



R-DCA-00496-2021

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las doce horas cuarenta y cuatro minutos del cinco de mayo del dos mil veintiuno.--

RECURSOS DE OBJECIÓN interpuestos por las empresas **ASFALTOS LABORO S.A. y QUEBRADORES PEDREGAL S.A.** en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 2021LN-000001-0004700001** promovida por la **MUNICIPALIDAD DE ESPARZA** para la “Contratación del servicio entrega según demanda en obra pública para el mantenimiento y mejoramiento en el Cantón de Esparza”.-----

RESULTANDO

I.- Que en fecha diecinueve y veinte de abril de dos mil veintiuno, las empresas Asfaltos Laboro S.A. y Quebradores Pedregal S.A., interpusieron *-respectivamente-*, recurso de objeción en contra del cartel de la Licitación Pública No. 2021LN-000001-0004700001 promovida por la Municipalidad de Esparza.-----

II.- Que mediante auto de las ocho horas con cuarenta y un minutos del veintiuno de abril del dos mil veintiuno, esta División otorgó audiencia especial a la Administración licitante para que se pronunciara sobre el recurso de objeción interpuesto por la empresa Asfaltos Laboro S.A. ----

III.- Que mediante auto de las doce horas con veinticuatro minutos del veintiuno de abril del dos mil veintiuno, esta División otorgó audiencia especial a la Administración licitante para que se pronunciara sobre el recurso de objeción interpuesto por la empresa Quebradores Pedregal S.A. En este mismo acto se dispuso acumular el plazo para que esta Contraloría General resolviera los recursos presentados en tiempo y forma, también se acumularon los recursos a efectos de la respuesta por parte de la Administración. Dicha audiencia fue atendida según escrito agregado al expediente digital de objeción.-----

IV.- Que esta resolución se emite dentro del plazo de ley, habiéndose observado las prescripciones legales y reglamentarias correspondientes.-----

CONSIDERANDO

I.-SOBRE EL FONDO DE LOS RECURSOS PRESENTADOS. A) RECURSO DE LA EMPRESA ASFALTOS LABORO S.A. i) Sobre la antigüedad de la planta de asfaltos. Indica la objetante que, en el anterior recurso de objeción interpuesto por su representada se impugnó la cláusula 1.9 de las Especificaciones Técnicas, por cuanto disponía -como requisito de admisibilidad- el que los oferentes cuenten con una “*planta de asfaltos propia, con una antigüedad mínima de 10 años, demostrable, que se encuentre al día y con los permisos requeridos para la*

legislación vigente al momento de la oferta. Se debe anexar la información que demuestre lo indicado, mediante las certificaciones originales de las instituciones competentes o copias fieles del original, debidamente autenticadas por notario público”, requisito que considera carece de razones de peso técnicamente justificadas que lo respalden, lo que lo convierte en una verdadera barrera ilegítima e injustificada a la participación. En esa oportunidad se sostuvo que este requisito carece por completo de toda razonabilidad y justificación técnica, pues es más que obvio que una planta más reciente, es decir, de menos años de haber sido construida es por lo general más moderna y eficiente, con menor desgaste y un menor deterioro debido a su menor utilización previa. Añade que lo lógico era que la Municipalidad estableciera regulaciones relativas a la calidad del material y del producto generado por la planta asfáltica, o bien sobre otros elementos como el diseño de la mezcla y el control de calidad que se llevará a cabo, pero no así sobre su antigüedad por carecer éste aspecto de toda relevancia técnica y funcional, pues si se quiere la regulación debería ser más bien a la inversa, esto es, que la planta no debe tener una antigüedad mayor a 10 años, dada el obvio desgaste y deterioro que experimenta el equipo debido a su uso durante ese periodo de tiempo. La Municipalidad incumplió por completo lo ordenado por la Contraloría General pues se limitó a reducir el plazo requerido de 10 a 8 años, sin incorporar al expediente ningún estudio técnico ni jurídico que justifique ese requerimiento, sobre el cual se insisten en que es completamente irrazonable y carece de toda justificación técnica, ya que una planta más antigua será siempre y en general menos moderna y eficiente que una de reciente construcción, con mayor desgaste y mayor deterioro debido a su constante utilización previa. Dicha omisión constituye a su vez una clara violación de lo establecido al efecto por el último párrafo del artículo 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, que expresamente dispone que “Cuando la resolución de la Contraloría General de la República disponga la modificación del cartel, la Administración se encuentra obligada a realizar las enmiendas y publicarlas por los medios correspondientes.”. Agrega que, ya la misma cláusula 1.9 requiere también como requisito de admisibilidad: “incorporación al Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos con una antigüedad mínima de 8 años, tanto de la empresa oferente como del profesional responsable de la ejecución de las obras”, aspecto que también la Municipalidad se limitó a reducir de 10 a 8 años este requerimiento, a pesar de que esa Contraloría General igualmente le ordenó en la misma resolución “incorporar al pliego de condiciones los estudios técnicos y jurídicos a partir de los cuales sustente que contar con 10 de incorporación al CFIA le permiten adjudicar la licitación una empresa sólida en el mercado, garantizado con ello el objeto contractual...”. Lo anterior, corrobora y confirma la total y absoluta irrazonabilidad

de exigir una determinada antigüedad de la planta de asfalto, pues si lo que se busca es garantizar la escogencia de una empresa sólida y consolidada basta para ello con mantener este requisito de años de incorporación al Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos. Insiste la objetante en que, resultaría razonable que el cartel contenga regulaciones relativas a la calidad del material y del producto generado por la planta asfáltica, o bien sobre otros elementos como el diseño de la mezcla y el control de calidad que se llevará a cabo, pero no así sobre su antigüedad por carecer éste aspecto de toda relevancia técnica y funcional. La esencia y razón de ser de todo procedimiento de licitación es sin duda alguna promover la más amplia competencia entre todos los interesados en participar, lo que a su vez le garantiza a la Administración la posibilidad de contar con amplias opciones y alternativas varias de contratación, lo que no se logrará de mantenerse como están las cláusulas aquí impugnadas que contiene el cartel de este concurso público. Solicita se elimine por completo el requisito por ser desproporcionado e irrazonable en el contexto de esta licitación. La Administración manifestó que, considerando que en la ronda anterior la objetante había indicado *“En nuestro caso contamos con nueve años de habernos incorporado a dicho Colegio y además contamos con la experiencia requerida, lo que nos acredita como eventuales oferentes técnicamente idóneos para esta contratación”*, se interpretó que la limitación de la que habla Asfaltos Laboro S.A., era básicamente que el cartel no se ajustaba específicamente a su permanencia en el mercado y a su incorporación al CFIA, por lo que, con la finalidad de que dicha empresa pudiera participar en el presente concurso, se modificó y se redujeron ambos plazos a 8, ya que de lo indicado por la empresa era que ellos contaban con nueve años de inscritos en el CFIA y aún más de laborar en el sector asfalto. Agrega que el requisito de presencia y permanencia en el mercado de una empresa no puede obviarse, debido a que si bien no existen los estudios técnicos, es evidente la relación directa que existe entre los años de permanencia, operación y solidez de la empresa ofertante con la capacidad de colocación de mezcla asfáltica y la cantidad de toneladas colocadas en los últimos años. A pesar del cambio efectuado por la Administración, la objetante en este nuevo recurso solicita que se elimine la cláusula objetada y se le permita por consiguiente participar en este concurso sin limitaciones técnicas injustificadas. Al respecto considera, que quien no justifica su inconformidad y la petición es la objetante, pues no aporta los elementos que sustenten su inconformidad, esto a pesar que la Administración varió las condiciones del cartel con el propósito que pudiera cumplir con los años solicitados, tal así que inclusive en la resolución de la Contraloría se estimó que el recurso carecía de la fundamentación requerida. Considera importante aclarar, que el requisito de antigüedad que se

pide el cartel no corresponde a la planta de asfalto, entendida esta como equipo o maquinaria, sino a la antigüedad de la planta operando instalada y funcionando (espacio físico, personal, maquinaria, equipos, etc.) con todos los requisitos legales y ambientales a derecho, dicha antigüedad se puede reducir para ampliar la participación, pero no eliminarla totalmente, ya que se considera que si bien no existen los estudios técnicos, la relación es directa entre los años de operación y la solidez en el mercado de una empresa. **Criterio de la División.** En el presente alegato, hace ver la objetante que en la primera ronda de objeciones al cartel, se discutió sobre la justificación técnica por parte de la Administración para establecer como requisito de admisibilidad el plazo mínimo de 10 años sobre la antigüedad de la planta de asfaltos. De igual manera, expone que en igual sentido se discutió la inscripción de la empresa oferente ante el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica (CFIA), donde se pedía contar con 10 años de estar incorporados a dicho Colegio. Señala que, en ambos temas, la Contraloría General le ordenó a la Administración realizar los estudios técnicos que justifican la permanencia de ambos requisitos en el cartel y contrario a lo anterior, la Administración lo que hizo fue reducir en ambos casos el requisito a 8 años, con lo cual observa un incumplimiento sobre lo resuelto por el órgano contralor. Para resolver lo planteado, conviene destacar que esta Contraloría General mediante la resolución número R-DCA-00409-2021 de las once horas siete minutos del catorce de abril del dos mil veintiuno, efectivamente resolvió los recursos de objeción presentados por las empresas Asfaltos Laboro S.A., Quebradores Pedregal S.A. y Montedes S.A., en contra del presente cartel. Particularmente, la empresa Asfaltos Laboro S.A., fue la que objetó el cartel en relación con los dos temas que se discuten nuevamente y al respecto la Contraloría General indicó: *“a) Sobre la antigüedad de la planta de asfaltos: Respecto de las manifestaciones realizadas por la objetante, se entienden carecen de fundamentación debido a que la recurrente no remite ningún tipo de valoración técnica a partir de la cual se permita concluir que la antigüedad de la planta deba ser inferior a 10 años; asimismo, la recurrente si bien indica que la Municipalidad establezca regulaciones relativas a la calidad del material y del producto, no justifica técnicamente qué es lo que debe solicitar la Administración para garantizar el objeto contractual; no mucho menos, motiva por qué a partir de lo indicado es que la cláusula se debe eliminar, en el tanto la recurrente se refiere a la irrazonabilidad de la cláusula pero ello sin apoyarse de la prueba técnica correspondiente. Por otra parte, a efectos de justificar su cláusula la Administración señala que lo solicitado obedece a la necesidad de contar con una empresa sólida, consolidada y arraigada en el sector del asfalto, que garantice la satisfacción de su necesidad; sin embargo, no acredita la Administración por qué el plazo de 10 años de antigüedad es el que le permite garantizar que la eventual contratista cuenta*

con la solidez, consolidación y arraigo que le permitirá cumplir el objeto contractual. Lo anterior, encuentra sentido en el tanto la Administración señala que los años requeridos corresponde a 2.5 veces el plazo del contrato; pero la Municipalidad no justifica técnicamente por qué debe requerirse una experiencia en el mercado de 2.5 veces más del plazo contractual para garantizar el cumplimiento del objeto contractual y por qué necesita esa permanencia en el mercado y no una cantidad de años inferiores. Así las cosas, estima este órgano contralor que lo procedente en este punto es declarar parcialmente con lugar el recurso en consideración de la falta de fundamentación de la recurrente y teniendo en cuenta que la Administración no ha motivado ni acreditado la justificación impuesta en su cláusula, **deberá incorporar al pliego de condiciones los estudios técnicos y jurídicos a partir de los cuales considera que contar con 10 años de antigüedad en la planta de asfaltos le permiten adjudicar a una empresa sólida, consolidada y arraigada en el sector del asfalto, garantizado con ello el respaldo y la certeza de que su permanencia en el mercado**, tal y como le indicó a este órgano contralor. *b) Sobre el periodo de incorporación al CFIA:* Respecto de las manifestaciones realizadas por la objetante, estima este órgano contralor que no sustentan lo requerido finalmente, es decir, que se elimine la cláusula solicitada; lo anterior por cuanto si bien la recurrente expone que lo solicitado limita su participación, no acredita por qué ello va en contra del principio de igualdad y de qué manera se brinda injustificadamente un trato diferente frente a los demás oferentes. Asimismo, se tiene que la recurrente no acredita por cuáles razones técnicas y jurídicas es que lo solicitado es excesivo y desproporcionado de frente al plazo de la licitación; de manera que la recurrente no motiva los argumentos señalados con la correspondiente prueba técnica, no acredita por qué a la luz de lo indicado es que debe eliminarse el requerimiento del cartel, de ahí que lo señalado carece de fundamentación. Por otra parte, para este órgano contralor a efectos de justificar su cláusula la Administración señala que lo solicitado obedece a la necesidad de contar con una empresa sólida en el mercado; sin embargo, al igual que sucede respecto de la antigüedad de la planta, no acredita la Administración por qué el plazo de 10 años de incorporación al CFIA es el que le permite garantizar que la eventual contratista cuenta con la solidez, consolidación y arraigo que le permitirá cumplir el objeto contractual; pero la Municipalidad no justifica técnicamente por qué debe requerirse contar con 10 años de incorporación al CFIA y por qué resulta improcedente, a efectos de satisfacer el objeto contractual, contar con menos años desde su incorporación. Así las cosas, estima este órgano contralor que lo procedente en este punto es declarar parcialmente con lugar el recurso en consideración de la falta de fundamentación de la recurrente, sin embargo, teniendo en cuenta que la Administración no ha motivado ni acreditado la justificación impuesta en su cláusula, **deberá incorporar al pliego de condiciones los estudios técnicos y jurídicos a partir de los cuales sustente que contar con 10 de incorporación al CFIA le permiten adjudicar la licitación una empresa sólida en el mercado, garantizado con ello el objeto contractual**, tal y como le indicó a este órgano contralor.” (lo destacado en negrita no es del original). Se desprende de lo citado, que si bien esta División estimó una falta de fundamentación en los alegatos planteados por la

objetante, también se evidenció una falta de sustento técnico y legal del requisito por parte de la Administración y por ende se le ordenó incorporar los estudios técnicos y legales que justifican la permanencia de ambos requisitos, pues la Administración insistió en esa oportunidad que ambos parámetros (10 años de antigüedad de la planta de asfaltos y 10 años de incorporación al CFIA) se mantenían invariables. En esta oportunidad, de frente a la modificación realizada y a lo señalado por la Administración, observa esta División que efectivamente tal como lo reclama la objetante, la Administración no realizó los estudios requeridos y decidió modificar el cartel variando ambos requisitos a 8 años en vez de 10 años, con la única justificación de satisfacer la pretensión de la objetante. No obstante como se vio líneas atrás, cuando se refirió a los temas planteados en la primera ronda de apelación, defendió la permanencia de los requisitos tal como fueron concebidos originalmente en el cartel. A partir de lo expuesto considera esta División, que la modificación introducida al cartel, en igual sentido a lo ya resuelto, debe contar con un sustento técnico y jurídico, que permita determinar que 8 o 10 años (lo que la Administración determine), resulta un parámetro pertinente, proporcionado y ajustado al fin que persigue la Administración, tanto para el caso de la antigüedad de la planta de asfaltos, como al requisito de incorporación al CFIA por parte del oferente, de igual manera enfocado en el objeto contractual que se pretende satisfacer. Así las cosas, habiendo quedado en evidencia que no constan los estudios técnicos ni jurídicos que sustentan los requisitos de admisibilidad señalados, con lo cual se tiene por desatendido lo ordenado por esta Contraloría General, procede **declarar con lugar** el recurso de objeción presentado en el presente extremo, para que la Municipalidad de Esparza realice e incorpore al expediente de la contratación, los análisis que justifican los requisitos indicados y de esta forma no solo sean de conocimiento de los oferentes, sino que sean susceptibles de impugnación de manera fundamentada y con prueba pertinente, por parte de los interesados en participar en este procedimiento licitatorio.

Consideración de oficio. La Administración aclaró en esta oportunidad que, el requisito de antigüedad que se pide en el cartel no corresponde a la planta de asfalto, entendida esta como equipo o maquinaria, sino a la antigüedad de la planta operando instalada y funcionando (espacio físico, personal, maquinaria, equipos, etc). Al respecto, cabe destacar que de la redacción actual (modificada) de la cláusula no se desprende con claridad lo que la Administración está indicando que valorará como “antigüedad” de la planta de asfaltos, pues el texto modificado indica: *“1.9 requisito de admisibilidad para este ítem: -contar con planta de asfaltos propia, con una antigüedad mínima de 8 años, demostrable, que se encuentre al día y con los permisos requeridos para la legislación vigente al momento de la oferta. Se debe anexar la información que*

demuestre lo indicado, mediante las certificaciones originales de las instituciones competentes o copias fieles del original, debidamente autenticadas por notario público -con una colocación de mezcla asfáltica como carpeta mínima de 10 mil toneladas por año en los últimos 5 años, se debe aportar las cartas de experiencias o documentos que hagan constar las cantidades de mezcla en toneladas colocada.” (folio 23 del expediente digital de objeción). En razón por la cual **se ordena a la Municipalidad que proceda a modificar** la redacción del requisito en los términos expuestos en su respuesta, para que quede claramente establecido que la antigüedad de la planta de asfaltos será valorada en relación con el tiempo de operación de la planta instalada y funcionando, tal como lo indicó en esta oportunidad al atender la audiencia especial. Procédase a modificar el cartel en los términos expuestos y darle la debida publicidad para conocimiento de todo potencial oferente. **B) RECURSO DE LA EMPRESA QUEBRADORES PEDREGAL S.A. i) Sobre la antigüedad de la planta de asfaltos.** Indica la objetante que realizando una comparación entre lo ordenado por la Contraloría General y las modificaciones cartelarias se evidencia una desobediencia por parte de la Administración ya que el órgano contralor le indicó a la Administración, incorporar al pliego de condiciones los estudios técnicos y jurídicos a partir de los cuales consideró que contar con 10 años en la antigüedad de la planta de asfaltos. Sin embargo, la Administración modificó el cartel reduciendo el requisito a 8 años. Además, en aclaración indicó: *“1.1 Se corrige a 8 años, en el entendido de que es el tiempo de estar operando la planta (espacio físico y equipos, no a la antigüedad del equipo)”*. Sobre lo expuesto, se evidencia una desobediencia al no incorporar al pliego de condiciones los estudios técnicos y jurídicos a partir de los cuales considera que contar con 10 años de antigüedad en la planta de asfaltos le permiten adjudicar a una empresa sólida, consolidada y arraigada en el sector de asfalto, sino que modifica el requisito a 8 años, pretendiendo dar por satisfecho lo requerido por el órgano contralor, siendo que evidentemente no se trata de la cantidad años, sino de justificar desde el punto de vista jurídico y técnico esa cantidad de años. Esto impide la participación ya que a pesar de que su planta de asfalto opera desde 1994, la misma ha tenido períodos de suspensión voluntaria durante ese tiempo. Sin embargo, actualmente cuenta no solo con los permisos correspondientes para la debida operación, sino que tiene activos en este momento, la producción y colocación de mezcla asfáltica en caliente en el contrato del lote 1 de las obras impostergables promovidas por el Fideicomiso del corredor vial San José-San Ramón. Reconociendo el grado de dificultad que supone realizar este tipo de estudios técnicos y jurídicos solicitados por la Contraloría General, lo correcto sería ajustarse a lo usual en este tipo de contrataciones, que la planta cuente con los permisos correspondientes y se encuentre en

condiciones óptimas para su operación. (se adjunta certificación externa de la condición de los equipos). La Administración manifestó que, consideró que el requerimiento de ese órgano contralor era en el caso que se optara mantener los diez años de antigüedad solicitados inicialmente, lo cual evidentemente no ocurrió, por cuanto, se decidió corregir este punto reduciendo la cantidad de años, esto con la intención de contar con un mayor número de oferentes. En cuanto al requisito de presencia y permanencia en el mercado de una empresa, como ya se manifestó, no puede obviarse debido a que si bien no existen los estudios técnicos es evidente la relación directa que existe entre los años de permanencia, operación y solidez de la empresa ofertante, también es obvio que este requisito se complementa con la capacidad de colocación de mezcla asfáltica y la cantidad de toneladas colocadas en los últimos años. Señala que la petitoria de la recurrente en este caso es *“ajustarse a lo usual en este tipo de contrataciones, que la planta cuente con los permisos correspondientes y se encuentre en condiciones óptimas para su operación.”*, sin embargo, para la Administración obviar el requisito de antigüedad de la planta de asfalto no es razonable, máxime partiendo del hecho de que se solicita experiencia y toneladas colocadas en los últimos años, lo cual directamente está relacionado con la permanencia de la empresa y su planta de asfaltos en el mercado costarricense. Sobre esta misma línea, es criterio de la Administración que quien no justifica su inconformidad y la petición que hace es la recurrente, pues las manifestaciones realizadas carecen de fundamentación debido a que no aporta ningún tipo de valoración técnica a partir de la cual se permita, máxime si se toma en cuenta que se varió las condiciones del cartel disminuyendo la cantidad de años, tomar una determinación al respecto. Reitera que, el requisito de antigüedad que se pide no corresponde a la planta de asfalto, entendida como equipo o maquinaria, sino a la antigüedad de la planta operando instalada y funcionando (espacio físico, personal, maquinaria, equipos) con todos los requisitos legales y ambientales a derecho, dicha antigüedad se puede reducir para ampliar la participación, pero no eliminarla totalmente, ya que se considera que si bien no existen los estudios técnicos, la relación es directa entre los años de operación y la solidez en el mercado de una empresa. **Criterio de la División.** Como punto de partida, conviene destacar que la empresa Quebradores Pedregal S.A. no objetó el requisito de antigüedad de la planta de asfaltos en la primera ronda de objeciones al cartel. De esta forma, de frente a la modificación introducida al cartel, lo que alega es una desobediencia por parte de la Administración al no incorporar al cartel el sustento técnico y normativo que la Contraloría General le ordenó al respecto, cuando resolvió los

recursos de objeción en la primera ronda de impugnación. Al respecto, siendo que este mismo punto fue alegado por la empresa Asfaltos Laboro S.A. y abordado en la presente resolución en el apartado anterior, conviene remitir a lo resuelto sobre el tema líneas atrás. Así las cosas, tal como se advirtió anteriormente, la Municipalidad no atendió los términos de la resolución de esta Contraloría General, pues no constan los estudios técnicos y jurídicos que justifiquen el parámetro de años de antigüedad de la planta de asfaltos, que en esta modificación se varió de 10 a 8 años como mínimo, procede **declarar con lugar** el recurso de objeción en cuanto a este aspecto, para que la Municipalidad de Esparza realice e incorpore al expediente de la contratación, los estudios que justifican el requisito indicado y de esta forma no solo sean de conocimiento de los oferentes, sino que sean susceptibles de impugnación de manera fundamentada y con prueba pertinente, por parte de los interesados en participar en este procedimiento licitatorio. Ahora bien, no pierde de vista esta División que, la objetante considera que el requisito de antigüedad de la planta de asfaltos 8 años como mínimo, le limita la participación, pues explica que a pesar de que su planta de asfalto opera desde 1994, ha tenido períodos de suspensión voluntaria, por lo que considera correcto ajustarse a que la planta cuente con los permisos correspondientes y se encuentre en condiciones óptimas para su operación. Sobre lo argumentado, considera esta División que el argumento carece de fundamentación pues no ha demostrado el recurrente la limitación de participar de acuerdo a los años efectivos de antigüedad que tiene su planta de asfalto y en este sentido no se ha acreditado cómo puede satisfacer el objeto con una planta más antigua de lo requerido. En todo caso, contar con los permisos y habilitaciones legales sobre el funcionamiento de la planta de asfaltos que contempla el ordenamiento jurídico, es un requisito al que están obligados los oferentes, sin la necesidad de que el cartel lo referencie, pues se entiende incorporado a él toda la normativa que aplica al objeto contractual. En este sentido, el presente argumento **se rechaza de plano** por falta de fundamentación. **ii) Sobre los años de incorporación al Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica.** Indica la objetante que la Contraloría General le ordenó a la Municipalidad incorporar al cartel los estudios técnicos y jurídicos que sustentan el requisito del oferente de estar incorporado al CFIA mínimo por 10 años, sin embargo la Administración lo redujo a 8 años. Además, en aclaración indicó: *“De igual manera, se corrige los años de incorporación con Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos, esta con la finalidad de contar con un mayor número de oferentes para el proceso”*. Sobre lo expuesto, se evidencia una desobediencia al no incorporar al pliego de condiciones

los estudios técnicos y jurídicos a partir de los cuales considera que contar con 10 años (u ocho según la modificación hecha al cartel) de incorporación al Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos, tanto de la Empresa como del profesional ofrecido, le permiten adjudicar a una empresa sólida, consolidada y arraigada en el sector de asfalto. Aunque este requisito no le impide la participación, considera importante que la Administración se ajuste a lo ordenado por la Contraloría General en aras de la seguridad jurídica. La Administración remite al razonamiento de la respuesta del punto anterior. **Criterio de la División.** Considera la objetante que la Administración independientemente de los años que requiera 8 o 10 que el oferente acredite estar incorporado al CFIA, debe justificar el requisito, tal como se lo ordenó la Contraloría General, a través de los estudios técnicos y jurídicos. Al respecto, considerando que este aspecto también fue alegado por la empresa Asfaltos Laboro S.A. en el apartado anterior, se refiere a lo resuelto sobre este aspecto. En este sentido, al haberse demostrado que la Administración no atendió los términos de la resolución de este órgano contralor sobre el aspecto que se discute, procede **declarar con lugar** el recurso de objeción en cuanto a este aspecto, para que la Municipalidad de Esparza realice e incorpore al expediente de la contratación, los estudios que justifican el requisito indicado y de esta forma no solo sean de conocimiento de los oferentes, sino que sean susceptibles de impugnación de manera fundamentada y con prueba pertinente, por parte de los interesados en participar en este procedimiento licitatorio. **iii) Sobre las funciones del encargado general del contrato.** Indica la objetante que la Contraloría General le ordenó a la Municipalidad incorporar al cartel el detalle de las funciones que realizará el encargado del contrato en relación con la verificación del punto de riesgo. Al respecto, la Administración modificó el cartel de la siguiente manera: *“La capa de liga deberá realizarse con emulsión asfáltica de rompimiento rápido por medio de un distribuidor de asfalto (aspersora), el punto de riesgo deberá de ser dosificado utilizando 0,4 litros (l) por metro cuadrado (m2). De presentarse el caso de que la maquinaria del proyecto afecte la capa de liga, esta deberá restablecerse a satisfacción del encargado general del contrato.”* Además, en aclaración indicó: *“2.1 Se eliminó lo siguiente “(...) el punto de riesgo deberá de ser dosificado a satisfacción de encargado general del contrato; promedio a utilizar 0.4 litros (l) por metro cuadrado (m2) ...” y en su lugar se indica: “el punto de riesgo deberá ser dosificado utilizando 0.4 litros (l) por metro cuadrado (m2)”.* Sobre lo expuesto, la Municipalidad se aleja de lo ordenado por la Contraloría General, ya que se echa de menos en el cartel la incorporación y el detalle de cuáles son las funciones que realizará el encargado general del

contrato con relación a esa dosificación. La Administración manifestó que, el punto de riesgo se definió en 0.4 lts/m², por lo cual las funciones del encargado del contrato en este aspecto quedaron definidas y es entendido que ya no es subjetivo, sino que se debe velar por que se aplique en esa medida. **Criterio de la División.** Para resolver lo planteado se tiene que, en la primera ronda de objeciones la Contraloría General señaló lo siguiente sobre el punto objetado: *“Así las cosas, se visualiza una contradicción entre lo indicado por la Municipalidad y el contenido de la cláusula impugnada, siendo que esta última no resulta clara respecto de qué es lo que debe cumplir el eventual contratista; de manera que lo procedente en este caso es declarar con lugar este punto del recurso, **para que la Administración proceda a realizar el respectivo ajuste de la cláusula, en donde claramente indique cuál es el punto de riesgo que deberá ser dosificado con base en la normativa técnica que al respecto rige el objeto contractual, y que con ello quede claro que el punto de riesgo no será determinado por el funcionario.** A su vez, deberá la Administración **incorporar y detallar cuáles son las funciones que realizará el encargado general del contrato en relación con esa dosificación y el punto de riesgo,** lo anterior según manifestó la Municipalidad a este órgano contralor, que corresponde a que no existan boquillas tapadas, riesgos mal aplicados, emulsión diluida con agua, paso de vehículos una vez aplicado el riesgo, entre otros.”* (lo destacado no es del original). En relación con lo citado, se extrae que se ordenó a la Administración: **a)** indicar puntualmente cuál es el punto de riesgo que deberá ser dosificado con base en la normativa técnica y **b)** detallar las funciones del encargado del contrato para verificar este aspecto puntualmente. Sobre lo anterior, la Administración indicó que la cláusula se modificó de acuerdo a lo señalado por la Contraloría y definió el punto de riesgo en 0.4 lts/m², entendido que ya no es subjetivo, sino que se debe velar por que se aplique en esa medida. Sobre la modificación propuesta observa esta División que ciertamente la Administración concreta que el punto de riesgo en la dosificación es de 0.4 lts/m², lo que se observa en la redacción actual de la cláusula, pero se eliminó de esta redacción indicar quién y qué funciones específicas tendrá encargado de esta verificación. En razón de lo anterior, se observa que los términos de la resolución R-DCA-00409-2021 no han sido atendidos en su totalidad por la Administración, y en este sentido procede **declarar con lugar** el recurso de objeción presentado en el presente extremo para que la Administración proceda a modificar la cláusula en los términos señalados por la Contraloría General y quede claro quién será el encargado y qué funciones tendrá relacionadas con la valoración del punto de riesgo de la dosificación de la emulsión asfáltica. **iv)**

Sobre los eximentes de responsabilidad. Indica la objetante que en relación con la cláusula 2.3 de las condiciones particulares la Contraloría General le ordenó a la Municipalidad incorporar la justificación técnica y jurídica que sustente que en el caso no operan eximentes de responsabilidad o bien modificar la cláusula para que se ajuste al ordenamiento jurídico. Destaca que el texto original impugnado indicaba: *“2.3 El adjudicatario será el único responsable por los daños, deterioros, y perjuicios que pueda sufrir la obra, cualquiera que sea la causa de su origen, incluyendo caso fortuito o de fuerza mayor, dentro del plazo comprendido entre la adjudicación de la obra y la formal aceptación de la misma completamente terminada y a entera satisfacción del propietario”*. Como se puede observar, la Administración eliminó la frase *“... cualquiera que sea la causa de su origen, incluyendo caso fortuito o de fuerza mayor...”* lo cual en primer lugar, no se ajusta a lo señalado en la normativa jurídica vigente indicada por el órgano Contralor, ya que no detalla cuáles son las causales eximentes de responsabilidad, por lo que en lugar de dar claridad al requerimiento más bien añade incerteza jurídica. Además, al no indicar cuales serían las eventuales causales eximentes de responsabilidad, se aleja de lo ordenado por la Contraloría General, al no detallar la justificación técnica y jurídica a partir de las cuales se sustentan esas eventuales causales. La Administración manifestó que, era desproporcionado incluir en la cláusula aspectos tales el caso fortuito o de fuerza mayor, por lo que se procedió a modificar la misma, quedando de la siguiente manera: *“El adjudicatario será el único responsable por los daños, deterioros, y perjuicios que pueda sufrir la obra dentro del plazo comprendido entre la etapa de ejecución y la formal aceptación de la misma completamente terminada y a entera satisfacción del propietario”*. Además indicó que, considerando que los fondos asignados para financiar y cancelar este tipo de proyectos son públicos, tiene la obligación de velar y asegurar que el contratista le haga entrega de las obras en óptimas condiciones y listas para su uso inmediato, sin que para ello deba incurrir en un costo adicional para cubrir ocasionados durante la etapa de ejecución del proyecto. Además, no debe perderse de vista que este tipo de proyectos tiene como fin mejorar el servicio a los ciudadanos que utilizan las carreteras y caminos del Cantón mediante la rehabilitación y mantenimiento de las vías de comunicación, por lo que resulta indispensable que las obras sean recibidas a entera satisfacción de la Administración sin ningún tipo de daño o contratiempo que interfiera con su uso inmediato, ello con el propósito no afectar el fin público que persigue esta contratación como lo es brindar un mejor servicio a la ciudadanía en general. **Criterio de la División.** En este apartado, se alega nuevamente que la Administración desatendió lo indicado por la Contraloría General quien le ordenó definir si en el caso operan eximentes de

responsabilidad. Al respecto, en la resolución R-DCA-00409-2021 se indicó: “Según lo indicado, estima este órgano contralor que lo procedente en este caso es declarar con lugar este punto del recurso, para que la Administración realice las valoraciones correspondientes a efectos de acreditar que lo estipulado en la cláusula impugnada se ajuste a los términos normativos y al ordenamiento jurídico en general, respecto de las causales eximentes de responsabilidad e **incorpore y acredite la justificación técnica y jurídica a partir de las cuales sustente que en el presente caso no operan esas causales eximentes de responsabilidad**; o bien, modifique la cláusula para que se ajuste a lo establecido en el ordenamiento jurídico.” (lo destacado no es del original). De frente a lo anterior, se observa la siguiente redacción original de la cláusula: “2.3 El adjudicatario será el único responsable por los daños, deterioros, y perjuicios que pueda sufrir la obra, cualquiera que sea la causa de su origen, incluyendo caso fortuito o de fuerza mayor, dentro del plazo comprendido entre la adjudicación de la obra y la formal aceptación de la misma completamente terminada y a entera satisfacción del propietario”. (lo subrayado no es del original). Ahora bien, con la modificación realizada la redacción de la cláusula es la siguiente: “El adjudicatario será el único responsable por los daños, deterioros, y perjuicios que pueda sufrir la obra dentro del plazo comprendido entre la etapa de ejecución y la formal aceptación de la misma completamente terminada y a entera satisfacción del propietario.” (folio 22 del expediente digital de objeción). Efectivamente, tal como lo señaló la Administración, se eliminó de la redacción la frase: “... cualquiera que sea la causa de su origen, incluyendo caso fortuito o de fuerza mayor...”. Sobre lo expuesto, considera esta División que si bien la Administración no detalla en la respuesta de audiencia especial cuál fue el examen realizado para la modificación introducida al cartel, ciertamente al eliminar la condición de que el contratista será responsable hasta por los eventos de fuerza mayor o caso fortuito, se puede concluir que dichas eximentes de responsabilidad si resultan de aplicación en esta contratación. Lo anterior, a criterio de esta División dar por atendido el requerimiento de esta Contraloría General en el tanto se ha determinado que operan las eximentes de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor, que en sustancia fue lo que se solicitó. Así las cosas, procede **declarar sin lugar** el recurso de objeción en el presente extremo, dando por atendido lo ordenado en la R-DCA-00409-2021 sobre este punto en particular.....

-

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo señalado en los artículos 81 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa (LCA), 178, 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA) se resuelve: **1) DECLARAR CON LUGAR** el recurso de objeción

presentado por la empresa **ASFALTOS LABORO S.A.** **2) DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR** el recurso de objeción presentado por la empresa **QUEBRADORES PEDREGAL S.A.**, ambos presentados en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 2021LN-000001-0004700001** promovida por la **MUNICIPALIDAD DE ESPARZA** para la “Contratación del servicio entrega según demanda en obra pública para el mantenimiento y mejoramiento en el Cantón de Esparza”. **2)** Se ordena a la Administración que proceda con las las modificaciones al cartel señaladas en la presente resolución y darles la debida publicidad. **3)** Se da por agotada la vía administrativa.-----
NOTIFÍQUESE.-----

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

RBR/chc
Ci Archivo Central
NI: 11168-11472, 11733, 11798, 11893
NN: 06428 (DCA-1738)
G: 2021001525-2
Expediente Electrónico: CGR-ROC-2021002802

