oficio antes mencionado. Señala que mediante oficio No. DVM-A-DIE-DDO-UD-0044-2021 dirigido a la Presidenta de la Junta de Educación de la Escuela Canalete de Upala, en relación con una contratación que tenía en ejecución donde se había contratado a un mismo profesional o empresa consultora que se encargue del diseño la dirección técnica y ahora le pide que modifique el contrato para que se contrate la construcción de la obra llave en mano y que la dirección técnica sea responsabilidad del contratista, oficio al cual remite. Indica que, queda claro que los procedimientos de infraestructura educativa donde la Junta contrataba a un mismo profesional o empresa consultora que se encargue del diseño y la dirección técnica, y que este era quién lo registraba en el CFIA deja ahora por fuera a muchos constructores que a través de los años fueron los responsables de la construcción y remodelación de los centros educativos y que ahora no pueden participar por una cláusula antojadiza y sin sentido incluida en el cartel. Remite al artículo 52 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, así como a la resolución R-DCA-010-2006 emitida por este órgano contralor. Indica que el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa señala que se debe garantizar la posibilidad de competencia entre los oferentes, no debiendo introducirse en el cartel restricciones técnicas, legales o económicas que injustificadamente limiten la participación de potenciales oferentes. Por otra parte, remite al voto 998-98 de la Sala Constitucional, así como al artículo 51 y 54 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Señala que de lo planteado en los artículos anteriormente mencionados, se puede deducir, que las especificaciones o requerimientos del cartel deben promover la más amplia oportunidad de participar en los concursos, además que su incorporación debe tener como fin la selección de la oferta más conveniente a los intereses de la Administración. Solicita que se permita la participación de personas físicas o jurídicas que hayan construido proyectos de infraestructura educativa aún y cuando estos no los hayan registrado ante el CFIA y remite a la nueva redacción que pretende sobre la cláusula objetada. La Administración remite a lo indicado en su respuesta, *"páginas 3 y 4, aclaración del Punto 3.2.1.2 De los proyectos página*

18-19 de 50". En dicho contenido al que remite, indica que no se acepta el punto objetado ya que si bien la Administración ha realizado contratos en los que la responsabilidad de dirección técnica no es asumida por el oferente responsable de la construcción, esta figura no es la única que se ha manejado, también se han contratado a oferentes constructores quienes han debido ingresar esa responsabilidad profesional ante el CFIA, como parte de su contrato. Menciona que va a requerir contratar en la segunda etapa a los oferentes que van a ser precalificados en la primera etapa la construcción de proyectos educativos con la debida responsabilidad profesional, es decir que se requerirá que el oferente brinde además los servicios de dirección de obra, por lo que es indispensable para esos efectos que los mismos acrediten experiencia en dirección de obra, lo cual será verificado únicamente mediante la certificación emitida por el mismo CFIA. Menciona que en los casos en que la empresa sí brindó el servicio de dirección técnica, sin embargo, la misma fue acreditada a nombre de un profesional que en su momento trabajaba para dicha empresa, el oferente debe indicar el nombre del profesional correspondiente y su número de teléfono de acuerdo con el anexo 5, la cual fue modificada y refiere a la misma. **Criterio de División:** el contenido cartelario que se cuestiona dispone: ***"3.2 Admisibilidad técnica / 3.2.1 Los documentos de acreditación /*** *Los documentos a entregar para la acreditación tanto de la admisibilidad como de la calificación serán los siguientes: /* ***"3.2.1.1 Del oferente*** */ [...] b) Certificación general digital emitida por el CFIA, con la debida firma digital certificada del total de proyectos realizados por el* ***oferente,*** *en el periodo de 5, 8 o 10 años (correspondientemente al renglón a participar) antes de la fecha de apertura. / c) Deberá presentar el* ***ANEXO 4 Tabla de Información Técnica del Oferente****, completo, firmado digitalmente. En el punto 3 de Admisibilidad Proyectos ejecutados por el oferente, se deberán presentar CUATRO proyectos, los cuales serán los únicos a ser valorados, cumplan o no con los requisitos solicitados en el presente cartel. Los mismos serán evaluados para la obtención de puntaje, según los diferentes criterios para la admisibilidad. Si el oferente incluyera más proyectos, sólo serán valorados los primeros cuatro, cumplan estos o no con los requisitos solicitados en el presente cartel. Este requisito no es subsanable, en caso de presentar menos proyectos de los requeridos o proyectos que no cumplan con los requerimientos mínimos, estos serán objeto de exclusión de la oferta. Los proyectos ejecutados que se presenten como requisitos de Admisibilidad, mismos que se tomarán para la calificación del puntaje, deben ser proyectos similares a los proyectos que regularmente contrata la Administración (esta condición se explica ampliamente en* ***ANEXO 6 Proyectos Similares,*** *cada uno debe contar con un área de acuerdo al rango indicado en el* ***ANEXO 2 Categorización de los proyectos por renglones según la cuantía de la inversión***

económica, *deben haber sido inscritos en el CFIA, máximo 5 años antes de la fecha de apertura y finalizados antes de la fecha de apertura*." Vale indicar que el referido anexo No. 4 fue objeto de modificación en los siguientes términos:

ANEXO 4. Tabla de información técnica del oferente

TABLA DE INFORMACION TÉCNICA DEL OFERENTE	
Nombre del OFERENTE	
Fecha Apertura de ofertas	
NÚMERO DE LICITACIÓN	
OBJETO CONTRACTUAL	CONCURSO PARA LA PRECALIFICACIÓN DE OFERENTES PARA LA CONSTRUCCIÓN DE OBRAS DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA

1. ADMISIBILIDAD Plazos ofrecidos por el oferente	
Vigencia de la oferta (días habiles)	

2. ADMISIBILIDAD Datos del oferente			
Cédula oferente	Nombre del contacto	Correo oficial	Celular del contacto
Carné CFIA del oferente	Fecha de inscripción CFIA	# certificación CFIA	# años de colegiado

3. ADMISIBILIDAD Proyectos ejecutados por el oferente						
# Contrato CFIA	Área Tasada CFIA en m^2	Fecha inscripción contrato CFIA	# certificación CFIA individual del proyecto	# certificación CFIA general de proyectos del oferente	Fecha de conclusión a satisfacción del proyecto	Sumatoria de áreas de construcción

Ahora bien, los alegatos refieren a la inscripción de los proyectos ante el CFIA y solicita se permita la participación de empresas que hayan construido proyectos de infraestructura educativa aunque no los hayan registrado ante el CFIA. Con lo anterior, y tratándose de experiencia debe partirse de lo que regula la normativa especial al respecto, así, el artículo 56 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa dispone: "C*uando la Administración, solicite acreditar la experiencia, se aceptará en el tanto ésta haya sido positiva, entendida ésta, como los bienes, obras o servicios recibidos a entera satisfacción, debiendo indicar el cartel la forma de acreditarla en forma idónea*.*"* Así, es lo cierto que existen distintas formas en que puede acreditarse la experiencia, sin embargo, la forma debe ser idónea. En este punto debe resaltarse que al atender la audiencia especial respecto al recurso en cuestión, la Administración se limita a indicar "*No se acepta el punto objetado, con base en lo siguiente: / En lo referente a los requisitos de admisibilidad, referirse a lo indicado en este mismo documento en las páginas 3 y 4, aclaración del* ***Punto 3.2.1.2 De los proyectos página 18-19 de 50****."* (Resaltado corresponde al original). Con lo cual no existiría un pronunciamiento expreso sobre el contenido particular y específico de la cláusula 3.2.1.1 que es la objetada. Ahora, vista tal respuesta, vale mencionar

que los proyectos registrados ante el CFIA obedecen a proyectos donde medie un servicio profesional, siendo que lo que se registran son las respectivas responsabilidades, y en materia de contratación las instituciones que promueven las compras se sirven de dicho registro. Sin embargo, no se visualiza que la certificación del CFIA en sí misma acredite experiencia positiva en la medida en que acredita la responsabilidad en determinado servicio profesional, no propiamente en construcción, además no se explica cómo se podría verificar si esos proyectos registrados a favor de determinado sujeto, fueron recibidos a satisfacción, aspecto medular para determinar la experiencia positiva, por ende, no se tiene por acreditado cómo dicho documento serviría como un medio idóneo para que la Administración se asegure que el oferente disponga de experiencia positiva. Además, no se puede desconocer que han existido modelos o esquemas en materia de infraestructura educativa en donde se ha contratado únicamente la construcción. Ahora bien, se denota de lo indicado por la Administración al atender la audiencia especial que se ha decantado por una solución en que la misma empresa constructora haya tramitado la dirección técnica, sin embargo, ello no se desprende del contenido cartelario en cuestión y en tal medida se estima que el cartel no garantizaría que los proyectos a considerar cumplan los supuestos de la experiencia positiva. Así, ante esta falta de pronunciamiento sobre el contenido particular de dicha cláusula y a efectos de no generar una distorsión en la experiencia que la Administración pretende que le sea acreditada, partiendo de que el cartel debe ser claro, completo, objetivo -en los términos del artículo 51 del RLCA- y no abierto a interpretaciones que generen problemas durante las distintas etapas del procedimiento, la Administración deberá replantear su clausulado en cuanto a la forma de acreditar los proyectos que considerará como experiencia, de manera que el medio a utilizar acredite la experiencia positiva. En vista de que la Administración en su respuesta se refiere a la dirección técnica para efectos de experiencia, en caso de optar por ello, deberá tomar en cuenta lo indicado recientemente por esta Contraloría General mediante resolución No. R-DCA-00340-2021 de las nueve horas con cuarenta y dos minutos del veintidós de marzo del dos mil veintiuno, que a su vez refiere R-DCA-00216-2021 de las nueve horas cuatro minutos del diecinueve de febrero del dos mil veintiuno en la cual se señala: *"En este sentido no lleva razón la licitante al indicar que el cartel no hacía distinción en punto al tipo de experiencia, y que una u otra le funcionaba, ello por cuanto el cartel fue claro en requerir experiencia en construcción, es decir en la ejecución de las obras, y no en labores de consultoría, que es justamente lo que acredita el señor [...]. Por lo que no puede entenderse, que haber participado en los proyectos acreditados a título de director técnico, consultor o diseñador por ejemplo, pueda equipararse al ejecutor directo de las obras, pues los roles son diferentes.*

Pensar de la forma en que lo plantea la Administración, implicaría asumir una experiencia que no le corresponde, al no haber ejecutado directamente un proyecto, aunque haya intervenido en algunas etapas". En razón de lo expuesto se declara parcialmente con lugar el recurso.----------

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 81 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa y 148, 173, 178 y siguientes del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se resuelve: **1) DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR** los recursos de objeción interpuestos por las empresas **CONSTRUCCIONES LEVELL BROWN LTDA, CONSTRUTICA DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN LIMITADA, DISEÑOS METALMECÁNICOS S.A., BUCKNOR CONSULTORES DE ASOCIADOS S.A., DESARROLLOS URBANÍSTICOS ALMADA S.A., EMPRESA DE RECUBRIMIENTOS Y CONSTRUCCIONES (REYCO) S.A., y CONSTRUCTORA ESTRADA S.A. 2) DECLARAR SIN LUGAR** el recurso interpuesto por **MARTA MORÁN GONZÁLEZ;** todos los recursos antes indicados, interpuestos en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 2021LN-000001-0007300001** promovida por el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN PÚBLICA** para la Construcción de Obras de Infraestructura Educativa.----------

NOTIFÍQUESE.----------

Firmado digitalmente por FERNANDO MADRIGAL MORERA
Fecha: 2021-03-25 17:33

Fernando Madrigal Morera
Asistente Técnico

Firmado digitalmente por LAURA MARIA CHINCHILLA ARAYA
Fecha: 2021-03-25 16:06

Laura María Chinchilla Araya
Asistente Técnica

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
DIVISION DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA
SAN JOSE - COSTA RICA

Firmado digitalmente por MARIA JESUS INDUNI VIZCAINO
Fecha: 2021-03-25 15:57

María Jesús Induni Vizcaíno
Fiscalizadora

Firmado digitalmente por JORGE ALBERTO CARMONA JIMENEZ
Fecha: 2021-03-25 19:07

Jorge Carmona Jiménez
Fiscalizador Asociado

Estudio y redacción: María Jesús Induni Vizcaíno, Jorge Carmona Jiménez, Laura María Chinchilla Araya, Félix Hidalgo Badilla y Mauricio Madrigal Rivas.
MJIV/ JCJ/MMR/FHB/ mjav
NI: 7737 / 7740 / 7753 / 7767 / 7791 / 7795 / 7796 / 7854 / 7952 / 7964 / 8587
NN: 04647 (DCA-1273-2021)
G: 2021001441-1
Expediente: CGR-ROC-2021002196