

R-DCA-00812-2022

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las catorce horas con trece minutos del seis de octubre del dos mil veintidós.

RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la empresa **GRUPO OROSI S.A.** en contra del acto de adjudicación de la **LICITACIÓN ABREVIADA N° 2022LA-000006-0022500001**, promovida por la **MUNICIPALIDAD DE GUACIMO** para el *“Mejoramiento de los caminos de la red vial cantonal de Guacimo y los sistemas pluviales en los caminos según el código C7-06-083 y C7-06-095”*, acto recaído a favor de la empresa **J.M.A.A. DE OCCIDENTE S.A.**, por un monto de ϕ 254.429.577,93.

RESULTANDO

I. Que el día veintisiete y veintiocho de julio de dos mil veintidós, la empresa Grupo Orosi S.A. interpuso recurso de apelación en contra del acto de adjudicación de la LICITACIÓN ABREVIADA N° 2022LA-000006-0022500001, promovida por la MUNICIPALIDAD DE GUACIMO para el *“Mejoramiento de los caminos de la red vial cantonal de Guacimo y los sistemas pluviales en los caminos según el código C7-06-083 y C7-06-095”*, acto recaído a favor de la empresa J.M.A.A. DE OCCIDENTE S.A.

II. Que mediante auto de las once horas veintiséis minutos del nueve de agosto del dos mil veintidós, este Despacho admitió para su trámite el recurso de apelación interpuesto, brindando audiencia inicial para que la Administración y la empresa adjudicataria se refirieran al recurso interpuesto y a la totalidad de los argumentos presentados. Dicha audiencia fue atendida por las partes mediante escritos incorporados al expediente de apelación.

III. Que mediante auto de las trece horas cincuenta y siete minutos del veintidós de agosto del dos mil veintidós, este Despacho concedió audiencia especial a la empresa apelante para que únicamente se refiriera a las argumentaciones que en contra de su oferta fueron realizadas por parte de la empresa adjudicataria. Dicha audiencia fue atendida mediante escrito incorporado al expediente de apelación. **IV.** Que mediante auto de las catorce horas veintidós minutos del dos de setiembre del dos mil veintidós, este Despacho brindó audiencia especial a la Municipalidad de Guacimo para que definiera si a su criterio la empresa adjudicataria presenta un incumplimiento en cuanto a la insuficiencia en las memorias de cálculo presentadas debido a que en ellas no se considera el factor hinchamiento respecto a los materiales granulares. Dicha audiencia fue atendida mediante escrito incorporado al expediente de apelación.

V. Que mediante auto de las nueve horas treinta y un minutos del seis de setiembre del dos mil veintidós, se brindó audiencia a las empresas Grupo Orosi S.A. y J.M.A.A. de Occidente S.A.

para que se refirieran a lo dispuesto por la Administración mediante el oficio N° SIOP- 924- 2022 del cinco de setiembre del año en curso, respecto al incumplimiento señalado en contra de la empresa adjudicataria en relación con la ausencia del factor hinchamiento en sus memorias de cálculo. Dicha audiencia fue debidamente atendida por las partes tal como consta en el expediente de apelación.

VI. Que mediante auto de las siete horas con cincuenta y cinco minutos del veintidós de setiembre del dos mil veintidós, debido a la complejidad de los aspectos por resolver, este Despacho prorrogó el plazo para resolver el presente recurso hasta por diez días hábiles adicionales.

VII. Que de conformidad con el artículo 190 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, la audiencia final de conclusiones es de carácter facultativo, siendo que en el presente caso se consideró innecesario su otorgamiento en vista de contarse con los elementos suficientes para la resolución del recurso presentado.

VIII.- Que en el procedimiento se han observado las prescripciones constitucionales, legales y reglamentarias respectivas.

CONSIDERANDO

I. HECHOS PROBADOS: Para la resolución del presente asunto se ha tenido a la vista el expediente electrónico de la contratación que consta en el Sistema Integrado de Compras Electrónicas SICOP, al cual se accede por medio del sitio <http://www.sicop.co.cr/index.jsp> en el apartado de concursos e ingresando el número de procedimiento; se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)**- Consta en el expediente de la contratación documento denominado Acta y revisión de ofertas, mediante el cual, respecto a la Licitación Abreviada N° 2022LA-000006-002250001, se indica lo siguiente: *“Buen día, como parte de la revisión de la oferta se encuentra que de la lista del equipo que ofrece su representada para el proyecto, únicamente 4 de los equipos son propiedad de la empresa oferente, aunque omite indicarlo en la lista (se considera equipo desde las vagonetas hasta el tanque de agua de la lista), ante este panorama y de acuerdo con la normativa RDCA-01231-2020, donde se determina que los contratos de cesión no son aceptados como tales, si no que son considerados subcontratación, se le solicita aclaración sobre este aspecto e indicar donde se encuentra referenciado en su oferta el porcentaje de participación de estas empresas o personas. 499993 secuencia de la solicitud. En la respuesta manifiesta que referente a las vagonetas bajo la sociedad 3102351940 SRL y la Motoniveladora, compactadora y back hoe de la Sociedad Transportes Orosi Siglo XXI S.A. no se tomó como subcontrato por haber adjuntado el Acuerdo Privado de Cesión de*

Derechos donde manifiesta que dicho equipo pasa a ser activo de su empresa, sin embargo, hace caso omiso a las manifestaciones de la resolución mencionada en cuanto a la validez de los contratos de cesión. Por lo anterior, se determina que esta oferta deviene en inadmisibles, por los siguientes motivos 1) contraviene a la normativa respecto a la figura de la subcontratación, artículos 62 de la LCA, 69 y 157 del RLCA. 2) omite desde la presentación de la oferta lo referente a los subcontratistas de forma completa, el porcentaje de participación, el listado y los demás requisitos establecidos por la norma que rige la materia. 3) respecto a la maquinaria que no es de su propiedad, que es la mayoría del equipo propuesto, porque no demuestra que cuenta con la capacidad técnica para realizar la obra. Y, por lo tanto, la información de su respuesta no es de recibo. Tómese como referencia las resoluciones R-DCA-01231-2020 y R-DCA-00500-2022” (ver en [3. Apertura de ofertas / Partida 1 / Estudio técnicos de las ofertas / consultar / Resultado final del estudio de las ofertas / Información de la oferta/ Partida 1 / Posición 2 / GRUPO OROSI S.A. / Resultado de verificación / no cumple / Registrar resultado final del estudio de las ofertas / información de la oferta / Zilenia Venegas Vargas / verificación / resultado / no cumple / Resultado de la solicitud de verificación o aprobación recibida / documento adjunto / Acta y revisión de ofertas.pdf / expediente que consta en Sistema de Compras Pública SICOP bajo el expediente 2022LA-000006-0022500001). 2) Consta dentro de la carpeta “Oferta Económica” documento denominado “Resumen de oferta 2022LA-6”, mediante la cual, respecto a Grupo Orosi S.A., entre otras cosas, indica como Subcontratos los siguientes: “ En lo relativo a maquinaria: La sociedad Gruas EYL de Costa Rica S.A., * La sociedad Constructora JSR, S.R.L., * La sociedad Constructora Armher S.A., En lo relativo a laboratorio: * La sociedad Ingeniería Gamboa IGSA S.A.” (ver en [3. Apertura de ofertas / Partida 1 / Apertura finalizada / consultar/ resultado de la apertura / Grupo Orosi S.A. / documento adjunto / Detalle documentos adjuntos a la oferta / 1.- Oferta Económica.zip / oferta economica/ resumen de la oferta / expediente que consta en Sistema de Compras Pública SICOP bajo el expediente 2022LA-000006-0022500001). 3) Consta en la oferta de la empresa Grupo Orosi S.A. documento denominado “Listado de Equipo Ofrecido”, en el que se incluye una descripción de los equipos a utilizar en la ejecución del presente concurso, respecto a lo cual se indica el año, la marca, la placa y en un espacio adicional la “condición” en la que se encuentran dichos equipos, señalando la condición de “Cesión, Sub contratado”, en las siguientes 7 vagonetas: C 151120, C 159243, C 151722, C 159245, C 159365, C 169364, C 159364, así como en el Back Hoe placa EE 36898 y en la Barredora Mecánica placa EE 036193 y el Tanque de Agua placa C 157332, siendo que el resto de equipo no tiene mención alguna en cuanto a su condición (vagonetas: C 146399, C*

146397, C 146396, C 147372, C 133398) Motoniveladora EE 032830, Compactador EE 32903, Back Hoe EE 031768, Distribuidor de Emulsión C 162680, Compactadora Llanta de Hule EE 029316, Compactadora Rodillo Vibratorio EE 029225, Planta de Asfalto, Camión Brigada, Vehículo de carga liviana (todos sin número de placa), así como otros equipos menores. (ver en [3. Apertura de ofertas / Partida 1 / Apertura finalizada / consultar/ resultado de la apertura / Grupo Orosi S.A. / documento adjunto / Detalle documentos adjuntos a la oferta / 8.- Equipo ofrecido / 8 DOC Equipo / Listado de Equipo ofrecido / expediente que consta en Sistema de Compras Pública SICOP bajo el expediente 2022LA-000006-0022500001). **4)** Consta en la oferta presentada por Grupo Orosi S.A. una serie de documentos relacionados con los siguientes equipos: 1.- Contrato de cesión del 8 de junio del 2022 mediante el cual la empresa Constructora Armher S.A. cede la Barredora placa EE 036193 a la empresa Grupo Orosi S.A. para que sea utilizada en el mejoramiento de camino en las calles de Guácimo, 2.- Acuerdo privado de cesión de derechos del 24 de noviembre del 2021, mediante el cual la empresa Transportes Orosi Siglo XXI S.A. cede el uso, goce y disfrute a Grupo Orosi S.A. de una motoniveladora placa EE 032830, un Compactador placa EE 032903 y un Back Hoe EE 031768 señalando que Grupo Orosi asume el mantenimiento y todos los costos y que toma el control y posesión de los equipos, 3.- Contrato de arrendamiento de maquinaria suscrito el 27 de enero del 2021, mediante el cual la empresa Gruas EYL de Costa Rica entrega en arriendo a Grupo Orosi S.A. el tanque de agua placa C 157332 señalando, entre otras cosas, que la arrendataria queda autorizada para utilizar dicha maquinaria, 4.- Acuerdo privado suscrito entre 3102351940 S.R.L. y la empresa Grupo Orosi S.A. suscrito el día 24 de noviembre del 2021, mediante el cual la primera cede el uso, goce y disfrute a la segunda, de las siguientes vagonetas: C 146396, C 147372, C 133398, C 146397, C 146399, señalando que Grupo Orosi asume todo el mantenimiento y reparación de los equipos y toma el control y posesión de los mismos a título de dueña, 5.- Consta contrato de cesión de maquinaria pesada suscrito entre Constructora JSR S.R.L. y Grupo Orosi el día 16 de agosto del 2022, mediante el cual el primero cede en arrendamiento al segundo las siguientes vagonetas: C 151120, C 159243, C 151722, C 159245, C 159365, C 169364, C 159364 y el Back Hoe EE 36898 para el mejoramiento de caminos de la Municipalidad de Guácimo. (ver en [3. Apertura de ofertas / Partida 1 / Apertura finalizada / consultar/ resultado de la apertura / Grupo Orosi S.A. / documento adjunto / Detalle documentos adjuntos a la oferta / 8.- Equipo ofrecido / 8 DOC Equipo / Barredora / Motoniv, Compactadora, BackHoe / Tanque de agua / Vagonetas / Vagoneras jsr / expediente que consta en Sistema de Compras Pública SICOP bajo el expediente 2022LA-000006-0022500001). **5)** Consta que ante prevención realizada por la

Administración a Grupo Orosi respecto a que se aclare donde se encuentra referenciado en su oferta el porcentaje de participación de las empresas subcontratistas, la empresa Grupo Orosi indica que las empresas subcontratistas en maquinaria son * La sociedad Gruas EYL de Costa Rica S.A., * La sociedad Constructora JSR, S.R.L., * La sociedad Constructora Armher S.A., correspondiente a un 6,69%, en tanto que en lo relativo a Laboratorio: * La sociedad Ingeniería Gamboa IGSA S.A. correspondiente a un 1,33%, indicando además que la vagoneta de la sociedad 3102351940 S.R.L., así como la Motoniveladora, la Compactadora y el Back Hoe de la sociedad Transportes Orosi Siglo XXI S.A. no corresponden a subcontratos sino que refieren a la cesión de derechos de equipos que pasarían a ser activos de Grupo Orosi (ver en [2. Información del cartel / Resultado de la solicitud de información / consultar / Listado de solicitudes de información / Nro de solicitud 499993 / Solicitud de aclaración (0212022000700144) / Detalles de la solicitud de información / Estado de verificación / resuelto / respuesta a la solicitud de información / Archivo adjunto / Sub Sane 6.pdf / expediente que consta en Sistema de Compras Pública SICOP bajo el expediente 2022LA-000006-0022500001).

6) Consta en la oferta presentada por la empresa Grupo Orosi, una Constancia de Seguro relativa a Riesgos de Trabajo, póliza N° 8538949, en la que se indica "*Lugar de los Trabajos: TODO EL PAÍS*", Labores amparadas: "*CONSTRUCCIÓN DE CARRETERAS Y VÍAS DE FERROCARRIL*", póliza que tiene una vigencia desde el 1 de junio del 2022 hasta el 31 de mayo del 2023 y que al final de dicho documento señala lo siguiente: "*Nota Importante: Esta certificación no es aceptada para tramitar permisos de construcción, declaraciones de subcontratos o proyectos de obra pública*" (ver en [3. Apertura de ofertas / Partida 1 / Apertura finalizada / consultar/ resultado de la apertura / Grupo Orosi S.A. / documento adjunto / Detalle documentos adjuntos a la oferta / 2. Documentación Legal.zip / Documentación Legal / Poliza RT 20220603 _ 111047.pdf / expediente que consta en Sistema de Compras Pública SICOP bajo el expediente 2022LA-000006-0022500001). **7)** Consta en la oferta presentada por la empresa adjudicataria, respecto a los materiales granulares que se identifican como Material de préstamo selecto caso 2, Relleno para fundación, Base de agregados graduación C - Caso 2, Material de Secado, para la Tabla 3 Estimación teórica de materiales requeridos para la intervención del C7-06-095 Tomo 1 referido al código de camino C7-06-095 que constan las siguientes líneas: línea 2 CR.204.08 Material de préstamo selecto caso 2 717,60 m³, en tanto que para la línea 4 referencia CR.209.03 Relleno para fundación la cantidad es de 19,23 m³, línea 9 referencia CR.301.02 Base de agregados graduación C- Caso 2 782 m³ y línea 11 referencia CR.413.04 Material de Secado 23,30 m³ (ver en [3. Apertura de ofertas / Partida 1 / Apertura finalizada /

consultar/ resultado de la apertura / JMAA de Occidente S.A. / documento adjunto / Detalle documentos adjuntos a la oferta / 9. oferta JMAA Mejoramiento de caminos 7-06-083 y 7-06-095 / expediente que consta en Sistema de Compras Pública SICOP bajo el expediente 2022LA-000006-0022500001).

II. SOBRE LA LEGITIMACIÓN DE LA EMPRESA APELANTE GRUPO OROSI S.A. Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 184 del Reglamento a la Ley Contratación Administrativa (RLCA), el cual dispone que: *“Podrá interponer el recurso de apelación cualquier persona que ostente un interés legítimo, actual, propio y directo.”*, se impone realizar como primer aspecto, el análisis de legitimación a efectos de determinar la procedencia del recurso de apelación. En este sentido, el artículo 188 RLCA indica que el recurso de apelación será rechazado de plano por improcedencia manifiesta entre otras razones, cuando el apelante no logre acreditar su mejor derecho a la adjudicación del concurso, sea porque su propuesta resulte inelegible o no se acredite vencedora respecto a la evaluación. En el presente caso, en atención a los estudios realizados por la Administración, se tiene que la oferta de la empresa Grupo Orosi S.A. incumple y es inadmisibles al contravenir, según lo señala la Municipalidad de Guácimo, la normativa que regula la sub contratación (ver hecho probado N° 1). Asimismo con ocasión de la audiencia inicial concedida, la adjudicataria señala otros incumplimientos en contra de la oferta de la empresa apelante, que refieren a la existencia de decretos de embargo sobre algunos de sus equipos, así como que la Póliza de Riesgos de Trabajo presentada no puede ser utilizada para el presente objeto contractual. De conformidad con lo expuesto, la empresa apelante debe desarrollar las razones por las cuales considera que su propuesta es válida, para lo cual deberá acreditar que cuenta con una oferta elegible, y con ello, demostrar la posibilidad de resultar adjudicataria. Conforme a lo expuesto, en primera instancia este Despacho procederá a analizar la legitimación de la empresa recurrente.**1.-En cuanto a la CESIÓN / SUBCONTRATACIÓN.** Señala la empresa apelante que se le excluye a partir de un aspecto supuestamente insubsanable referido a que los contratos de cesión de equipo y maquinaria no son aceptados como tales, si no como subcontrataciones, interpretación que considera antojadiza y la excluye del concurso. Señala que el cartel permitió en el caso que la maquinaria no sea propiedad del oferente, la utilización de las figuras de Cesión de maquinaria y Subcontratación, requiriendo para cada figura una serie de datos mínimos. Así las cosas, cuestiona como si el pliego de condiciones permitió suministrar equipos bajo la condición de CESIÓN y SUBCONTRATACIÓN, el “análisis” determinó que ya no era de recibo dicha modalidad. Asimismo hace ver que existen una serie de licitaciones implementadas por esa Administración en que se permitió este tipo de

figura, lo cual resulta contradictorio pues se trata de procesos similares, máxime que la adjudicataria también aportó equipo en condición de cesión. Señala que no se aporta mayor prueba pero no se cuenta con los análisis técnicos de la Administración a efectos de ser debatidos. Al respecto la adjudicataria puntualmente no se refiere. La Administración señala que si bien es cierto el cartel solicita el aporte de los contratos de cesión y subcontratación de maquinaria, no quiere decir que permita que se sobrepase el límite del 50% establecido en la legislación, señalando que en la solicitud de subsanación se hizo mención de resoluciones emitidas por la Contraloría General, donde incluso la misma recurrente es excluida por una situación exactamente igual al incluir en su oferta gran cantidad de maquinaria que no le pertenece, señalando equipos en cesión, otros en subcontratación y en otros omite indicarlo, siendo que tampoco son de su propiedad, considerando que la recurrente hizo caso omiso a la solicitud de información realizada por esa Administración. Por otra parte, señala que el hecho de que se le adjudicó dos procedimientos anteriores no significa que esa Administración esté de acuerdo con el proceder de esa empresa, lo cual se extraña siendo que al parecer conoce a fondo la normativa e insiste en presentar ofertas en las mismas condiciones que fundamentaron su exclusión en procesos similares en otras instituciones. En los procedimientos anteriores no se identificó en la etapa de admisibilidad los datos de la maquinaria propuesta, pero que en este proceso en particular fue identificado y examinado siendo el resultado la exclusión de la oferta. Respecto a los equipos ofrecidos por la Adjudicataria en condición de cesión, se tiene que no supera el 50% permitido. **Criterio de la División:** Las razones de exclusión señaladas por la Administración en contra de la empresa apelante se circunscriben a las indicadas en el Acta y Revisión de Ofertas elaborada por la Administración con ocasión del Acta de apertura de ofertas del día 17 de junio del 2022, mediante el cual señala que existe un incumplimiento relacionado con la subcontratación y su porcentaje en relación con la oferta presentada por la empresa Grupo Orosi, señalando que de la lista de equipos presentada para el proyecto, únicamente 4 son de su propiedad y que conforme a la resolución N° R-DCA-01231-2020 de la Contraloría General, los contratos de cesión deben entenderse como subcontratos, motivo por el cual se señala como inadmisibles la oferta de Grupo Orosi, indicando lo siguiente: “1) *contraviene a la normativa respecto a la figura de la subcontratación, artículos 62 de la LCA, 69 y 157 del RLCA.* 2) *omite desde la presentación de la oferta lo referente a los subcontratistas de forma completa, el porcentaje de participación, el listado y los demás requisitos establecidos por la norma que rige la materia.* 3) *respecto a la maquinaria que no es de su propiedad, que es la mayoría del equipo propuesto, porque no demuestra que cuenta con la capacidad técnica para realizar la*

obra. Y, por lo tanto, la información de su respuesta no es de recibo. Tómese como referencia las resoluciones R-DCA-01231-2020 y R-DCA- 00500-2022.” (ver hecho probado N° 1). Siendo entonces que la exclusión de la recurrente descansa en el hecho que parte de la maquinaria ofrecida para el proyecto, al no ser de su propiedad, la Administración estimó que debía ser ofrecida como subcontrato y reportada como tal dentro de su oferta. Al respecto se tiene como punto de partida, que el artículo 58 de la Ley de Contratación Administrativa (LCA) establece que para el caso de los concursos de “*obra pública*”, en caso de requerirse, los participantes deben incorporar en su oferta el listado de las subcontrataciones que sean necesarias para implementar el objeto contractual. Por su parte, el artículo 62 de la LCA establece la posibilidad de subcontratar hasta en un 50% del total de la obra, salvo que la Administración autorice un porcentaje mayor en el cartel. En esta misma línea, el artículo 69 del RLCA igualmente limita a un 50% la subcontratación, requiriendo además un listado con el nombre y el porcentaje de participación respecto al costo total de la oferta, precisando, eso sí, que la adquisición de suministros no debe ser considerada como subcontratación. En este orden, el artículo 157 del RLCA señala que el listado de subcontratación en los concursos de obra pública corresponde a aquellos “*servicios o trabajos especializados*”. Bajo esta línea de ideas, y con vista en la normativa citada, resulta relevante contextualizar lo que se debe entender como subcontrato, siendo que este corresponde a aquella actividad especializada dentro de un contrato que por su naturaleza, complejidad o características no resulta posible de principio al contratista ejecutarla por su cuenta con ocasión de aquél, sino que recurre a un tercero con el conocimiento y experiencia en ese componente de la obra o proyecto, para que realice esa actividad en concreto, siendo responsable desde luego el contratista frente a la Administración por la ejecución total de este, incluyendo los elementos subcontratados. Por otra parte, y según la misma normativa referida, los suministros no deben ser considerados como subcontrato, entendidos como aquellos elementos que se instalan o incorporan en la obra adquiridos por el contratista pero que no refieren a una actividad globalmente considerada como especializada, sino podríamos decir aquellos bienes o materiales que se incorporan a la obra como parte de un componente principal. Ahora bien teniendo claro este contexto, resulta entonces necesario determinar si la maquinaria de la cual se provee el recurrente para la ejecución de las obras de mejoramiento de los caminos, constituyen en esencia subcontratos o no. Para la presente licitación el cartel permitió la implementación de la cesión y la subcontratación como figuras contractuales que autorizan a los oferentes para gestionar los equipos necesarios que permitan la consecución del objeto contractual, tal como consta en los puntos 15 y 16 dentro de la

Condiciones Generales de la Ejecución. (ver en [2. Información del cartel /2022LA-000006-0022500001 [Versión Actual] / Detalles del concurso / F. Documento del cartel / Requisitos de admisibilidad C-083 y C-095.docx / Cartel de licitación C-083-C095.docx / expediente que consta en Sistema de Compras Pública SICOP bajo el expediente 2022LA-000006-0022500001). En este sentido, con vista en la oferta presentada por la empresa apelante, en el documento denominado como “*Resumen de oferta*”, se establece que en el presente concurso únicamente subcontratan los servicios de maquinaria con las siguientes sociedades: Gruas EYL de Costa Rica S.A., Constructora JSR, S.R.L. y Constructora Armher S.A., en tanto que para laboratorio se cuenta con la empresa Ingeniería Gamboa IGSA S.A. (ver hecho probado N° 2). Asimismo en la oferta consta un documento denominado “*Listado de Equipo Ofrecido*”, en el que se incluye una descripción de los equipos requeridos para la ejecución del objeto contractual, así como su año, marca, placa y en un espacio denominado como “*condición*” se indican los equipos que se encuentran bajo la condición de “*Cesión, Sub contratado*”, que en particular corresponde a 7 vagonetas, 1 Back Hoe, 1 Barredora Mecánica y un Tanque de Agua, y respecto al resto de equipos no se hace mención alguna en cuanto a dicha condición (ver hecho probado N° 3). Aunado a lo anterior, en la oferta presentada por la empresa recurrente se cuenta con una serie de documentos relacionados con los equipos, sea: 1.- Contrato de cesión del 8 de junio del 2022 mediante el cual la empresa Constructora Armher S.A. cede la Barredora placa EE 036193 a la empresa Grupo Orosi S.A. para que sea utilizada en el mejoramiento de camino en las calles de Guácimo, 2.- Acuerdo privado de cesión de derechos del 24 de noviembre del 2021, mediante el cual la empresa Transportes Orosi Siglo XXI S.A. cede el uso, goce y disfrute a Grupo Orosi S.A. de una motoniveladora placa EE 032830, un Compactador placa EE 032903 y un Back Hoe EE 031768 señalando que Grupo Orosi asume el mantenimiento y todos los costos y que toma el control y posesión de los equipos, 3.- Contrato de arrendamiento de maquinaria suscrito el 27 de enero del 2021, mediante el cual la empresa Gruas EYL de Costa Rica entrega en arriendo a Grupo Orosi S.A. el tanque de agua placa C 157332 señalando, entre otras cosas, que la arrendataria queda autorizada para utilizar dicha maquinaria, 4.- Acuerdo privado suscrito entre 3102351940 S.R.L. y la empresa Grupo Orosi S.A. del día 24 de noviembre del 2021, mediante el cual la primera cede el uso, goce y disfrute a la segunda, de las siguientes vagonetas: C 146396, C 147372, C 133398, C 146397, C 146399, señalando que Grupo Orosi asume todo el mantenimiento y reparación de los equipos y toma el control y posesión de los mismos a título de dueña, 5.- Consta contrato de cesión de maquinaria pesada suscrito entre Constructora JSR S.R.L. y Grupo Orosi el día 16 de agosto del 2022,

mediante el cual, el primero cede en arrendamiento al segundo las siguientes vagonetas: C 151120, C 159243, C 151722, C 159245, C 159365, C 169364, C 159364 y el Back Hoe EE 36898, para el mejoramiento de caminos de la Municipalidad de Guacimo. (ver hecho probado N° 4). En cuanto a la maquinaria ofrecida por la empresa Grupo Orosi, la Administración solicita que se aclaren las razones por las que únicamente cuenta con 4 equipos que son de su propiedad y por ende requiere que se indique el porcentaje de subcontratación, respecto a lo cual la empresa Grupo Orosi reitera lo señalado en su oferta respecto a las empresas subcontratistas e indica el porcentaje correspondiente a cada subcontratación, sea en el caso de la maquinaria un 6,69% de subcontratación y en el caso del laboratorio un 1,33% de subcontratación, indicando además que la vagoneta bajo la sociedad 3102351940 S.R.L., así como la Motoniveladora, la Compactadora y el Back Hoe bajo la sociedad Transportes Orosi Siglo XXI S.A. no corresponden a subcontratos sino que refieren a la cesión de derechos de equipos que pasarían a ser activos de Grupo Orosi (ver hecho probado N° 5). Ahora bien, con vista en esta referencia, la Municipalidad opta por excluir a la oferta de la recurrente por considerar que la maquinaria ofrecida debió ser realmente un subcontrato, siendo además que en el presente caso se supera el 50% del límite previsto en la normativa, utilizando como fundamento de su decisión las resoluciones

R-DCA-01231-2020 y R-DCA-00500-2022. En este orden conviene precisar que resulta erróneo afirmar que cualquier elemento a incorporar en la obra asociado a maquinaria responda en sí mismo a un subcontrato, sino que debe analizarse primero en qué consiste el objeto contractual y sus componentes, y la forma en que la maquinaria en cada caso es ofrecida para ese cumplimiento, pues bien puede suceder que equipo y maquinaria puedan verse como un insumo más en el proyecto. Decimos lo anterior, porque las resoluciones a las que hace referencia la Administración correspondían al alquiler o arrendamiento de maquinaria pesada, en donde el objeto contractual en sí mismo es la maquinaria y por eso cualquier maquinaria que fuera ofrecida en este orden, sí correspondía a un subcontrato y por ende debía respetar los porcentajes máximos establecidos en la normativa. Diferente el caso en donde esta maquinaria es un elemento a utilizar como insumo para poder llevar a cabo el objeto principal del contrato, que en el caso que nos ocupa no es el arrendamiento de equipos sino el mejoramiento de caminos cantonales, sea nos enfrentamos a un contrato de obra y no de arrendamiento de bienes como en el primer caso, diferencia esta que resulta sustancial para determinar el rol que puede jugar esta maquinaria en ambos casos. Esto por cuanto claramente cuando el objeto es el arrendamiento de maquinaria, hablamos que el objeto es el equipo, pero en una obra como la

que nos ocupa, el equipo no es el contrato como tal, sino un elemento que permite alcanzar aquél visto como un insumo, circunscribiéndose claro está al alquiler puro y simple, sin incorporar personal operativo o mantenimientos específicos. La anterior diferencia es importante, porque dentro del dinamismo de los negocios y la estructuración de una oferta en un concurso público, es entendible que un oferente no lleve a cabo la adquisición -bajo su propiedad y con la inversión que eso puede llegar a representar- de un número importante de equipo a la espera de una eventual adjudicación, sino que es factible que se puedan establecer figuras comerciales que permitan el préstamo o cesión temporal de determinados equipos para un momento y contrato específico, sin que deban realizarse amplias inversiones sin que ello represente que en estos casos nos encontremos por ese solo hecho en presencia de un subcontrato. Véase que en el presente caso el objeto de la contratación refiere al *“Mejoramiento de los caminos de la Red Vial Cantonal y los sistemas pluviales caminos C7.06.83 y C7.06.095”* cuyo propósito es realizar la limpieza y conformación de cunetas, espaldones y superficie de ruedo, así como el suministro, acarreo, colocación, conformación y compactación de los agregados para la estructura del pavimento y su diseño y el diseño de la mezcla asfáltica para su debida construcción de la capa superior en material asfáltico, así como la intervención de los sistemas pluviales (ver el objetivo de la contratación en [2. Información del cartel /2022LA-000006-0022500001 [Versión Actual] / Detalles del concurso / F. Documento del cartel / Requisitos de admisibilidad C-083 y C-095.docx / Cartel de licitación C-083-C095.docx / expediente que consta en Sistema de Compras Pública SICOP bajo el expediente 2022LA-000006-0022500001). Es así que nos enfrentamos a un objeto de obra pública típico, en el cual los equipos no son el fin mismo, sino un componente o herramienta que permite su ejecución conforme. A partir de lo expuesto se entiende que no todo bien o servicio que se requiera incorporado o necesario para la ejecución de la obra, y que no sea propiedad de la empresa oferente, debe ser considerado como subcontratación al momento en que se provea de un tercero. Considera este Despacho que en un caso como el que nos ocupa, si el recurrente adquiere mediante cesión de un tercero ciertos equipos de manera temporal y a título oneroso o gratuito para ser utilizados en la obra, ello no implica que estas cesiones o préstamos constituyan un subcontrato. Diferente el caso por ejemplo, en que este equipo se adquiere junto con su operador y/o actividades de mantenimiento, en cuyo caso podría suceder que más que un equipo lo que se esté realmente desarrollando es la ejecución de una actividad específica dentro del contrato, que podrá ahí sí, revestir la condición de subcontratación, precisamente por referirse a una actividad especializada. No obstante, si lo que se llega a adquirir de un tercero es el equipo como tal, bien

podría verse este como un insumo antes que un subcontrato, en el tanto como dijimos este equipo viene a constituir únicamente una herramienta o vehículo para la ejecución, pero no una actividad especializada. En ese sentido esta Contraloría General, en cuanto a la figura de la subcontratación, ha señalado lo siguiente: *“Al respecto, particularmente, en el oficio No. DJ-3041 del 30 de julio de 2010, se indicó: “Es decir, el subcontrato es derivado y dependiente de otro contrato, y surge a la vida como consecuencia de la necesidad del contratista, el cual, en lugar de ejecutar por sí mismo alguna de las obligaciones asumidas en el contrato originario, decide contratar con un tercero tareas de índole especializada, de frente al objeto contemplado en el contrato principal. /Así, es conveniente señalar que la especialización en razón del objeto –a partir de la cual nace la necesidad de aplicar la figura jurídica de la subcontratación-, se origina en cuanto el contratista no asume un determinado servicio o trabajo, por cuanto, dentro de su giro normal de acción u organización no cuenta con la capacidad o experticia para efectuar la labor solicitada, razón por la cual se procede a subcontratar la ejecución de dicha prestación, en aras de cumplir con la realización total del objeto comprendido en el contrato original.” Sobre este mismo tema, recientemente en la resolución número R-DCA-00452-2020 de las siete horas treinta y ocho minutos del veintiocho de abril del dos mil veinte, se indicó: “En ese sentido se ha dicho “En doctrina se ha indicado que la subcontratación se configura, siempre y cuando exista un contrato principal, partir del cual surja o se configure un contrato accesorio que será el ejecutado por el subcontratista (...) Así debe mencionarse que el contrato accesorio tiene como finalidad asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no puede subsistir sin ella, sin embargo tampoco puede llegar a convertirse en la contratación principal, sino que deriva de la misma” (Oficio DJ-3041 del 30 de julio de 2010). Bajo esa línea de ideas entonces la subcontratación está pensada para prestaciones accesorias o complementarias del objeto contractual y que corresponde al contratista ejecutarlo. (...) Desde luego, existe una diversidad de objetos contractuales, por lo que corresponde en cada caso particular determinar si se está ante una subcontratación, pero lo cierto es que la discusión económica del 50% que dispone el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, parte de la base de que el contratista está realizando el objeto de la contratación en forma sustantiva y bajo un carácter meramente parcial o de simples actividades, con lo que utilizando de referencia la misma norma podría precisarse que al menos el 50% de los rubros, actividades o suministros que conforman el objeto de la contratación.” (ver R-DCA-00217-2021 del diecinueve de febrero del dos mil veintiuno). Así las cosas, no todo objeto o servicio brindado por un tercero al oferente constituye sustancialmente una subcontratación, para que lo sea debe considerar tareas especiales respecto a las cuales el*

oferente no cuenta con la experticia o conocimiento necesario y por ende se ve en la obligación de solicitar la participación de un tercero que asumirá un contrato accesorio y complementario al principal sin liberar de responsabilidad al contratista. Bajo este tipo de análisis debe indicarse que el límite porcentual impuesto por la norma (50%) procura que el contratista desarrolle el grueso de la obra bajo el esquema ofrecido y conforme a la constatación técnica, legal, financiera, entre otros, evitando constituirse en un mero administrador o facilitador de los servicios o bienes prestados por terceros subcontratados. En el caso particular, las razones de exclusión aludidas por la Administración en contra de la empresa apelante refieren a que el listado de equipos ofrecidos solamente cuenta con 4 que son de su propiedad, y en ese sentido considera que aplica la resolución N° R-DCA-01231-2020, sin considerar como se ha dicho, que estamos en presencia de objetos contractuales distintos y consecuentemente la figura de la subcontratación aplica de manera diferente, sea conforme a las particularidades del negocio. En ese sentido, consta una serie de documentos aportados por la empresa apelante, mediante los cuales acredita que gran cantidad de los equipos ofrecidos han sido otorgados bajo las figuras de la cesión o del arrendamiento, asumiendo Grupo Orosi el costo total por el uso de dichos equipos, respecto a lo cual no se evidencia que se esté subcontratando una actividad en particular, sino simplemente el hecho de contar con equipos adicionales para la ejecución de la obra. Así las cosas, pese a que las partes consideran que nos encontramos ante una serie de subcontrataciones en “sentido amplio” en tanto que así lo entienden respecto a los equipos cedidos o arrendados, lo cierto del caso es que los terceros participantes brindan o permiten el uso de sus equipos a manera de meros insumos, sea como cualquier otro elemento requerido para la consecución de la obra, en tanto que no se les solicita una labor en particular sino que la empresa oferente únicamente requiere contar con los equipos para su propio uso y bajo su absoluta responsabilidad. En ese sentido se debe entender que hay una serie de insumos que por la misma dinámica del mercado no son propiedad del oferente o no los tiene en la cantidad requerida y que por ese motivo gestiona su disposición con otras empresas, sin que esto implique una subcontratación y por ende se sujete a las particularidades establecidas por el ordenamiento. Así las cosas, no se demuestra que con ocasión del presente asunto que la empresa recurrente incumpla con la normativa vigente, en tanto que es criterio de este Despacho que los equipos cedidos resultan parte de los insumos necesarios y no la prestación de bienes y/o servicios sujetos a subcontratación, de tal modo que los mismos no están sujetos a las condiciones establecidas en la normativa tales como nombre, porcentaje y demás aspectos relacionados con la figura, motivo por el cual se **declara con lugar** este punto del recurso. **2.-En**

cuanto al embargo sobre los equipos. Con ocasión de la audiencia inicial la empresa adjudicataria señala que la apelante no se encuentra legitimada para recurrir la presente adjudicación en el tanto que como se le indicó y demostró a la Administración cuatro de los equipos incluidos en su oferta tienen decretados tres embargos que la hacen incumpliente y además el porcentaje de equipo propio es inferior al 50%. Al respecto señala la empresa apelante que los embargos recaídos en algunos bienes de su propiedad, no significan que su representada haya perdido la titularidad de los bienes sobre los que se decretaron, citando el artículo 154 del Código Procesal Civil. Distinto sería el caso en que se hubiese efectuado un remate y la titularidad de los bienes hubiese cambiado, lo cual señala no es el presente caso, por lo cual considera que no se está generando inseguridad en la Municipalidad. Señala que conforme al artículo 981 del Código Civil, su patrimonio, al igual que el de su competidora responde en términos generales por el pago de cualesquiera deudas frente a todo potencial acreedor, respecto a lo cual bien podría suceder que obtenga una victoria dentro de las disputas que originaron los decretos de embargos o bien llegar a un acuerdo con sus acreedores, de manera que atienda las presuntas deudas cobradas. Considera que enfrentar procesos judiciales -que pueden ganarse o perderse- no es motivo para atacar la elegibilidad de una oferta, pues nada asegura que los oferentes y/o contratistas estén exentos de tener que asumir una potencial deuda presente o futura. Insiste en que la anotación de un embargo no equivale al traspaso de la titularidad del bien, que sigue perteneciendo a su dueño, quien puede utilizarlo y seguir disfrutando del mismo, hasta que no medie un remate u otro acto con efectos legales suficientes para generar su traspaso. **Criterio de la División:** La empresa adjudicataria señala que sobre los equipos de la empresa apelante pesan una serie de embargos, para lo cual aporta en su recurso una serie de anexos que consisten en impresiones de pantalla que en apariencia corresponden al Registro Nacional, indicando que 4 de los equipos propiedad de la apelante cuentan con decretos de embargo y en algunos embargo practicado (EE 029316, EE 040973, EE 029225 y C 162680). Al respecto, aunado al hecho que dichas imágenes no constituyen prueba idónea, se echa de menos el análisis de la empresa recurrente con ocasión del cual exponga las razones por las cuales, a partir de la normativa vigente, se acredite que los gravámenes existentes sobre los equipos propiedad de Grupo Orosi impiden su uso o disposición, asimismo no se hace la construcción técnica mediante la cual se indique de qué manera dicha circunstancia afecta la ejecución del contrato, considerando el resto de equipos con los que cuenta la empresa apelante, ejercicio que necesariamente recae en la empresa adjudicataria como carga de la prueba. Como parte del análisis de la empresa adjudicataria, se echa de

menos el análisis de la normativa aplicable para este caso, siendo que incluso el artículo 154 del Código Procesal Civil indica, en lo que interesa, respecto al Decreto de Embargo, en el punto 154.2 respecto a la Práctica del embargo, que como depositario se puede designar a quien se encuentre en posesión de los bienes en caso de que no haya convenio. Así las cosas, se evidencia la falta de fundamentación de la empresa recurrente a efectos de demostrar que los embargos señalados ciertamente limitan la ejecución del contrato, en caso que corresponda, debido a que los equipos no puedan ser utilizados, a lo sumo lo que evidencia es la presencia de los respectivos embargos. De conformidad con lo expuesto procede **declarar sin lugar** este punto del recurso. **3.-En cuanto a la Póliza de riesgos de trabajo.** Con ocasión de la audiencia inicial la empresa adjudicataria señala que la póliza de riesgos del trabajo presentada por la empresa apelante advierte que no puede ser utilizada en proyectos de obra pública. Al respecto la empresa apelante señala que J.M.A.A. confunde la póliza de riesgos de trabajo, con la póliza de responsabilidad civil, señalando que por un lado, la póliza de riesgos de trabajo protege a todas las personas que laboran para su empresa y esa es la póliza que se aportó con su oferta, a la que alude la adjudicataria y que se encuentra al día; no obstante hace ver que dicha póliza de riesgos de trabajo no es la de responsabilidad civil, que es la única que el cartel exigió a los oferentes como requisito de admisibilidad en el punto 3. Señala que su representada cumplió y sigue cumpliendo con dicho requisito. Aunado a lo anterior señala que en el caso de la póliza de responsabilidad civil existe una regulación diferente que le exige que al contratista como parte de la formalización, pero no al oferente, indicando que aún no cuenta con dicha póliza para el presente proyecto sino hasta el momento de la respectiva readjudicación en firme procederán conforme lo indica el cartel. Así las cosas señala que no hay por qué extrañarse que en su póliza de riesgos del trabajo se indique que no cubre un proyecto de obra pública en específico; pues esto último es otra cobertura distinta, que sólo adquiere el contratista y nunca el oferente.

Criterio de la División: El cartel de la licitación, (archivo denominado Cartel de licitación -C083-C095, indica respecto a la Póliza de Riesgos de Trabajo, en el punto 11. Responsabilidades y Obligaciones del Contratista, lo siguiente: *“El Contratista deberá suscribir y mantener vigentes durante toda la ejecución de la contratación las siguientes pólizas de seguro: a. Riesgos de Trabajo. (...)”* Asimismo dentro del punto 19. Inicio del Contrato, se indica lo siguiente: *“Antes de girar la Orden de Inicio el Contratista deberá entregar: (...) Póliza de riesgos de trabajo y responsabilidad civil. (...)”* (el subrayado no corresponde al original). Por otra parte, dentro del archivo denominado Requisitos de Admisibilidad C-083 y C-95 se indica lo siguiente: *“3. Requisitos de admisibilidad. (...) b.- Póliza de riesgos de trabajo y obligaciones laborales.*

Constancia de la póliza de Riesgos de Trabajo, la misma deberá estar al día y ser atinente al giro comercial de lo licitado, (...)” (el subrayado no corresponde al original) (ver [2. Información del cartel /2022LA-000006-0022500001 [Versión Actual] / Detalles del concurso / F. Documento del cartel / Requisitos de admisibilidad C-083 y C-095.docx / Cartel de licitación C-083-C095.docx / expediente que consta en Sistema de Compras Pública SICOP bajo el expediente 2022LA-000006-0022500001). Así las cosas, en SICOP constan varios archivos adjuntos que conforman “*F. Los documentos del cartel*”, dentro de los cuales se ubican los archivos denominado “*Requisitos de Admisibilidad C-083 y C-095*”, así como el documento denominado “*Cartel de licitación C-83 C95 (pliego de condiciones)*” en los cuales se requiere, por un lado, que la Póliza de Riesgos de Trabajo sea presentada con la oferta como requisito de admisibilidad, en tanto que por otro lado se indica que es una obligación del contratista. Así las cosas, y al amparo de los principios que rigen la materia de contratación administrativa, tales como buena fe, eficacia y eficiencia, ante una situación como la descrita en que se evidencia una contradicción entre los documentos que conforman el pliego cartelario, debe procurarse la conservación de las ofertas a través de una lectura flexible del cartel, sea que en este caso aplicará aquella condición que resulte menos lesiva a los intereses de las partes, que para el caso particular refiere a aquella que indica que el requerimiento debe ser presentado por la empresa que resulte contratista. Aunado a lo anterior, consta en la oferta presentada por la empresa Grupo Orosi, una Constancia de Seguro relativa a Riesgos de Trabajo, póliza N° 8538949 en que se indica que Grupo Orosi puede realizar trabajos en todo el país, bajo las labores amparadas correspondientes a la “*Construcción de carreteras y vías de ferrocarril*”, póliza que tiene una vigencia desde el 1 de junio del 2022 hasta el 31 de mayo del 2023 y que al final de dicho documento señala lo siguiente: “*Nota Importante: Esta certificación no es aceptada para tramitar permisos de construcción, declaraciones de subcontratos o proyectos de obra pública*” (ver hecho probado N° 6). Así las cosas, pese a lo ya resuelto en el sentido que debe aplicar la norma cartelaria menos lesiva, se acredita que para el momento de la apertura la empresa recurrente cuenta con la Póliza de Riesgos de Trabajo; y aunque en dicha constancia se evidencia una “nota” que señala que el documento no es apto para tramitar, entre otros, proyectos de obra pública, dicha manifestación no es suficiente para resolver que este documento impide demostrar la situación que por sí misma describe, en los términos requeridos por el cartel, además que no se evidencia -de modo alguno- que dicha referencia limite la participación en el proceso de contratación administrativa, y en igual sentido, se echa de menos un ejercicio de fundamentación por parte de la empresa adjudicataria que remita a la normativa vigente que justifique las razones

bajo las cuales se debe contextualizar dicha “nota”. De conformidad con lo señalado procede declarar **sin lugar** este punto del recurso.

III. SOBRE EL FONDO DEL RECURSO PRESENTADO POR LA EMPRESA APELANTE

GRUPO OROSI S.A. A partir de lo resuelto por este Despacho con ocasión del conocimiento de los aspectos de legitimación, al ser oferta válida, se tiene que la empresa recurrente cuenta con las condiciones para presentar el presente recurso de apelación en contra del acto de adjudicación, respecto a lo cual se procederá a analizar los argumentos desarrollados en su contra.

1.- En cuanto al Hinchamiento. Memorias de Cálculo con insuficiencias en los costos e insumos de índole insubsanable por parte de la adjudicataria. Señala la empresa apelante que la adjudicataria cotiza un precio insuficiente para varios ítems de pago, tales como

Material de préstamo selecto caso 2, Relleno para fundación, Base de agregados graduación C -

Caso 2, Material de Secado, lo cual resulta de fácil constancia a partir de sus memorias de cálculo, en tanto que omite considerar el cumplimiento con el cambio volumétrico “hinchamiento”

de los materiales granulares en las memorias de cálculo, ya que debió indicar la cantidad necesaria (en condición suelta) de material para cumplir con la cantidad solicitada por la

Administración de acuerdo al documento de requerimientos y en apego a la actualización del CR-2010 (de acuerdo a la actualización del Repositorio Sectorial MOPT versión oficializada mediante

el DE-41286-MOPT, del 6 de junio del 2018) y a las Resoluciones de la Contraloría General N° R-DCA-0093- 2019 del 31 enero del 2019 y R-DCA-0186- 2019 del 26 febrero del 2019. Al

respecto aporta un cuadro referido al C-7-06-95 Los Geranios Guácimo, Tramo 1, renglón 9, base de agregados graduación C Caso 2, una cantidad de 782,00 m³ señalando que el factor de

abultamiento debió ser del 30% con lo cual corresponde a 234,60 m³ que corresponde al monto de ₡2.253.333,00 en solo ese ítem de pago, indicando que esa misma omisión e insuficiencia se

repite y es constante en todos los ítems donde se solicitó cotizar materiales granulares, *Material de préstamo selecto caso 2, Relleno para fundación, Base de agregados graduación C - Caso 2,*

Material de Secado. Al respecto indica la empresa adjudicataria que se pretende confundir con tecnicismos condiciones definidas en el pliego de condiciones como, por ejemplo, que la Tabla 1.

Estimación teórica de materiales requeridos para la intervención del C7-06-083 Tramo 1, en la que se indica que es teórica debido a que las cantidades de material deben ser verificadas con

Topografía, siendo que en ese sentido se refiere al cartel de licitación en cuanto que el contratista está en la obligación de realizar un levantamiento topográfico para garantizar lo requerido por la

Municipalidad. Indica que su representada no ha dejado de cotizar las cantidades requeridas en cada uno de los tramos a intervenir tanto para el camino C-7-06-083 y C7-06-095, y así se puede

evidenciar en cada memoria de cálculo, siendo que en todo caso el cartel establece que en cuanto a la especificación técnica para materiales granulares el contratista deberá velar por la correcta homogeneización del material, siendo que incluso en el apartado de la compactación se indica que la Administración solicitará la topografía para verificar los niveles de acabado. En ese sentido, el cartel reitera en el renglón de pago 301.07 Base para el pago estará sujeto a la aprobación de acuerdo a las especificaciones del cartel y de conformidad con el Ingeniero. Señala que las cantidades ofertadas son las que el alcance de la Municipalidad ha indicado, sin aumento ni disminución, señalando que se han respetado las tablas de cotización *Estimación teórica de materiales requeridos para la intervención*, y bajo el entendido que será inspeccionado topográficamente, siendo el cumplimiento principal el espesor bajo la unidad de medida del m³. Señala la Administración que al revisar la información se consideró la cantidad de m³ del material de préstamo, los rellenos para fundación base y material de secado como los requeridos en los proyectos; sin embargo por error se omitió la consideración del factor de hinchamiento en la evaluación realizada, factor importante ya que podría ser insuficiente la cantidad contratada debido a la disminución de vacíos que sufre el material granular durante el proceso de compactación. Aunado a lo anterior, con ocasión de la audiencia especial concedida por este Despacho mediante auto de las catorce horas veintidós minutos del dos de setiembre del dos mil veintidós a efectos que la Administración indicará si existía incumplimiento por parte de la empresa adjudicataria en cuanto a la insuficiencia en las memorias de cálculo de los materiales granulares ofrecidos, se tiene que la Municipalidad señala que durante el proceso de evaluación técnica por error involuntario no verificó el factor de hinchamiento dentro de las memorias de cálculo presentado por la empresa J.M.A.A. DE OCCIDENTE S.A. sino hasta el análisis del recurso de apelación interpuesto por la empresa GRUPO OROSI S.A. respecto a lo cual señala que técnicamente el factor de hinchamiento debe de estar contemplado dentro de la memoria de cálculo ya que en el numeral 2 “Descripción de Proyecto” del cartel se indicó que el espesor de la base granular tendrá el espesor indicado y que será compactado. Como parte del objetivo de conservar la oferta, se procedió a disminuir la base granular, pasando de 20 cm a 16.5, esto sin afectar la calidad del proyecto, pero dentro de los nuevos cálculos realizados por la empresa J.M.A.A DE OCCIDENTE S.A. tampoco se consideró el factor de hinchamiento, como se puede verificar en las memorias de cálculo. Considera la Administración que al no considerarse el hinchamiento se presenta un incumplimiento por parte de J.M.A.A. DE OCCIDENTE S.A. dentro de su memoria de cálculo, el cual provocaría problemas en el buen desarrollo de la ejecución siendo que al colocar la cantidad de metros cúbicos contratada sin contemplar el factor de

hinchamiento, no alcanzaría el material granular para poder desarrollar todo el alcance del proyecto debido a que durante el proceso de compactación no se estaría contemplando la disminución de los vacíos. Respecto a lo señalado por la Administración la empresa apelante indica que la Municipalidad avala y ratifica su alegato en cuanto a que la adjudicataria omitió considerar el factor de hinchamiento del material, el cual técnicamente debió estar considerado en las memorias de cálculo, de tal manera que el NO considerar el factor de hinchamiento del material representa un perjuicio económico para la propia adjudicataria y una inseguridad jurídica para la Administración licitante. Considera que la adjudicataria debió cotizar la cantidad necesaria (en condición suelta) de material para cumplir con la cantidad solicitada por la Administración de acuerdo al documento de requerimientos y en apego a la actualización del CR-2010 (de acuerdo a la actualización del Repositorio Sectorial MOPT versión oficializada mediante el DE-41286-MOPT) y conforme a las resoluciones de la Contraloría General de la República N° RDCA-0093-2019 del 31 enero del 2019 y N° R-DCA-0186- 2019 del 26 febrero del 2019. Así las cosas, la adjudicataria cotizó desde el acto de apertura un precio insuficiente para varios ítems de pago como lo son *Material de préstamo selecto caso 2, Relleno para fundación, Base de agregados graduación C - Caso 2, Material de Secado*, lo cual es validado por la Administración. La empresa adjudicataria señala que la referencia técnica ha sido el cartel, donde el objeto contractual es la conformación de la estructura, el mejoramiento de superficie de ruedo con carpeta asfáltica, obras complementarias y los sistemas pluviales, señalando que es el contratista el que está en la obligación de cumplir con los estándares de calidad según el manual de especificaciones generales para la construcción de carreteras, caminos y puentes CR2010 y el pliego cartelario. Señala que el cartel es ambiguo al no señalar cuál será el procedimiento de medición del material, pues la especificación para la colocación de las sub bases y bases granulares puede darse mediante la medida en banco (sitio plataforma de la calzada) o medida en vehículo (m3). Indica que de la tabla N° 1 a la tabla N° 7 del cartel, la unidad de medida y de pago para el ítem CR-301.02 Base de agregados graduación C- caso 2 es el m3 (metro cúbico), y si se realiza la aritmética de las longitudes, anchos promedios, y espesor propuesto su resultado final no contempla ningún factor de hinchamiento, por lo que oferta la condición indica en el sumario de cantidades, cantidades que son teóricas pues las mismas serán ajustadas en cada calle dependiendo de la geometría de la misma. Señala que sería diferente si la Administración hubiese indicado un factor de hinchamiento para que todos los oferentes partieran de una misma variable y los volúmenes fueran semejantes considerando que el comportamiento volumétrico del material se comportan de diferente manera según las regiones

del país, de manera que el contratista asumiría un dato de partida y para cada quien los volúmenes serían diferentes (según factor de hinchamiento utilizado a criterio profesional), de allí la importancia de cotizar la cantidad establecida para cumplir en igualdad y se sobre entiende que al tener un rubro de pago de Topografía para la construcción control y verificación de la calidad, será para demostrar la uniformidad de los espesores, pendientes, secciones entre otros. Señala que su oferta contempla todas las cantidades de materiales descritas en cada una de las tablas a ofertar, contemplando los volúmenes requeridos para garantizar los espesores indicados por la Administración. Se reitera que la estimación teórica será ajustada con topografía según los sumarios de cantidades. Se menciona por parte de la adjudicataria la especificación del CR 2010 en cuanto a 300 Capas de base y subbase del Manual de Especificaciones Generales para la Construcción de Caminos, Carreteras y Puentes, en particular en el punto 301.03 Colocación y compactación en que se indica que se utilizará un tramo de prueba antes de iniciar la colocación y compactación del material subbase o base granular, indicando que es curioso que en la etapa de revisión de ofertas, y adjudicación se valore el factor de hinchamiento de un material que no ha sido sometido al auto control de la calidad por parte del contratista y verificado por la Municipalidad, etapa previo a la orden de inicio, donde se presentan las verdaderas fuentes de material con sus resultados volumétricos y granulométricos para ser aprobados y verificados. Señala la adjudicataria que los espesores indicados por la ingeniería municipal son teóricos y definitivos como espesores mínimos, y su oferta contempla las cantidades estimadas y calculadas para dar cumplimiento al proceso constructivo tal y como lo establece el proceso de colocación y compactación con la utilización del paño de prueba al inicio del proyecto para definir los parámetros reales, reiterando que mediante el rubro de topografía se verificarán los espesores. En síntesis, se garantiza que sus cálculos cubren los espesores definidos por el Municipio, los materiales serán acarreados y colocados por descarga directa con la adecuada homogenización y en sitio, a través de los laboratorios de verificación y autocontrol, se determinarán los espesores mínimos que garanticen la compactación óptima respecto de la densidad máxima del material. Se adjunta un cuadro comparativo de cantidades para el Ítem de pago Base graduación C, a partir del cual indica que las cantidades ajustadas por la Municipalidad obedecen a una reducción de un 23% del material granular base graduación C, lo que indica que el proyecto deberá de ser ajustado mediante órdenes de modificación para poder alcanzar el alcance requerido, no obstante su empresa oferta las cantidades originales con las unidades de pago definidas por la unidad de m³, siendo este el procedimiento correcto en el tanto que en el proceso constructivo se deberán de garantizar los espesores teóricos propuestos

pero que dependerán de la conformidad determinada o ensayada en laboratorio. Señala bajo fe de juramento su compromiso de cumplir con el alcance de cada uno de los tramos considerando las obras totalmente terminadas y listas para su normal operación. **Criterio de la División:** A efectos de atender este punto, resulta necesario determinar en qué consiste el cuestionamiento planteado por la empresa recurrente respecto al “Factor Hinchamiento”, motivo por el cual es necesario remitir a lo ya resuelto por este Despacho en otras oportunidades: *“En ese sentido, resulta necesario indicar, que por criterio de esta División expuesto por oficio No. DCA-0542, del Equipo de Gestión y Asesoría Interdisciplinario, con fecha 11 de febrero de 2019, sobre el concepto de hinchamiento y cómo calcularlo, se indicó: “(...) Al factor de hinchamiento se le suele llamar de muchas maneras: factor de abultamiento, factor de expansión, factor de esponjamiento. Al excavar el material en banco, este resulta removido con lo que se provoca un aumento de volumen. Este hecho ha de ser tenido en cuenta para calcular la producción de excavación, cantidad de material requerido y dimensionar adecuadamente los medios de transporte necesarios. El factor de hinchamiento puede ser determinado de manera aproximada mediante la relación de volúmenes antes y después de la excavación o también mediante la relación de las densidades en cuyo caso lo que se determina es un porcentaje de hinchamiento y no un factor propiamente dicho, (...). Obtenido este porcentaje de hinchamiento se puede estimar de una manera razonable el volumen de material adicional que se debe contemplar en la oferta para poder cumplir el objeto solicitado. Como se mencionó antes, cuando la Administración determina estas mediciones, se desconocen las características anteriores (factor y porcentaje de hinchamiento) pues los cálculos se han realizado a partir de una medición en banco, mediante programas de dibujo o topografía. Es por tanto que corresponde al oferente, contemplar la característica particular de su material ofrecido (factor de hinchamiento y porcentaje de hinchamiento) para cumplir con la cantidad de material solicitado por la Administración (...)”. Conforme a lo anterior, resulta claro que el factor de hinchamiento es el volumen de material adicional que se debe contemplar en la oferta para poder cumplir el objeto solicitado, volumen adicional que debería evidenciarse en la respectiva memoria de cálculo. Lógicamente, esto implica que la oferta como un todo, debe corresponder a estas cantidades que deben ser consideradas. Así pues, para el caso bajo análisis los oferentes debían contemplar en su oferta el material correspondiente, correlacionando esta cantidad con los restantes elementos de su memoria de cálculo, y que resultan necesarios para una adecuada ejecución contractual, como lo son el equipo correspondiente, las horas asociados a este, etc. (...) De lo anterior, se desprende que el material compactado sufre un cambio de su volumen respecto del material*

suelto que es el que se transporta al sitio de las obras para su posterior colocación y compactación por lo que al compactarse requerirá un porcentaje adicional de material para suplir el faltante de material en razón del cambio de volumen que sufre al compactarse. (...) De acuerdo a lo anteriormente dicho, considera esta Contraloría General de la República que se está ante una oferta que no ha cotizado la totalidad del material requerido por la Administración, lo que implica en consecuencia, que la oferta de la adjudicataria es incompleta, ameritando por lo tanto, su descalificación del concurso de mérito (...)” Así pues, efectivamente el factor de hinchamiento debe estar referenciado desde la presentación de la oferta en su memoria de cálculo, pues con ello la Administración garantiza que se cotiza la cantidad idónea de material para llevar a cabo la obra y en virtud de lo anterior, es criterio de este órgano contralor que lo esbozado resulta ser un aspecto trascendente de la oferta, pues se encuentra directamente relacionado con la correcta ejecución contractual y el cumplimiento de la totalidad del objeto, pues de no contemplarse en la memoria de cálculo, los costos asociados con el factor de hinchamiento se estaría ante una oferta que no contempla todos los elementos necesarios para la adecuada ejecución contractual”. (ver R-DCA-0132-2021 del 3 de diciembre del dos mil veintiuno.) Conforme a lo expuesto se tiene por acreditado que el “Factor Hinchamiento” refiere a un porcentaje adicional de material que el oferente debe considerar para suplir el faltante de material en razón del cambio de volumen que sufre al compactarse. En el caso particular el cartel requiere en las tablas 1 a la 7, referente a cada código de camino y sus tramos, una serie de materiales granulares que se identifican como: *Material de préstamo selecto caso 2, Relleno para fundación, Base de agregados graduación C - Caso 2, Material de Secado*, (ver cartel de licitación C083 C095 [2. Información del cartel /2022LA-000006-0022500001 [Versión Actual] / Detalles del concurso / F. Documento del cartel / Requisitos de admisibilidad C-083 y C-095.docx / Cartel de licitación C-083-C095.docx / expediente que consta en Sistema de Compras Pública SICOP bajo el expediente 2022LA-000006-0022500001). En el cartel se establecen “Hojas de cotización” que resulta una propuesta de formato para cada renglón de pago para cada camino, en las cuales se establecen cantidades específicas de cada línea. Así las cosas, con vista en la Tabla 3 Estimación teórica de materiales requeridos para la intervención del C7-06-095 Tomo 1, referido al código de camino C7-06-095, que para la línea 2 referencia CR.204.08 Material de préstamo selecto- caso 2 717,60 m³, línea 4 referencia CR.209.03 Relleno para fundación la cantidad de 19,23 m³, línea 9 referencia CR.301.02 Base de agregados graduación C- Caso 2 782m³, y línea 11 referencia CR.413.04 Material de Secado 23,30 m³, se tiene una serie de datos que sirven para validar la información presentada en la oferta por parte de la empresa

adjudicataria, respecto a las cuales se tiene la siguiente información: línea 2 CR.204.08 Material de préstamo selecto caso 2 717,60 m³, en tanto que para la línea 4 referencia CR.209.03 Relleno para fundación la cantidad es de 19,23 m³, línea 9 referencia CR.301.02 Base de agregados graduación C- Caso 2 782 m³ y línea 11 referencia CR.413.04 Material de Secado 23,30 m³ (ver hecho probado N° 7). Así las cosas, a manera de constatación, se logra determinar que, respecto a las líneas tomadas como ejemplo, lo cual se reitera con ocasión de todas las tablas que integran el presente objeto contractual en que se describen los materiales granulares que se identifican como *Material de préstamo selecto caso 2, Relleno para fundación, Base de agregados graduación C - Caso 2, Material de Secado*, se puede constatar que existe plena coincidencia entre las cantidades requeridas en el cartel y las cantidades suministradas por la empresa adjudicataria, sin que de dicha información se desprenda la inclusión o valoración del factor hinchamiento, que corresponde a una cantidad adicional de material al requerido por la Administración que cubre el cambio volumétrico y que como se ha dicho, es técnicamente necesario para garantizar la cantidad de material requerida. Esta misma deficiencia se puede constatar en los ítems en los que se solicitó materiales granulares. Conforme a lo expuesto es evidente que la empresa adjudicataria no consideró un porcentaje adicional de material para cubrir el hinchamiento que técnicamente sucede con ocasión del referido volumen del material. Al respecto resulta necesario indicar que si bien es cierto tanto el cartel de licitación como la normativa técnica aplicable señalan que la constatación del material está sujeto a un análisis topográfico que garantice los volúmenes del material, lo cierto es que dicha referencia corresponde precisamente a la constatación o verificación que de cualquier manera debe realizar la Administración dentro de sus labores de fiscalización y parte del control de calidad; no obstante, la consideración del fenómeno de “hinchamiento” resulta una labor que debe ser implementada por los oferentes en su oferta, como un costo y cantidades adicionales del material necesario para solventar el cambio volumétrico producto del hinchamiento que sufre el material, sin que sea pertinente el ejercicio expuesto por la empresa J.M.A.A. de Occidente S.A. en cuanto a que dichas cantidades -de cualquier modo- estarán sujetas a una revisión posterior, ya que por el contrario, la consideración del “hinchamiento” refiere a una actuación previa por parte de los concursantes en la que en su oferta se considere un precio cierto y definitivo a partir del material ofrecido y que necesariamente incluya el porcentaje adicional requerido para cumplir con el objeto de la contratación. Así las cosas, se echa de menos el ejercicio mediante el cual, la adjudicataria logre demostrar que en su oferta efectivamente consideró el factor hinchamiento, en cumplimiento de la buena técnica. De conformidad con lo expuesto corresponde **declarar con**

lugar este punto, en el tanto que se confirma que la empresa adjudicataria no consideró en su oferta el factor de hinchamiento del material granular de conformidad con la técnica correspondiente y por ende estamos ante una oferta incompleta al no contemplar el material suficiente para entregar el objeto contractual. De conformidad con lo expuesto y conforme a lo indicado en el artículo 191 RLCA no se entra a conocer el resto de argumentos señalados en contra de la oferta de la empresa adjudicataria, en tanto que carece de interés práctico.

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 84 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa; y 182 y siguientes de su Reglamento, **se resuelve** lo siguiente: **1) DECLARAR CON LUGAR, el RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la empresa **GRUPO OROSI S.A.** en contra del acto de adjudicación de la **LICITACIÓN ABREVIADA N° 2022LA-000006-0022500001**, promovida por la **MUNICIPALIDAD DE GUACIMO** para el *“Mejoramiento de los caminos de la red vial cantonal de Guácimo y los sistemas pluviales en los caminos según el código C7-06-083 y C7-06-095”*, acto recaído a favor de la empresa **J.M.A.A. DE OCCIDENTE S.A.**, por un monto de **¢254.429.577,93, acto que se anula.** **2)** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa, se da por agotada la vía administrativa. **NOTIFÍQUESE.**

Roberto Rodríguez Araica
Gerente de División Interino

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado



Alfredo Aguilar Arguedas
Gerente Asociado