

R-DCA-631-2016

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las trece horas seis minutos del veintiséis de julio del dos mil dieciséis.-----
Recurso de apelación interpuesto por **CONSORCIO GRUPO OROSI** en contra del acto de adjudicación de la línea número 3 de la **LICITACIÓN PÚBLICA 2014LN-000018-0CV00**, promovida por el **CONSEJO NACIONAL DE VIALIDAD** para "MP-R Mantenimiento Periódico y Rehabilitación del Pavimento de la Red Vial Nacional Pavimentada", acto recaído en favor de **CONSTRUCTORA HERNAN SOLIS S.R.L.**, por un monto de ₡17.072.283.152,02.-----

RESULTANDO

- I.- Que el Consorcio Grupo Orosi, interpuso el día quince de abril de dos mil dieciséis, recurso de apelación ante esta Contraloría General de la República, en contra del acto de adjudicación de la Licitación Pública 2014LN-000018-0CV00, "*MP-R mantenimiento periódico y rehabilitación del pavimento de la Red Vial Nacional Pavimentada*".-----
- II.-Que las empresas Consorcio Zona Norte, Constructora Santa Fe Limitada, Constructora Sánchez Carvajal, Constructora Meco S.A., y Constructora Hernán Solís interpusieron el día dieciocho de abril de dos mil dieciséis recurso de apelación ante esta Contraloría General de la República, en contra del acto de adjudicación de la Licitación Pública 2014LN-000018-0CV00, "*MP-R mantenimiento periódico y rehabilitación del pavimento de la Red Vial Nacional Pavimentada*".-----
- III.-Que mediante auto de las diez horas y treinta minutos del diecinueve de abril de dos mil dieciséis, esta División solicitó a la Administración el expediente de la mencionada licitación, el cual fue remitido mediante oficio No. PRO 16-2016-0544 de fecha veinte de abril de dos mil dieciséis, suscrito por Carmen Madrigal Roma, en su condición de directora de la Proveeduría Institucional.-----
- IV.- Que mediante resolución número R-DCA-361-2016 de las trece horas y cuarenta minutos del dos de mayo de dos mil dieciséis se determina rechazar de plano por improcedencia manifiesta el recurso de apelación interpuesto por Consorcio Zona Norte, Constructora Santa Fe Limitada, Constructora Sánchez Carvajal y Constructora Hernán Solís (líneas 5, 8 y 9) y admitir el recurso interpuesto por Consorcio Grupo Orosi, Constructora Meco y Constructora Hernán Solís (líneas 1 y 9), según el detalle de dicha resolución.-----
- V.- Que mediante resolución número R-DCA-404-2016 de las ocho horas diecisiete minutos del dieciséis de mayo de dos mil dieciséis se determina acoger el desistimiento de los recursos de

apelación interpuestos por las empresas Constructora Meco S.A. y Constructora Hernán Solís, respecto de las líneas 1, 2, 3 y 9, según el detalle de dicha resolución.-----

VI.- Que mediante resolución número R-DCA-394-2016 de las nueve horas nueve minutos del doce de mayo de dos mil dieciséis se declara sin lugar las diligencias de adición y aclaración presentadas por Constructora Santa Fe Limitada, según el detalle de dicha resolución.-----

VII.- Que mediante resolución número R-DCA-406-2016 de las ocho horas quince minutos del dieciséis de mayo de dos mil dieciséis se rechaza de plano por inadmisibile el recurso de revocatoria con apelación en subsidio, gestión de nulidad concomitante y denuncia interpuesto por Constructora Sánchez Carvajal S.A., según el detalle de dicha resolución.-----

VIII.- Que mediante auto de las quince horas diez minutos del veinte de mayo de dos mil dieciséis, se solicitó "*prueba para mejor resolver*" a la Administración sobre los precios de la empresa adjudicataria por debajo de las bandas de razonabilidad y sobre el incumplimiento del formulario 6, según el detalle hecho en dicho auto, audiencia que fue atendida por la Administración, según escritos agregados al expediente de apelación.-----

IX.- Que mediante auto de las nueve horas del veintitrés de mayo de dos mil dieciséis se confirió audiencia especial a Consorcio Grupo Orosi, para que se refiera a las argumentaciones que en su contra realizaron la Administración y la adjudicataria en la audiencia inicial, según el detalle hecho en dicho auto, audiencia que fue atendida por el consorcio, según escritos agregados al expediente de apelación.-----

X.- Que mediante escrito de fecha 24 de mayo de 2016 se presenta gestión de coadyuvancia pasiva por parte del Grupo de Profesionales y Ciudadanos Costarricenses, la cual se presentó sin firma. -----

XI.- Que mediante escrito de fecha 23 de mayo de 2016 se presenta gestión de coadyuvancia suscrita por cinco contratistas de la zona de los Santos, Turrialba y Cartago.-----

XII.- Que mediante escrito de fecha 24 de mayo de 2016 se presenta gestión de coadyuvancia por parte del Grupo Orosi Progreso. -----

XIII.- Que mediante auto de las trece horas del treinta de mayo de dos mil dieciséis, se confirió audiencia especial a Consorcio Grupo Orosi, para que se refiera a lo manifestado por la Administración en el auto de prueba para mejor resolver, según el detalle hecho en dicho auto,

audiencia que fue atendida por el consorcio, según escritos agregados al expediente de apelación.-----

XIV.- Que mediante oficio número 43-2016 del 01 de junio de 2016 la Cámara de Comercio, Industria, Turismo y Servicios de Cartago presentó coadyuvancia.-----

XV.- Que mediante oficio número GCTT-01-16-0575 del 02 de junio de 2016 el CONAVI se refirió a que dentro del expediente administrativo del concurso sí constaba la existencia del oficio DCVP 43-16-0151 del 03 de marzo de 2013. -----

XVI.- Que mediante escrito de fecha 09 de junio de 2015 la empresa adjudicataria se refirió a que dentro del expediente administrativo del concurso sí constaba la existencia del oficio DCVP 43-16-0151 del 03 de marzo de 2013. -----

XVII.- Que mediante resolución R-DCA-474-2016 de las ocho horas y veintiocho minutos del nueve de junio de dos mil dieciséis, se rechaza de plano por inadmisibles las gestiones de coadyuvancia interpuestas por profesionales y ciudadanos costarricenses, según el detalle de dicha resolución.-----

XVIII.- Que mediante escrito anónima de fecha 09 de junio de 2016 se manifestó disconformidades sobre las actuaciones de los funcionarios Johnny Barth y Cristian Vargas en el presente concurso.-----

XIX.- Que mediante escrito del 10 de junio de 2016 el Consorcio apelante se manifiesta sobre el mal manejo del expediente administrativo del concurso y la falta de cronología del mismo. ----

XX.- Que mediante escrito del 23 de junio de 2016 el Consorcio apelante aclara que no es de su autoría las gestiones rechazadas mediante resolución de esta Contraloría General número R-DCA-474-2016. -----

XXI.- Que mediante auto de las diez horas del veintisiete de junio de dos mil dieciséis, se prorrogó el plazo para resolver el presente asunto hasta por un plazo de veinte días hábiles adicionales, según el detalle de dicho auto.-----

XXII.- Que mediante oficio número GCTT 01-16-0671 del 28 de junio de 2016 el CONAVI reconoce la existencia de un error al atribuirle al Consorcio apelante las manifestaciones resueltas en la resolución de esta Contraloría General número R-DCA-474-2016.-----

XXIII.- Que mediante escrito de fecha 30 de junio de 2016 la empresa adjudicataria se refiere a la incorporación de elementos y gestiones extraprocesales por parte del Consorcio recurrente.

XXIV.--Que mediante el auto de las ocho horas del seis de julio de dos mil dieciséis se otorgó audiencia final de conclusiones, audiencia que fue atendida por todas las partes, según escritos agregados al expediente de apelación. -----

XXV.- Que mediante el escrito de fecha 21 de julio la empresa adjudicataria se refiere a lo manifestado por el Consorcio apelante al contestar la audiencia final. -----

XXVI.- Que en la presente resolución se emite habiendo observado las disposiciones legales y reglamentarias correspondientes. -----

CONSIDERANDO

I. Hechos probados: De conformidad con la información que consta en el expediente administrativo del concurso, para la resolución del presente asunto se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** Que el Consejo Nacional Vialidad promovió la Licitación Pública 2014LN-000018-0CV00 para el "MP-R Mantenimiento Periódico y Rehabilitación del Pavimento de la Red Vial Nacional Pavimentada", objeto compuesto por diez líneas, estructuradas de la siguiente manera:

LINEA	ZONA	REGION
1	1-1	I-Central, Subregión San José - Heredia
	1-2	
	1-9	
2	1-4	I-Central, Subregión Occidental
	1-5	
	1-6	
3	1-3	I-Central Subregión Oriental
	1-7	
	1-8	
4	2-1	II-Chorotega
5	2-3	II-Chorotega
	2-4	
6	2-2	II-Chorotega y III-Pacífico Central
	3-1	
	3-2	
7	4-1	IV-Brunca
	4-2	
8	4-3	IV-Brunca
9	5-1	V-Huetar Atlántica
	5-2	

10	6-1	VI-Huetar Norte
	6-2	

(Invitación a participar publicada en el diario oficial La Gaceta número 200 del diecisiete de octubre de dos mil catorce y del pliego cartelario, folios 1 y 1603 al 1877 del expediente administrativo del concurso). 2) Que para la línea número 3 en debate, participaron en el concurso los siguientes oferentes:

LÍNEA	REGION	OFERENTE
3	I Central, Subregión Oriental	Constructora Hernán Solís, Constructora Meco, Consorcio Grupo Orosi, Constructora Santa Fe

(folio 15659 del expediente administrativo del concurso) 3) Que la Administración mediante el oficio número GCTT 01-15-1357 determinó que la oferta del recurrente debía ser declarado inelegible por las siguientes razones: *"Siendo que el tema de reajustes no se trata en el Aparte No. 18, sino en el Aparte No. 22, debe señalarse que los elementos allí indicados son: costo de posesión de maquinaria y equipo, repuestos, combustible, lubricantes, llantas, mano de obra, materiales, administración, insumos y administración mano de obra; que son precisamente los mismos que se repiten en los Formularios Nos. 6 y 7, con adición de los imprevistos y la utilidad. [...] Sobre este tema, la Contraloría General de la República (CGR), emitió recientemente la Resolución No. R-DCA-199-2015 de las nueve horas del diez de marzo del dos mil quince, en la que resolvió declarar con lugar el "recurso de apelación" presentado por la empresa Constructora San Román de Turrialba, S.A., contra del acto de adjudicación de la Licitación Abreviada No. 2014LA-000010-0DI00, dictado a favor de la empresa Constructora El Bajo de León, S. A. [...] Concluyéndose de la lectura de las citas anteriores, que: 1) las memorias de cálculo presentadas con la oferta -por cualquier oferente en un concurso- deben contener en la sección de "Mano de obra" los operarios necesarios y suficientes para "operar" toda la maquinaria indicada en la sección de "Maquinaria" y 2) que no es de recibo que se pretenda incluir en los costos de maquinaria, sección de "Maquinaria", el pago del personal requerido para su operación, pues ello afecta el cálculo del reajuste de precios, que se realiza durante la ejecución contractual. Así las cosas, en la oferta que el Consorcio Grupo Orosi presenta para este concurso, se observa el incumplimiento 1) descrito en el párrafo anterior, en las memorias de los renglones de pago indicados en el cuadro siguiente, para las Líneas Nos. 3 y 9 respectivamente.*

Cuadro No. 1

Renglón de pago No.	Líneas Nos.	
	3	9
M41CA2)		
M42(B)		
M45(A)		
M45C		
M47(B)		
CR.301.03		
CR.301.06		
MCR.408(5) (sic)		
M30(A)		
CR.302.03		
MCR.702.03 (sic)		
CR.634.05		
MDV-01		
CR.502.01		
CR.502.05		

Nota: representa incumplimiento.

A manera de ejemplo de la naturaleza de los incumplimientos antes apuntados, sólo para suficiencia de este documento, debe indicarse que para el renglón de pago M41(A2) "Bacheo a profundidad parcial con mezcla asfáltica en caliente", para la Línea No. 3, en el cuadro de "Maquinaria" dice:

Cuadro No. 2.

No. equipos	Descripción/Marca/Modelo/Potencia (HP)	Cantidad Horas
1.00	Distribuidor de Asfalto	354.30
1.00	Cortadora de Pavimento	354.30
-	Perfiladora	354.30
1.00	Barredora	354.30
1.00	Compactadora	354.30
1.00	Finisher	354.30
1 00	Vagonetas	3,543.00

Nota: aunque no indica número de "perfiladoras" si considera 354.30 horas de su operación, asignándose un monto de S 32,480,452.50 por concepto, en la columna "Costo total".

Mientras que en la sección de "Personal", se indica:

Cuadro No. 3.

	Descripción	Cantidad Horas
1.00	Operario	354.30
3.00	Peones	354.30
-	Ayudantes	-
1.00	Encargados	354.30
-	Ingeniero Civil	-
1.00	Rastrilleros	354.30
2.00	Banderilleros	354.30
2.00	Encargados de señal	354.30

Siendo claro, que las 354.30 horas operario incluidas en el Cuadro No. 3 no son suficientes para "operar" el distribuidor de asfalto, la perfiladora (tenida en cuenta la nota del Cuadro No.2), la barredora, la compactadora, el finisher y las 10 (diez) vagonetas, que de manera conjunta suman 5,314.50 horas, según se desprende de la información contenida en el Cuadro No. 2. [...] Es menester indicar que el caso de análisis -Licitación Pública No. 2014LN-000018-OCVOO-, guarda gran similitud con la situación presentada en la Licitación Pública No. 2014LN-000010-ODI00, en cuanto al contenido cartelario y los errores apuntados en la oferta, por lo que la aplicación de la Resolución R-DCA-199-2015 es procedente ("erga omnes"). **No queda más que dictar la inelegibilidad de la oferta del Consorcio Grupo Orosí, en este concurso.** (El resaltado es original). (Folios 1693 al 16098 del expediente administrativo del concurso). 4) Que el Consorcio recurrente presentó un documento de fecha cuatro de febrero de dos mil dieciséis, con número de recibo en la ventanilla única del CONAVI 0932 del ocho de febrero de dos mil dieciséis, por medio del cual dicho Consorcio se refirió al oficio número GCTT 01-15-1357 suscrito por la Gerencia de Contratación de Vías y Puentes, en donde señala que se excluye de manera indebida y claramente arbitraria su oferta en las líneas 3 y 9. Para lo cual, presenta una serie de argumentos relacionados con que la resolución número RES-CA-0102-2015 del Consejo de Administración se impone al oficio GCTT 01-15-1357, violación al principio de conservación de las ofertas y a principio de eficiencia, posibilidad de corregir aspectos subsanables e inadecuada aplicación irrestricta de la resolución número R-DCA-199-2015. 5) Que en el Consorcio recurrente presentó un documento de fecha cuatro de febrero de dos mil dieciséis, con número de recibo en la ventanilla única del CONAVI 0932 del ocho de febrero de dos mil dieciséis, en el cual adjuntó las siguientes tablas: a)

"AUXILIARES, DETERMINACIÓN DE LOS PRECIOS DE LA MANO DE OBRA Y EQUIPOS

OPERADOR 2		
CONCEPTO	VALOR	TOTAL
SALARIO (POR DÍAS DE 11 HORAS)	16.000.00	348.000,00
(POR DÍAS DE 6 HORAS)		37.963.64
CCSS (POR CUENTA DE EMPRESA)	26.17%	121.208.02
INSS	5.00%	19.298.18
AGUINALDO	8.33 %	32.163.64
VIÁTICOS	7500.00	163.125,00

OPERADOR 1		
CONCEPTO	VALOR	TOTAL
SALARIO (POR DÍAS DE 11 HORAS)	16.800,00	365.400,00
(POR DÍAS DE 6 HORAS)		39.861.82
CCSS (POR CUENTA DE EMPRESA)	26,17%	127.268.42
INSS	5,00%	20.963.09
AGUINALDO	8,33%	33.771.82
VIÁTICOS	7.500.00	163.125,00
HORAS EXTRAS/PRIMA	20,00%	81.052.36
OTROS (CASANTÍA, DESPIOO, ETC	8,00%	32.420.95
TOTAL		863.163.46
PRECIO HORA M.O.BRA		3.868.710
M.O.BRA EN ADMON. MOLINARIA		273.67
PRECIO HORA TOTAL M.O.BRA		4.180

HORAS EXTRAS/PRIMA	20.00%	77.192,73
OTROS (CASANTÍA, DESPIDO, ETC)	8.00%	30.877,09
TOTAL		829.828,29
PRECIO HORA.M.OBRA		3.755,84
M.OBRA EN ADMON MQUINARIA	7.00%	262,91
PRECIO HORA TOTAL M.OBRA		4.019

(Folio 17448 expediente administrativo del concurso)

b)

EQUIPO	PRECIO TOTAL	PRECIO OPER.	%APROV	1 PRECIO EQUIPO
Vehículo de Carga Liviana Tipo Pick Up 4x4	9.265,00			9.265,00
Equipo Mayorde Laboratorio	26.450,00			26.450,00
Equipo Menorde Laboratorio	23.650,00			23.650,00
Distribuidor de Asfalto	24.450,00			24.450,00
Cortadora de Pavimento	2.350,00			2.350,00
Perfiladora	91.675,00	8.360,00	1,2	81.643,00
Barredora	22.000,00	4.019,00	1,2	17.177,20
Compactadora	35.165,00	4.019,00	1,2	30.342,20
Finisher	33.295,00	8.360,00	1,2	23.263,00
Vagonetas	21.200,00	4.019,00	1,2	16.377,20
Camión de Brigada	2.000,00			2.000,00
Retroexcavadora (BackHoe)	16.200,00	4.019,00	1,2	11.377,20
Tanque de Agua	9.325,00	4.019,00	1,2	4.502,20
Mezcladora de Concreto	1.780,00			1.780,00
Ruteadora	1.780,00			1.780,00
Selladora	11.205,00			11.205,00
Compresorde Aire	7.150,00			7.150,00
Motoniveladora Articulada	26.550,00	4.180,00	1,2	21.534,00
Pala Excavadora Hidráulica	62.575,00	4.019,00	1,2	57.752,20
Compactadorde Asfalto con Neumático	18.850,00	4.019,00	1,2	14.027,20
Recuperadora	104.225,00	4.019,00	1,2	99.402,20
Cabezal 12064T	23.725,00	4.180,00	1,2	18.709,00
Lowboyde Carreta	4.450,00			4.450,00
Rompedor	2.345,00			2.345,00
Vibradorde Concreto	1.035,00			1.035,00
Codal Vibratorio	1.375,00			1.375,00
Perforadora de Roca	96.465,00			96.465,00
Mezcladora de Concreto	2.225,00			2.225,00
Bomba de Agua	2.125,00			2.125,00
Generador Eléctrico	6.975,00			6.975,00
Compactador Vibratorio	35.125,00	4.019,00	1,2	30.302,20
Sierra P/Hormigon	7.995,00			7.995,00

(Folio 17449 expediente administrativo del concurso). 6) Que la empresa adjudicataria para la línea 3 presentó el Formulario N° 6 Desglose para cada precio unitario por línea ofertada

(Folios 9120 al 9181 expediente administrativo). 7) Que la Administración en la Enmienda N° 3 del cartel indicó lo siguiente: "1. Se varía el formulario estándar F-6 para que en lugar de:

Formulario No. 6 Resumen general estructura de costos Desglose precio total de oferta		
Detalle del rubro	Monto	Porcentaje (%)
Costo de posesión de maquinaria y equipo		
Repuestos		
Llantas		
Combustible		
Lubricantes		
Mano de obra		
Materiales		
Imprevistos		
Utilidad		
Administración (insumos)		
Administración (mano de obra)		
Subtotal		
Trabajo a costo más porcentaje (110.06)		
Monto total de la oferta		100%

Se sustituya por el siguiente:

Formulario No. 6 Estructura de costos Desglose para cada precio unitario por línea ofertada Línea X Renglón de pago Y		
Detalle del rubro	Monto	Porcentaje (%)
Costo de posesión de maquinaria y equipo		
Repuestos		
Llantas		

Combustible		
Lubricantes		
Mano de obra		
Materiales		
Imprevistos		
Utilidad		
Administración (insumos)		
Administración (mano de obra)		
Precio Unitario del renglón de pago		100%

(Folios 1538 y 1539 expediente administrativo del concurso). **8)** Que la empresa Constructora Hernán Solís S.R.L. presentó con su oferta, el “*certificado Incondicional, irrevocable y a primer requerimiento*” expedido por Oceánica de Seguros, al margen del Seguro de Caución póliza número CAUC-196, vigente a partir del seis de agosto de dos mil quince al veintiuno de febrero de dos mil dieciséis, para asegurar la suma de ¢621.000.000 (seiscientos veintiún millones de colones), para garantizar su participación en la licitación pública número 2014LN-000018-OCV00, línea 3, zonas 1-3, 1-7 y 1-8. (Folio 6925 expediente administrativo del concurso) **9)** Que el certificado de garantía antes descrito contiene la siguiente leyenda: “*Para hacer efectiva esta garantía será necesaria la presentación a Oceánica de este documento original y sus enmiendas si las hubiere. El cobro o ejecución de esta garantía deberá ser hecho por el Asegurado brindando una declaración escrita del siniestro a Oceánica, acompañada de una solicitud para la Ejecución del Certificado de Caución; poner a disposición de Oceánica todos los informes y pruebas al respecto en los que se explique la situación que originó el daño y se demuestre haber utilizado todos los medios razonables a su alcance para disminuir las consecuencias de la pérdida o del daño. En los casos en que por naturaleza de la Obligación se requiera, Oceánica tendrá el derecho a investigar e inspeccionar cualquier predio y/o sitio de obra declarado en las Condiciones Particulares. Recibida una solicitud de Ejecución por parte del Asegurado, Oceánica procederá a realizar el pago requerido dentro de las condiciones del presente Certificado, sin asumir ninguna obligación, deber, responsabilidad o compromiso por la veracidad de lo indicado por el Asegurado, ni se obliga a intervenir en las inspecciones o verificaciones, todo lo cual queda a riesgo del Tomador. El asegurado deberá notificar a*

Oceánica en forma inmediata, cualquier gestión que haga ante el Tomador cuando exista presunción de incumplimiento, o cualquier incumplimiento que pueda lugar a reclamación bajo este Seguro de Caución. Si al vencimiento de la garantía no hubiese sido hecha efectiva, su validez caduca automáticamente y quedara (sic) desligado de todo compromiso o responsabilidad, no solo para su futuro sino también en referente a hechos ocurridos durante la vigencia de esta garantía". (Folio 6925 expediente administrativo del concurso) 10) Que el Consejo Nacional de Vialidad aportó con su contestación inicial, copia del oficio OSV-2016-0128 de fecha dieciséis de marzo de dos mil dieciséis, el Lic. Douglas Castro Sánchez, en su condición de Vicepresidente Ejecutivo de Oceánica de Seguros S.A. se manifiesta sobre el procedimiento de cobro de los certificados incondicionales, irrevocables y a primer requerimiento emitidos por la aseguradora que representa, en lo conducente indica: "los referidos certificados tienen una naturaleza incondicional, irrevocable y a primer requerimiento por parte del Asegurado, en este caso el Consejo. Se trata por lo tanto de una garantía incondicional, que cumple a cabalidad con los requerimientos de la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento. (...) el cobro del certificado resulta procedente cuando se han cumplido los supuestos previstos en el artículo 39 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (...) esos requerimientos de notificación e información evidentemente no condicionan en modo alguno el pago, sino que como es común a las garantías de participación, pretenden únicamente dejar constancia de que ha ocurrido un evento que supone la ejecución de la garantía. Cabe mencionar que precisamente por la incondicionalidad del certificado, en el texto de dichos instrumentos consignamos expresamente que recibida una solicitud de ejecución por parte del Asegurado, procederemos a realizar el pago requerido sin asumir ninguna obligación, deber, responsabilidad o compromiso de verificar la veracidad de lo indicado por el Asegurado, pues eso queda a riesgo del Tomador". (Folio 18324 expediente administrativo del concurso) 11) Que Constructora Hernán Solís S.R.L. aportó con su respuesta al recurso, copia del oficio sin número de fecha veintinueve de enero de dos mil dieciséis mediante el cual el Lic. Douglas Castro Sánchez, en su condición de Vicepresidente Ejecutivo de Oceánica de Seguros S.A. manifiesta lo siguiente: "(...) en función a nuestro Ordenamiento Jurídico, consideramos que debe establecerse en dicha solicitud de Ejecución que se han seguido los procedimientos establecidos en el artículo 39 del Reglamento a la Ley de

Contratación Administrativa. Esto es lo único que se requiere lo cual no condiciona el subsiguiente pago. (...) Confirmamos y ratificamos que estos requerimientos evidentemente no condicionan en modo alguno el pago sino que, como es común en las garantías de participación, se pretende dejar constancia de que ha ocurrido un evento de incumplimiento que supone la ejecución de la garantía; (...) presentada la declaración y la solicitud con la información ya señalada, se procede al pago bajo la responsabilidad del Tomador (...). De manera que el pago de los certificados referidos, es incondicional y a primer requerimiento y cada uno de esos certificados responde a cabalidad por toda la suma asegurada.” (folio 2557 expediente administrativo del concurso) 12) Que Constructora Hernán Solís S.R.L. aportó con su recurso, copia de la garantía de participación expedida por el Banco Cathay de Costa Rica S.A., en fecha dieciséis de mayo de dos mil dieciséis para garantizar la participación de Constructora Hernán Solís S.R.L. en la licitación de marras, línea 3, vigente a partir del dieciséis de junio de dos mil dieciséis hasta el dieciséis de agosto de dos mil dieciséis (folio 2569 expediente administrativo del concurso) 13) Que mediante oficio GCSV-01-16-0179 de fecha tres de febrero de dos mil dieciséis, la Gerencia de Conservación de Vías y Puentes emite el Análisis técnico de la Licitación Pública No. 2014LN-000018-0CV00 en el cual refiere “se determinó que para algunas de las 10 líneas las ofertas presentan menor precio del Proyecto Estimado, contienen precios que se salen de las bandas definidas, la Gerencia de Conservación de Vías y Puentes solicitó a la Dirección de Costos de Vías y Puentes, que específicamente para los precios que se salen de las bandas, haga un análisis de razonabilidad de precios, realizando una indagatoria conforme al artículo 30. Precio inaceptable, del Reglamento General de Contratación Administrativa, para determinar si dichos precios son aceptables para la Administración.” (folio 17094 expediente administrativo del concurso) 14) Que mediante oficio DCVP 43-16-0131 de fecha veintidós de febrero de dos mil dieciséis, la Dirección de Costos de Vías y Puentes solicitó a la empresa Constructora Hernán Solís S.R.L. lo siguiente: “De conformidad al estudio de razonabilidad de precios que se realiza a la oferta presentada en el concurso indicado en la referencia para las líneas que se indican en el Cuadro No. 1, y de acuerdo a la información suministrada por la Gerencia de Conservación de Vías y Puentes (revisión sumario de cantidades, orden de mérito, determinación del precio unitario compuesto (PUC) y otros); encontramos que existen 50 (cincuenta) renglones de pago, cuyo

precio unitario pudiese ser inaceptable (ruinoso) respecto al determinado producto de la ponderación de precios realizada por la Administración (PUC), por lo que se le solicita aclararlos". (folio 17339 expediente administrativo del concurso) 15) Que mediante oficio sin número de fecha veintinueve de febrero de dos mil dieciséis, la empresa Constructora Hernán Solís S.R.L. atiende la indagatoria antes mencionada, a lo cual menciona entre otras cosas "Afirmamos que todos los precios unitarios ofertados por mi representada y en el caso específico todos los que en el Cuadro 1. Del oficio DCVP 43-16-0131 se solicita aclaración, son razonables y el cálculo de dichas memorias de cálculo obedecen al resultado de costos de mano de obra internos de empresa que cumplen a cabalidad con la legislación vigente de salarios mínimos para la fecha de apertura, así mismo costos horarios internos de maquinaria, precios negociados con nuestros proveedores externos y negociación competitiva de Subcontrato de Demarcación Vial. Por otra parte los rendimientos que se utilizaron para el cálculo de los diferentes precios obedecen tanto a nuestra experiencia acumulada ejecutando exitosamente obras similares del sector de carreteras durante más de 50 años (...)." (folio 17689 expediente administrativo del concurso). 16) Que mediante oficio DCVP 43-16-0151 de fecha tres de marzo de dos mil dieciséis, la Dirección de Costos de Vías y Puentes emite el "Informe de análisis de razonabilidad de precios" respecto de la oferta presentada por la empresa Constructora Hernán Solís S.R.L., concluye que: "en general, de conformidad a lo señalado en el Cuadro No. 2, los precios unitarios del oferente constituyen, según criterio de razonabilidad, precios ruinosos. La diferencia en los precios unitarios se establece debido a que los rendimientos de la mano de obra y la maquinaria utilizados por el oferente es mayor al estimado por la Administración; asimismo los precios de los materiales ofrecidos por la constructora son menores a los considerados por la Administración. Dadas las explicaciones anteriores y conjuntamente con el respaldo técnico adjuntado, se estima que son de recibo; ya que, aportan elementos probatorios para su aceptación. Por lo que, los precios unitarios ofertados para estos renglones de pago, que se indagaron, son aceptables". (Folio 17519 expediente administrativo del concurso) -----

I. Sobre los alegatos de la Administración y la adjudicataria en cuanto al rechazo de plano del recurso de apelación Constructora Santa Fe, Ltda y la admisibilidad del recurso de apelación del Consorcio Grupo Orosi. Al contestar la audiencia inicial tanto la

Administración como la empresa adjudicataria argumentaron que ante la igualdad de incumplimientos por parte de la empresa Constructora Santa Fe, Ltda y el Consorcio Grupo Orosi, ambos recursos debieron ser rechazados de plano y no admitirse el último. Al respecto, estima este órgano contralor que si bien es cierto ambos oferentes se les imputaron incumplimientos respecto las memorias de cálculo en la sección de “mano de obra” en tanto no se ofreció los operarios suficientes para manejar toda la maquinaria indicada en la sección de “maquinaria”; lo cierto es que en la fase de admisibilidad de los recursos se determinó que existieron razones suficientes para tomar la decisión de rechazar de plano un recurso y admitir el otro, asociado primordialmente a la forma en cómo se fueron desarrollando las tesis y argumentos en cada uno de los recursos. Es así como, en el caso del recurso de apelación de la empresa Constructora Santa Fe, Ltda, tal y como fue ampliamente explicado en el resolución número R-DCA-361-2016 de las trece horas cuarenta y cinco minutos del dos de mayo del dos mil dieciséis, la recurrente no logró demostrar con lo expuesto en su recurso que la Administración no llevaba razón al excluirlo, valorando que el incumplimiento que le fue reprochado para la línea 1 se replicaba en las demás líneas en las cuales cotizó la apelante. Al respecto, en dicha resolución se indicó que: *“Sin embargo, revisadas las memorias de cálculo aportadas por la apelante en su oferta para las líneas 2, 3, 4, 5 y 6 apeladas, se observa que en todas ellas se presenta el mismo incumplimiento que fue mencionado por la Administración en la línea 1, concretamente en el renglón de pago CR.703.09 denominado ‘Material de Secado’, ya que en todas las memorias de cálculo para las líneas apeladas la apelante cotizó en la sección denominada ‘Maquinaria’ los siguientes equipos: un retroexcavador, un compactador doble rodillo, una vagoneta, una barredora autopropulsada, un tanque de agua y un camión, y en la sección denominada ‘Personal’ la apelante cotizó un operador de back hoe, un operador de compactadora y un vagonetero (ver hecho probado 10), confirmándose así que el incumplimiento detectado en su momento por la Administración para las líneas 2, 3, 4, 5 y 6 ahora apeladas fue correcto, y por lo tanto en este argumento no lleva razón la apelante.”* Es así como, a partir del análisis que realizó esta Contraloría General en la etapa de admisibilidad se determinó que la empresa apelante no realizó un ejercicio argumentativo por medio del cual demostrara que cumplía con las exigencias del cartel, siendo que dicho recurso estuvo carente de la debida fundamentación y demostración, ante lo cual no cabía otra cosa que el rechazo de

plano del recurso de apelación. Por el contrario, en el caso del recurso de apelación del Consorcio Grupo Orosi sí se hizo un desarrollo de por qué se estimaba que se había valorado mal su oferta y se aportó documentación mediante la cual preliminarmente en la fase de admisibilidad, se valoró que no solo alegaba su elegibilidad sino que se encontraba sustentada en documentos y argumentos que ameritaban analizarse en la etapa de fondo, la cual se contempla en la normativa precisamente para realizar un estudio con mayor amplitud de las pruebas aportadas y alegatos invocados, así como para dar participación a los demás sujetos involucrados. De esta forma, no resulta procedente, tal y como lo pretenden la Administración y la adjudicataria, dar un tratamiento igual a los recurrentes por el simple hecho de que exista similitud en cuanto a los motivos de su descalificación, dado que la admisibilidad o rechazo de los recursos de apelación depende de los argumentos y pruebas que cada uno haya presentado con su recurso de apelación.-----

II. Sobre otros incumplimientos y/o nulidades alegados por el Consorcio apelante al contestar audiencias especiales. a) Argumentos interpuestos por el Consorcio Grupo Orosi.

Al contestar las audiencias especiales conferidas en el procedimiento, el Consorcio apelante incorpora nuevos elementos que no fueron contemplados en su recurso, esto es, alegatos en contra de la empresa adjudicataria que los denomina "*b) Otros ejemplos de incumplimientos en la desagregación de la adjudicataria*" (folio 4623 expediente de apelación), dos renglones de pago por encima de las bandas de razonabilidad (folio 4633 del expediente de apelación) y por otra parte costos por sobre-acarreo desarrollados en el apartado denominado "*errores en el razonamiento del CONAVI*" (folio 4634 expediente de apelación), los cuales deben ser rechazados en virtud de que la oportunidad procesal para habérselos reprochado a la adjudicataria se encuentra precluida. Lo anterior, considerando que dichos incumplimientos debieron haber sido endilgados al interponer el recurso de apelación y no en esta etapa procesal. De igual manera, procede rechazar los argumentos expuestos por parte del Consorcio apelante, en relación con la "*nulidad absoluta del concurso por un mal manejo del expediente*" (folio 4745 expediente de apelación), toda vez que el momento procesal oportuno para alegar argumentos, entre estos, nulidades del procedimiento deben hacerse dentro del plazo de diez días hábiles (licitación pública) con que cuenta para estudiar todo el expediente e interponer el recurso de apelación que corresponda. Es por ello que, en general procede **rechazar de plano**

sus argumentos presentados en forma extraprocesal y con posterioridad al plazo para apelar. b) Alegatos invocados por la empresa Constructora Hernán Solís, SLR. Se **rechaza de plano** el escrito de fecha 21 de julio de 2016 presentado por parte de la empresa adjudicataria, mediante el cual replica sobre lo contestado por el Consorcio apelante en la audiencia final, en razón de que dicha gestión resulta improcedente al amparo de la normativa legal, siendo que no existe etapa procesal posterior para manifestarse sobre lo dicho por las partes en la audiencia final de conclusiones. -----

III. Sobre la legitimación: El artículo 176 del Reglamento a la Ley Contratación Administrativa entre otras cosas dispone que: *“Podrá interponer el recurso de apelación cualquier persona que ostente un interés legítimo, actual, propio y directo.”* De lo anterior, se extrae que como presupuesto necesario para entrar a conocer el fondo de un recurso de apelación, debe el recurrente ostentar un interés legítimo, actual, propio y directo en el negocio que se discute, o sea, que cuente con legitimación suficiente para apelar. Así las cosas, siendo que el Consorcio recurrente fue declarado inelegible por la Administración, de seguido serán analizados los incumplimientos reprochados por la Administración a dicho Consorcio. **1) Maquinaria: desagregación del equipo y el personal en las memorias de cálculo del Consorcio Grupo Orosi.** El Consorcio apelante establece que al analizar el costo de la maquinaria el CONAVI determinó que la oferta presentada por ellos debía ser excluida por cuanto no se desagregó el valor de los equipos propiamente dicho respecto del costo del personal que los opera, estableciendo que se trataba de un aspecto insubsanable. En este sentido, considera el apelante que no existe tal error en sus memorias de cálculo puesto que ni tan siquiera la Administración licitante conocía con certeza lo que quería que se estableciera en los formularios y que esto lo confirma el hecho de que se hicieron varias modificaciones sobre los mismos. Aunado a esto, establece el recurrente que ni la firma adjudicataria de la línea 3 ni ninguno de los otros concursantes, detalló, por aparte, cuáles de los costos corresponden a la planta propiamente dicha y cuáles costos corresponden a los salarios y cargas sociales de las personas que la operan. Asimismo, señala que mediante documento con consecutivo de recibido número 0932 se expusieron las razones que explican cómo al analizar los diferentes datos que existen en sus formularios 7 y 6 sí existe información suficiente para desagregar el costo de la maquinaria del costo de los operadores. Agrega, que con la información que se

presentó el CONAVI no podría alegar la existencia de una supuesta ventaja indebida, pues ya de antemano se encontraba realizada la distribución del total de la oferta en cada uno de los rubros detallados en el formulario 6 de su oferta. En todo caso, indica que la falta de coincidencia entre la sumatoria del formulario 7 y el formulario 6 jamás podría ser considerado como un defecto, tal y como se explicó en el documento con número de recibido 0932. Todo lo contrario, expone que esa falta de coincidencia es lo que explica cómo se arriba al costo por parte de los operadores. Asimismo, indica que en caso de insistirse en la existencia de un presunto error en su oferta (que sería un error idéntico para todos los demás oferentes) la supuesta omisión de haber dejado de desglosar por aparte el costo del personal frente al costo de la maquinaria debe considerarse como un aspecto subsanable. Lo anterior, porque en su oferta se indica detalladamente la descomposición de costos por rubros que afectan al reajuste de precios. Agrega, que con respecto al presunto error en el desglose de la estructura del precio de conformidad con los principios constitucionales en materia de contratación administrativa esta Contraloría General ha avalado la corrección tanto de la estructura del precio como del presupuesto detallado, siempre y cuando dicha subsanación no implique el otorgamiento de una ventaja indebida. Además, manifiesta que se puede afirmar que las circunstancias que se presentan en este caso se asemejan a las ocurridas en la licitación No. 2014LA-000068-0DI00, donde el Consejo de Administración del CONAVI, al dictar la resolución número RES-CA-0102-2015 del diecisiete de diciembre de dos mil quince detalló la existencia de cuatro grandes supuestos con los cuales se pueden analizar presuntos vicios en las ofertas que se someten a consideración de la Administración. En dicha resolución, el Consejo de Administración señaló lo siguiente: *"La Situación 3 implica que hay por lo menos una oferta que incumple con la desagregación de la memoria del cálculo pero cumple con la aplicación de los salarios mínimos. Teniéndose que las demás ofertas presentadas a concurso incumplen ambos requerimientos (Situación 2); pues en el caso de que exista una oferta en la Situación 4 (que cumpla con la desagregación de la memoria de cálculo e incumpla con los salarios mínimos), la que esté en la Situación 3, sería prioritaria para ser considerada como elegible. Es decir; la Situación 3, es prioritaria sobre la Situación 4. Ahora bien, el procedimiento a seguir para el análisis de los oferentes que se encuentren en esta Situación (en caso de ser más de una), considerando de la plica de menor precio hacia la de mayor precio, es solicitar la modificación*

de sus memorias de cálculo, partiendo del hecho de que existe en la oferta un elemento que permite presumir el respeto de los salarios mínimos (aplicación del principio de 'buena fe '). Esta modificación, lo único que variará será la estructura de precios de los renglones de pago y de la oferta global, variación que tiene impacto en el pago de reajustes de precios, no así en el monto de la oferta a adjudicar." Así las cosas, argumenta que si de hacer comparaciones se trata, su representada se ubicaría en ese supuesto que se identificó con el número 3 en la anterior resolución. Por lo cual, alega que asumiendo por un instante que exista un error en la desagregación de sus memorias de cálculo, resulta evidente que ni siquiera se les acusó de incumplir con salarios mínimos, ni con ningún otro elemento que convierta su precio en inaceptable. En otras palabras, reclama que a diferencia de la oferta de Constructora Hernán Solís S.R.L. su oferta sí se encuentra dentro de las bandas de razonabilidad, las cuales fueron fijadas por el propio CONAVI. Consecuentemente, indica que cabe cuestionarse cuál sería la trascendencia de ese presunto vicio, y si ese eventual defecto debería conducir a la descalificación de la oferta u otra consecuencia distinta. En este mismo punto, insiste en que no está ante un problema de razonabilidad del precio, del contenido del oficio GCTT 01-15-1357 se desprende que el supuesto error a la hora de desagregar sus memorias de cálculo tendría incidencia frente a una eventual gestión de reajuste de precio que presentara en el futuro. De la misma manera, en la audiencia especial el Consorcio detalla que el CONAVI fue omiso en relación con su respuesta de la audiencia inicial. Asimismo, respecto a la adjudicataria estableció que no hay un esfuerzo por rebatir los reproches y que el dictamen técnico del Ingeniero Rolando Vargas Baldares no puede ser aceptado en el proceso porque de ninguna manera es objetivo e independiente. Sobre este tema en concreto, en las audiencias, se menciona que las memorias de cálculo suministradas si muestran una correcta desagregación por rubros en la oferta, lo único que hizo el Consorcio fue detallar la información ya referenciada en el formulario 7, de manera que al analizar los precios auxiliares se obtienen los montos mostrados en el formulario 6, en el cual se encuentra el desglose de los elementos para el cálculo, nunca se ha tratado de justificar costos que no estaban en la oferta, pues la información referenciada no lo habría permitido. Por su parte, la adjudicataria establece que el argumento del apelante con base en el cual trata de justificar que la mano de obra no costeadada de los operadores de las máquinas está incluida en el costo de la maquinaria, se puede

comprobar en el formulario N°6, el cual no cumple con lo solicitado por el cartel de la licitación y además era requisito de admisibilidad. Agrega, que el formulario N° 6, definido a través de la enmienda #3 del cartel era de estructura de costos por precio unitario para cada renglón de pago, ya que al tener cantidades estimadas la licitación el análisis integral de razonabilidad de precio debe ser por precio unitario y no por precio global o total a como lo entregó el Consorcio Grupo Orosi. En este punto, expone que entendiendo lo anterior es fácil deducir que es totalmente improcedente analizar un cuadro de "Estructura de Costos Global" para poder dar fe de la razonabilidad de cada precio unitario ofertado por Consorcio Grupo Orosi. Asimismo, discute que es improcedente el actuar del Consorcio apelante de entregar un formulario n°6 de Estructura de Costo Global de toda su oferta para justificar el costo faltante de operadores de maquinaria para cada precio unitario, pues no existe trazabilidad de la información requerida para verificar y dar fe de sus cálculos y más allá de esto denota una grave manipulación de datos para hacer cuadrar números sin una técnica aceptada de costeo, es decir que se trata de un cuadro totalmente acomodaticio y forzado. Visto lo anterior y siendo el error grave de Consorcio Grupo Orosi igual a lo resuelto en la resolución R-DCA-199-2015 por parte de esta Contraloría General concluye que al no contabilizar las horas de mano de obra de Operadores de Maquinaria en la respectiva sección de Mano de Obra, su oferta es inaceptable. Además, el recurrente aporta una serie de operaciones matemáticas por medio de las cuales concluye que los costos de mano de obra de los operadores de la maquinaria tampoco están incluidos en el costo horario de la maquinaria. Al respecto, la **Administración** cuestiona el hecho de que el recurso de apelación que se conoce tuvo que haber sido declarado inadmisibile por contar con una argumentación similar a la que en su momento expusieron otros recurrentes. Además, expone que el recurso evidencia falta de fundamentación y de la debida prueba para demostrar el incumplimiento de la empresa adjudicataria. Agrega, que los carteles de contratación que ha promovido el Consejo desde hace años contiene clausulas y disposiciones que establecen la necesidad de expresar los precios de los renglones de pago en los elementos reajustables y la obligación de respetar los salarios mínimos. En este orden de ideas, arguye que no puede el Consorcio Grupo Orosi pretender acusar desconocimiento de la resolución R-DCA-199-2015 emitida por esta Contraloría General. En este mismo sentido, expone que el recurrente lo que trata es de confundir a esta Contraloría General diciendo que no existen los errores apuntados

en el oficio número GCTT 01-151357, que lo que existe es una falta de análisis por parte de la Administración de la información contenida en la oferta y de la información llamada auxiliar, aportada con el oficio número 0932. Lo cual, argumenta no es procedente toda vez que la oferta y las memorias de cálculo deben contener la información suficiente y necesaria para su análisis; no siendo aceptable que la Administración deba hacer presunciones, cálculos y/o interpretaciones para entenderlas y mucho menos aceptar la presentación de información no contenida en la oferta, posterior al acto de apertura. De igual manera, señala que los incumplimientos de Grupo Orosi son de tal gravedad y trascendencia que implican su descalificación automática del concurso. Asimismo, respecto al procedimiento que invoca la recurrente la Administración señala que el mismo plantea el análisis de las ofertas presentadas para un grupo de concursos promovidos durante el año dos mil catorce y que a la fecha de emisión de la resolución R-DCA-199-2015 no contaban con análisis técnico y de razonabilidad de precios. En este sentido, explica que en una gran mayoría de estos concursos la aplicación de lo dictado en la resolución supra citada, provocaba la descalificación de todas las ofertas presentadas, por lo que en aras del interés público pero en estricto apego a lo que establecen los principios rectores de contratación administrativa de igualdad de trato, conservación de las ofertas, eficiencia y seguridad jurídica, se utilizó un procedimiento que permitió obtener adjudicatarios en algunos de ellos. No obstante, señala que este procedimiento no sería aplicable al presente caso pues existen oferentes que no presentan incumplimientos, por lo que no se trata de un concurso en el que no hay oferentes válidos. En otro orden de ideas, indica que el recurrente presume que en el oficio identificado por la ventanilla única del CONAVI con el número 0932, contiene una explicación clara y que desvirtúa los supuestos incumplimientos que se apuntan en el oficio No. GCTT 01-15-1357. Al respecto, manifiesta que este documento a pesar de su extensión presenta una redacción confusa, no aporta información o discusión que permita rebatir los argumentos expuestos y demostrados en el oficio antes indicado. Todo lo contrario, argumenta que algunas citas del documento No. 0932 demuestran la existencia de los incumplimientos apuntados en las ofertas presentadas por el Consorcio Grupo Orosi. Agrega, que en cuanto al tema de estructura de precios, lo cierto según lo indicado por el propio recurrente, es que el formulario n°. 6 presentado en la oferta (que corresponde a la estructura de precios global) es diferente a la suma afectada por la cantidad de cada renglón de

pago, de las estructuras de costos que se indican en cada memoria de cálculo (formulario n°. 7). Situación que como se ha dicho anteriormente, no es aceptable y que cuestiona la veracidad de la información contenida en la plica. Pero esta diferencia, a su criterio lejos de ser poco representativa es importante, tal y como se indica en la siguiente tabla (en montos y porcentajes).

	RUBROS DE LA ESTRUCTURA DE COSTOS	DETALLE DE RUBRO SEGÚN MEM. CALCULO (OBTENIDO DEL FORMULARIO No. 7)	DETALLE DE RUBRO FORMULARIO No. 6 (PRESENTADO)	
En	Costo de Posesión (Costo fijo)	¢974.464.658,38	6,00%	este
	Repuestos	¢121.809.064,11	0,75%	
	Llantas	¢487.237.177,04	3,00%	
	Combustibles	¢487.237.177,04	3,00%	
	Lubricantes	¢365.430.739,01	2,25%	
	Mano de Obra	¢2.832.912.326,17	17,44%	
	Materiales	-¢5.269.089.370,34	-32,45%	
	Imprevistos	¢2.642,91	0.00%	
	Utilidad	¢405,92	0.00%	
	Administración (insumos)	-¢736,78	0.00%	
	Administración (mano de obra)	-¢736,78	0.00%	

sentido, explica que de los datos anteriores se puede concluir que de la suma de todas las estructuras de costos indicadas en cada una de las memorias de cálculo presentadas en las ofertas (formulario n° 7) presenta valores mayores a los valores contenidos en el formulario n° 6 (estructura de precios global) en los primeros 6 (seis) elementos de reajuste de precios, que corresponden a maquinaria y equipo (costo de posesión (costo fijo), repuestos, llantas, combustibles y lubricantes) y mano de obra y un valor negativo para el elemento de materiales. Situación que a su criterio tiene un impacto importante en el monto a pagar por concepto de reajustes de precios, como se muestra en el ejemplo siguiente (calculado con valores de coeficientes de reajuste de precios correspondientes al mes de marzo de 2016), particularmente para el componente de mano de obra.

RUBROS DE LA ESTRUCTURA DE COSTOS	REAJUSTE DE PRECIOS SEGÚN MEM. CALCULO (OBTENIDO DEL FORMULARIO No. 7)	REAJUSTE DE PRECIOS FORMULAROP No. 6 (PRESENTADO)
Costo de Posesión (Costo fijo)	-0,1080%	-0,0590%
Repuestos	0,6640%	0,3620%
Llantas	1,0520%	0,5740%
Combustibles	-2,0040%	-1,0930%
Lubricantes	2,3950%	1,3060%
Mano de Obra	1,0050%	0,1337%
Materiales		
Imprevistos		
Utilidad		
Administración (insumos)		
Administración (mano de obra)		

Pero además, manifiesta que del impacto indicado en el cálculo de reajustes se demuestra que el recurrente al pretender desagregar correctamente sus memorias no obtiene los salarios de los operadores faltantes del costo de maquinaria, sino que los compensa con recursos que obtiene del elemento de materiales pues de los 32,45% que se restan a éstos últimos, un 17,44% incrementa el monto de mano de obra. Así las cosas, discute que este proceder es inaceptable y a su criterio se demuestra la falta de consecuencia en el discurso del recurrente, que a lo largo del recurso ha pretendido hacer creer a esta Contraloría General que el simple traslado del costo de los operadores del monto del elemento de maquinaria y equipo al elemento de mano de obra permite resolver los incumplimientos apuntados en el oficio No. GCTT. 01-15-1357. **Criterio de la División: a) Generalidades sobre el precio.** Primeramente, antes de entrar a esclarecer la discusión planteada por el Consorcio recurrente sobre su exclusión del presente concurso, estima esta Contraloría General que reviste de importancia exponer el criterio que ha sido emitido con ocasión de la resolución de las controversias que se han planteado respecto al precio ofrecido en los diversos concursos públicos. Es así como, en abundantes resoluciones este órgano contralor ha determinado, al amparo de lo regulado en el numeral 25 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, que los precios deben ser firmes y definitivos, aun cuando la obligación de mantenerlos no se conserve indefinidamente, dado que como bien lo dispone dicho artículo podrían estar sujetos a eventuales reajustes o

revisiones de precio. De modo que, el precio ofertado debe ser invariable e irrevocable desde el momento en que se presenta la oferta al concurso. Esta característica del precio presentado en la oferta de un concurso público, resulta relevante en la medida que se entiende que el precio es cierto en tanto incluye todos los elementos necesarios para cumplir el objeto contratado y que cumple con el ordenamiento jurídico, como es el caso de los salarios mínimos o las cuotas obrero-patronales; de tal forma que para efectos de cumplimiento no se debe agregar ningún otro monto durante la fase de ejecución contractual. Por otro lado, la imposibilidad de variación del precio tiene relación no solo con la seguridad sino con la justa armonía con el principio de igualdad, de tal forma que la revisión de razonabilidad del precio y la valoración para efectos de evaluación se hace con un monto que como regla de principio debe coincidir con el ofertado por los oferentes, lo cual necesariamente supone la consistencia suficiente entre su estructura y las memorias de cálculo cuando ello resulta aplicable y su imposibilidad de variación una vez abiertas las ofertas. Como excepción a esta regla, se tiene la mejora del precio regulada en el artículo 28 bis del Reglamento a la Ley de Contratación Administración, en virtud de la cual necesariamente se debe ajustar la estructura del precio por ejemplo, pero ello se hace en un ambiente definido con antelación y bajo reglas de igualdad definidas también en el cartel. Sobre el tema del carácter cierto y definitivo que se viene comentando, ha señalado este órgano contralor: *“Al respecto, en la resolución No. R-DCA-485-2014, de las once horas del veintiuno de julio del dos mil catorce, este órgano contralor indicó: “El numeral 25 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA) respecto al precio, señala: “El precio deberá ser cierto y definitivo, sujeto a las condiciones establecidas en el cartel o pliego de condiciones y sin perjuicio de eventuales reajustes o revisiones.”, de modo que el precio ofertado debe entenderse como inmodificable –sin perjuicio de reajustes en fase de ejecución contractual–, lo cual brinda seguridad a la entidad licitante en cuanto a que es un precio cierto el que se le ofrece, y de igual manera asegura un trato igualitario a todos los oferentes quienes tienen la seguridad que los precios ofertados son los que van a ser considerados a concurso, sin que se dé ventaja alguna permitiendo variaciones a un aspecto esencial, como lo es el precio.” (Resolución número R-DCA-977-2015 de las ocho horas con cuarenta minutos, del treinta de noviembre de dos mil quince).* Desde luego, no se pierde de vista que se ha reconocido la posibilidad de ajustar algunos aspectos que sustentan el precio cotizado, como en el caso del presupuesto detallado, respecto del cual esta Contraloría General ha determinado que la omisión de éste no acarrea por sí sola la exclusión automática de una

oferta, sino en tanto concurren circunstancias que generen una ventaja indebida, dado que se coloca al oferente que se ve favorecido con la subsanación en ventaja con respecto a los otros oferente (resolución número R-DCA-316-2015 de las quince horas veintisiete minutos del veinticuatro de abril del dos mil quince); pero ello no ha significado en modo alguno que se permita la variación del precio. Sobre el particular se ha señalado: *“Al respecto, considera este órgano contralor necesario precisar que ciertamente se ha admitido en aplicación del principio de eficiencia la subsanación de las memorias de cálculo, entendiendo que debe privar el fondo sobre la forma siempre y cuando no exista ventaja indebida en tal actuación, pues debe dimensionarse también el principio de igualdad. Es por eso, que incluso este órgano contralor ha aceptado la atenuación de incumplimientos en caso de ofertas únicas, en el entendido que permiten atender finalmente el interés público; pero esto no significa que se haya aceptado el incumplimiento del ordenamiento jurídico, ni tampoco que pueda modificarse el precio de la oferta para acomodar la estructura para que se pueda cumplir con obligaciones jurídicas labores y de seguridad social, pues esto lesionaría no solo la exigencia del precio cierto, firme y definitivo que contempla el artículo 25 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, sino en lo sustantivo también el principio de transparencia; pues no solo se desconoce cuál es el valor real para cada componente del precio, sino que también se habría cotizado un precio que no reflejaba los costos puntuales de la oferta. Esta lectura no resulta procedente en tales casos, considerando que en nada atiende el interés público un oferente cuya oferta irrespetó las obligaciones laborales y de seguridad social que dispone el ordenamiento jurídico; aún y cuando pretenda enmendar sus memorias para demostrar lo contrario. En este orden de ideas, también debe llamarse la atención de la Administración en el sentido de que ciertamente el principio de eficiencia sustenta la necesaria conservación de las ofertas, pero ello no implica reconocerle la posibilidad de un oferente incumpla el ordenamiento jurídico de cambiar sus memorias o la estructura de su precio para “corregir” tales incumplimientos y ajustar los salarios u otros componentes de un determinado renglón de pago; ya que en dicho caso solo procede la exclusión de la oferta.”* (Resolución No. R-DCA-546-2016 de las catorce horas y dos minutos del treinta de junio de dos mil dieciséis). De esa forma, el precio es invariable y cualquier ajuste para precisar aspectos que lo componen debe aplicarse en justo equilibrio con el principio de igualdad evitando cualquier ventaja indebida pero ante todo, reconociendo que estas posibilidades no tienen relación con la posibilidad de modificar el precio. Ahora bien, el precio debe en forma indispensable reflejar todas las obligaciones que dispone el ordenamiento jurídico como es el caso de las jornadas del Código de Trabajo, los salarios mínimos o el pago de las jornadas de la seguridad social; pues de lo contrario la

Administración no podría contratarlas, no solo desde una óptica del principio de igualdad sino ante todo porque el Estado no puede contratar con aquellas ofertas que no reflejan las obligaciones legales. En este orden de ideas, tomando en consideración lo expuesto líneas atrás sobre las características del precio, esta Contraloría General emitió la resolución número R-DCA-199-2015 de las nueve horas del diez de marzo del dos mil quince, en la cual se hizo referencia a que la correcta cotización de la mano de obra es un aspecto fundamental y de especial trascendencia para la ejecución del contrato, al indicar en lo que interesa lo siguiente: “[...] el artículo 26 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), en lo que interesa, dispone: “El oferente deberá presentar el desglose de la estructura del precio junto con un presupuesto detallado y completo con todos los elementos que lo componen. Esta disposición será obligatoria para los contratos de servicios y de obra pública; además, para cualquier otro objeto contractual que lo amerite cuando así lo exija el cartel. [...]” [...] De este modo, esa mano de obra es parte de los elementos trascendentales para la correcta ejecución del contrato. [...] Por otra parte, entre la mano de obra calificada y el equipo ofrecido debe existir similitud en cantidad y reflejarse esto en la memoria de cálculo, por cuanto necesariamente la maquinaria deberá ser operada por un trabajador calificado; a menos, que previa constatación en la oferta, como en la memoria de cálculo, el oferente acredite que un operador de maquinaria puede operar varias máquinas, porque éstas no serían utilizadas en el mismo momento a la hora de ejecutar la actividad.” Como puede verse, los oferentes al momento de preparar su memorias de cálculo deben ser consistentes respecto a la cantidad de maquinaria que se ofrece y la mano de obra calificada que se propone para lo operación de la misma, esto con la finalidad de que se cote un precio cierto y definitivo, comparable en igualdad de condiciones con respecto a los demás participantes en el concurso. Una vez realizadas las anteriores precisiones respecto a la forma por medio de la cual ha sido abordado por esta Contraloría General el tema de los precios de las ofertas, de seguido serán resueltos los argumentos expuestos por el recurrente en contra de su declaratoria de inelegibilidad. **b) Sobre la cotización realizada por el Consorcio apelante:** En primer término, debe señalarse que el Consorcio recurrente fue descalificado por la Administración en virtud de que se estimó que incumplió el cartel, en la medida que no incluyó en la sección “Mano de Obra” los operarios necesarios y suficientes para operar toda la maquinaria indicada en la sección “Maquinaria” en

los renglones de pagos señalados en la línea 3 (Hecho probado 3). Es por ello que, el Consorcio recurrente señala que en el documento con número de consecutivo de recibido 0932 se expusieron las razones que explican que al analizar los datos contenidos en los formularios 7 y 6 sí existe información para desagregar el costo de la maquinaria y el costo de los operadores. Ahora bien, en cuanto al tema que se discute, el cartel del presente concurso en el punto 6.7 estableció lo siguiente: *“6.7. El oferente deberá suministrar el precio unitario y el monto de todos y cada uno de los renglones de pago del sumario de cantidades de la oferta, por lo que la omisión de cualquier renglón de pago en la cotización implica la exclusión de la oferta.”* (Folio 1619 del expediente administrativo). Asimismo, en relación con la memoria de cálculo el punto 8.7 del cartel indicó lo siguiente: *“8.7. Estructura de precios. Se deberá adjuntar, para este renglón de pago y para cada línea a la que se haga formal oferta, la estructura de precios de conformidad con el numeral No.26 del RLCA; los cuales deberán ser desglosados en: costos fijos, repuestos, combustibles, lubricantes, llantas, mano de obra, materiales, imprevistos, administración (insumos y mano de obra) y utilidad, en porcentajes y montos con relación al precio unitario ofrecido para cada renglón de pago, según el formulario No. 6.”* (Folio 1622 del expediente administrativo) y *“La presentación de las memorias de cálculo deberá presentarse de conformidad con el Formulario No.7”* (Folio 1623 del expediente administrativo). De las regulaciones cartelarias, se extrae que en el presente concurso se establecieron una serie de disposiciones, entre éstas los formularios 6 y 7, que definían la forma por medio de la cual debían los oferentes cotizar en el presente concurso. Por lo cual, de lo dispuesto en el formulario número 7, se establecía la obligación de separar la información económica en tres casillas, a saber “Maquinaria”, “Personal” y “Material” (Folio 1674 expediente administrativo del concurso), siendo relevante en la presente discusión las primeras dos. Por lo que, los participantes en este concurso debían desagregar la maquinaria y el personal, e indicar el detalle de cada uno por aparte. Así las cosas, una vez definido lo requerido por el cartel del concurso, se debe determinar si lleva razón o no el recurrente, en el sentido de que si su oferta resultó ser excluida indebidamente, o si por el contrario, tal y como lo resolvió la Administración, se mantiene su inelegibilidad. En este orden de ideas, con la finalidad de desvirtuar la decisión adoptada por la Administración el recurrente en su recurso de apelación hace referencia a un documento identificado con el número de consecutivo 0932 (Hecho probado 4), con base en cual a su criterio se explica que al analizar los diferentes datos que existen en los formularios 6 y 7 sí hay información suficiente para desagregar el costo de la

maquinaria del costo de los operadores. Respecto a dicho documento, primeramente estima esta Contraloría General que se debe indicar que lo pretendido inicialmente con ese oficio era demostrar que no había ninguna inconsistencia entre el formulario 6 y 7, la cual consistía en una falta de coincidencia entre la sumatoria de ambos formularios, en fase de evaluación de los ofertas realizado por parte del CONAVI y no precisamente la demostración de que con la información contenida en las memorias de cálculo se acreditara que se cumpla con el aspecto por el cual la Administración lo hubiera descalificado. Dejando de lado este aspecto y tomando en consideración dicho documento para apoyar sus argumentos de que se cumple con lo requerido cartelariamente, no logra demostrar el Consorcio apelante que haya cotizado el personal requerido para operar la maquinaria propuesta para cumplir con el objeto contractual, lo cual será explicado de seguido. Al respecto, ciertamente lleva razón el recurrente cuando indica que en aspectos relacionados con el precio resulta procedente la subsanación, siempre y cuando no se ocasione una ventaja indebida, tal y como se ha explicado. Sin embargo, no se ha logrado demostrar con el documento número 0932 ya referido que cumpla con el personal para operar la maquinaria. En dicho documento se proporcionan cuadros con una serie de cálculos numéricos relacionados con los precios de mano de obra y equipo, de la siguiente forma:

CONCEPTO	VALOR	TOTAL
SALARIO (POR DÍAS DE 11 HORAS)	16.000.00	348.000,00
(POR DÍAS DE 6 HORAS)		37.963.64
CCSS (POR CUENTA DE EMPRESA)	26.17%	121.208.02
INSS	5.00%	19.298.18
AGUINALDO	8.33 %	32.163.64
VIÁTICOS	7500.00	163.125,00
HORAS EXTRAS/PRIMA	20.00%	77.192.73
OTROS (CASANTÍA, DESPIDO. ETC)	8.00%	30.877.09
TOTAL		829.828.29
PRECIO HORA.M.OBRA		3.755.84
M.OBRA EN ADMON MQUINARIA	7.00%	262.91
PRECIO HORA TOTAL M.OBRA		4.019

OPERADOR 1		
CONCEPTO	VALOR	TOTAL
SALARIO (POR DÍAS DE 11 HORAS)	16.800,00	365.400,00
(POR DÍAS DE 6 HORAS)		39.861.82
CCSS (POR CUENTA DE EMPRESA)	26,17%	127.268.42
INSS	5,00%	20.963.09
AGUINALDO	8,33%	33.771.82
VIÁTICOS	7.500.00	163.125,00
HORAS EXTRAS/PRIMA	20,00%	81.052.36
OTROS (CASANTÍA, DESPIOO, ETC	8,00%	32.420.95
TOTAL		863.163.46
PRECIO HORA M.OBRA		3.906.71
M.OBRA EN ADMON MQUINARIA	7,00%	273.47
PRECIO HORA TOTAL M.OBRA		4.180

b)

EQUIPO	PRECIO TOTAL	PRECIO OPER	%APROV	1 PRECIO EQUIPO
Vehículo de Carga Liviana Tipo Pick Up 4x4	9.265,00			9.265,00

Equipo Mayorde Laboratorio	26.450,00			26.450,00
Equipo Menorde Laboratorio	23.650,00			23.650,00
Distribuidor de Asfalto	24.450,00			24.450,00
Cortadora de Pavimento	2.350,00			2.350,00
Perfiladora	91.675,00	8.360,00	1,2	81.643,00
Barredora	22.000,00	4.019,00	1,2	17.177,20
Compactadora	35.165,00	4.019,00	1,2	30.342,20
Finisher	33.295,00	8.360,00	1,2	23.263,00
Vagonetas	21.200,00	4.019,00	1,2	16.377,20
Camión de Brigada	2.000,00			2.000,00
Retroexcavadora (BackHoe)	16.200,00	4.019,00	1,2	11.377,20
Tanque de Agua	9.325,00	4.019,00	1,2	4.502,20
Mezcladora de Concreto	1.780,00			1.780,00
Ruteadora	1.780,00			1.780,00
Selladora	11.205,00			11.205,00
Compresor de Aire	7.150,00			7.150,00
Motoniveladora Articulada	26.550,00	4.180,00	1,2	21.534,00
Pala Excavadora Hidráulica	62.575,00	4.019,00	1,2	57.752,20
Compactador de Asfalto con Neumático	18.850,00	4.019,00	1,2	14.027,20
Recuperadora	104.225,00	4.019,00	1,2	99.402,20
Cabezal 12064T	23.725,00	4.180,00	1,2	18.709,00
Lowboy de Carreta	4.450,00			4.450,00
Rompedor	2.345,00			2.345,00
Vibrador de Concreto	1.035,00			1.035,00
Codal Vibratorio	1.375,00			1.375,00
Perforadora de Roca	96.465,00			96.465,00
Mezcladora de Concreto	2.225,00			2.225,00
Bomba de Agua	2.125,00			2.125,00
Generador Eléctrico	6.975,00			6.975,00
Compactador Vibratorio	35.125,00	4.019,00	1,2	30.302,20
Sierra P/Hormigon	7.995,00			7.995,00

(Hecho probado 5). En dichos cuadros se puede apreciar que se incluye información relacionada con los dos tipos de operarios y los salarios pagados a estos trabajadores, de acuerdo con una calificación interna que le asigna la empresa en función de la dificultad y especialización del equipo que operan, así como información sobre los costos de operación de la maquinaria. No obstante, la información contenida en el mencionado documento no remite a las fuentes y la prueba que pueda sustentar los datos ahí expuestos, de forma que se conozca en forma indubitable que tanto al operador 1 como el operador 2 los montos por salarios efectivamente corresponden con los previstos en la normativa vigente. Tampoco se explica de dónde se obtienen la propuesta de horas, ni cuáles son los esquemas de trabajo y por qué resultan ajustados a la normativa vigente. De igual forma, tampoco se ha desarrollado en los cuadros o dentro del recurso, por qué los montos que se presenta corresponden efectivamente

a los costos de operación de la maquinaria en el contexto de este concurso. Es decir, el recurrente no ofrece prueba alguna que respalde sus afirmaciones respecto al monto de los salarios devengados por sus operadores y los costos de operación de la maquinaria. En suma, se trata únicamente de cuadros con información que le permiten afirmar que su precio es conforme a lo exigido sobre mano de obra y maquinaria, pero sobre los cuales no consta el desarrollo metodológico y el ejercicio probatorio que permita determinar que efectivamente esos montos corresponden a las obligaciones del ordenamiento jurídico y en consecuencia que su oferta sí resulta con un precio firme y definitivo. En este sentido, esta Contraloría General en gran cantidad de resoluciones ha señalado que la carga de la prueba en materia de impugnación implica que no basta con únicamente afirmar un determinado argumento, sino que se debe presentar la prueba que lo llegue a demostrar, tal y como lo regula el numeral 177 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa en el caso del recurso de apelación. Si bien es cierto, el Consorcio recurrente presenta una serie de información que contiene los salarios de los operadores y los costos de operación de la maquinaria con el fin de rebatir la decisión administrativa de excluir su oferta (Hecho probado 5), se reitera la misma carece de pruebas que lleguen a demostrar metodológica y jurídicamente la procedencia de esos cálculos. Es así como, ante la falta de demostración de la realidad de las cifras declaradas por el Consorcio recurrente en el documento con número de consecutivo 0932, no logra descalificar el incumplimiento atribuido por la Administración respecto a que no cotiza los operarios necesarios y suficientes para operar toda la maquinaria en los renglones de pago en los cuales la Administración le achacó el incumplimiento en la línea 3 (Hecho probado 3). En este orden de ideas, al no acreditar el recurrente que haya cotizado la totalidad de los operarios necesarios y suficientes para operar la maquinaria declarada en su oferta, se incumple con la cotización de un precio cierto, definitivo e inmodificable, en la medida que no se ha logrado demostrar que su precio efectivamente incorporó los operarios necesarios y suficientes para operar la maquinaria según la misma Administración le achacó a su oferta, así como tampoco es posible determinar si incluyó los montos para las provisiones en materia laboral. De esta manera, al contener el documento con número de consecutivo 0932 los vicios probatorios antes detallados no demostró el recurrente su afirmación de que con las explicaciones que fueron expuestas en el mencionado documento se llegaba a concluir de que con los datos de los

formularios 6 y 7 sí existía información suficiente para desagregar el costo de la maquinaria del costo de los operadores, siendo que la documentación con lo que pretendía acreditar esta información resulta improcedente al carecer de base probatoria. No se deja de lado también, que el Consorcio ha alegado que con la información que se había incluido en los formularios se obtenía la desagregación de los rubros de personal y maquinaria; sin embargo entre ambos formularios existen inconsistencias (que admite el propio apelante); de forma que se presentó ante la Administración el mencionado documento 0932 (Hecho probado 4), con base en el cual se pretendía exponer las justificaciones de la falta de coincidencia de los datos de dichos formularios. En este contexto, dado que el documento en cuestión no cuenta con el sustento suficiente como para demostrar lo afirmado, no se pueden tener por desvirtuadas las inconsistencias entre ambos formularios que fueron cuestionadas por la Administración, con lo cual no logra la recurrente tampoco desacreditar la declaratoria de su inelegibilidad. En igual sentido, no resulta atendible el argumento del Consorcio apelante de que con la información de los formularios 6 y 7 se desagregan los costos del personal y de la maquinaria, dado que se mantienen las inconsistencias antes apuntadas respecto de la omisión de fuentes y detalle de cómo se obtienen los datos ahí presentados. Conforme lo expuesto, se debe declarar **sin lugar** este punto. c) Aplicación del escenario 3 resolución número RES-CA-0102-2015 del Consejo de Administración del CONAVI. En otro orden de ideas, respecto a lo alegado por el Consorcio recurrente de que no se le aplicó el escenario 3 de la resolución número RES-CA-0102-2015 del 17 de diciembre de 2015 del Consejo de Administración del CONAVI, se debe indicar que no fundamenta el apelante las razones por las cuales a su oferta se le debe aplicar lo que dispuso en su momento el CONAVI en la citada resolución, sino que únicamente indica que se encuentra en ese escenario 3 sin ningún tipo de ejercicio argumentativo al respecto. En este sentido, correspondía al recurrente explicar de manera amplia los motivos por los cuales la situación por la cual la Administración emitió la resolución de cita resultan de igual o similar aplicación al presente caso, lo cual no fue realizado por el Consorcio apelante. Esto, en razón de que explica el CONAVI que lo dispuesto en la mencionada resolución se dio para el análisis de ofertas presentadas para un grupo de concursos promovidos durante el 2014 y que a la fecha de emisión de la resolución emitida por esta Contraloría General número R-DCA-199-2015 no contaban con análisis técnico y de razonabilidad de precios, y que al aplicarles lo

señalado en la anterior resolución provocaba la descalificación de todas las ofertas presentadas a los concursos. Tal y como se extrae de la explicación brindada por el CONAVI, se trató de circunstancias particulares en el contexto de la emisión de la resolución de este órgano contralor que la recurrente no explica que resultan aplicables al caso en examen. Además, es importante resaltar lo dicho por la Administración de que lo resuelto en la resolución número RES-CA-0102-2015 no es aplicable en este caso, en razón de que en el presente concurso sí habían ofertas elegibles, las cuales cumplían con las exigencias del cartel, supuesto completamente distinto aquel en el cual se aplicó la mencionada resolución del CONAVI, siendo que en ese momento no habían ofertas elegibles. En conclusión, determina este órgano contralor que el Consorcio apelante carece de legitimación para interponer el recurso de apelación en razón de que no logra desvirtuar el motivo por el cual la Administración excluyó su oferta del presente concurso. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 183 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa se omite pronunciamiento sobre el otro aspecto por el cual la Administración descalificó al Consorcio recurrente, específicamente respecto al incumplimiento a la fecha de oferta de las plantas productoras de mezcla asfáltica con la legislación vigente, así como respecto a los incumplimientos alegados en su contra por parte de la empresa adjudicataria, en razón de que con base en las explicaciones antes expuestas se mantiene la exclusión de la oferta del Consorcio apelante. Por lo cual, aún y cuando el apelante carece de legitimación los incumplimientos reprochados por el Consorcio apelante en contra de la empresa adjudicataria esta Contraloría General estima oportuno referirse a lo imputado dado que de considerar que lleva razón, podría generar una declaratoria de nulidad del acto de la adjudicación.-----

IV. Sobre el fondo del recurso: 1) Garantía de Participación. Manifiesta el consorcio apelante que la adjudicataria aportó una garantía de participación condicionada, ya que incorpora todo un procedimiento para abrir el caso y ejecutar el certificado de caución. El apelante remite a la resolución número R-DJ-464-2010 del 09 de septiembre de 2010 de la Contraloría General en la que se dispone que: *"Se pueden enumerar como características de la garantía de participación su unilateralidad, obligatoriedad, consustancialidad, accesoriedad, inembargabilidad, independencia, su carácter optativo y ejecutoriedad"* para argumentar que la garantía de participación debe necesariamente, ser obligatoria y ejecutable, por lo que no se

debe aceptar su condicionalidad. **La adjudicataria** alega que dicha manifestación debe ser declarada sin lugar, por falta de fundamentación, ya que no analizó el régimen jurídico aplicable; toda vez que estaría confundiendo "*condiciones*" con "*obligaciones*" precisamente derivadas de las normas legales y reglamentarias aplicables a dichos seguros. Menciona que con ocasión de la entrada en vigencia e implementación de la Ley Reguladora del Contrato de Seguros, se han incorporado al mercado nacional este tipo de "*seguros de caución*" para garantizar concesiones y licitaciones. A su criterio, la solemnidad que en épocas pasadas caracterizaba a la garantía de participación, es un aspecto que en la actualidad ha sido atenuado con la nueva normativa que regula la contratación administrativa. Agrega que los certificados de caución, incondicionales, irrevocables y a primer requerimiento extendidos por la empresa Oceánica Seguros, han sido utilizados de manera reiterada como medio de garantía por las distintas empresas entre éstas el propio Consorcio apelante, no sólo para respaldar la participación de sus ofertas en variedad de concursos públicos, sino también como garantía de cumplimiento de contratos administrativos que inclusive han sido refrendados por esta Contraloría General. Anexa a su recurso, copia de la nota emitida por Oceánica de Seguros en la que se indica que "*el pago de los certificados referidos, es incondicional y a primer requerimiento y cada uno de esos certificados responde a cabalidad por toda la suma asegurada.*" Concluye que aún y cuando optó por un medio válido de rendición de garantía de participación, viene a aportar copia de una garantía bancaria, con la que adicionalmente se respalda y ratifica la seriedad de la oferta, sin que se considere que el seguro de caución que se rindió como garantía, sea incorrecto, inválido o insuficiente. **La Administración** menciona que sobre este tema, solicitó a la emisora Oceánica aclarar si las garantías de participación emitidas por ella son incondicionadas e irrevocables así como el procedimiento que debe llevar a cabo el CONAVI para ejecutarlas, consulta atendida mediante oficio OSV-2016-0128 del dieciséis de marzo de dos mil dieciséis cuya copia ha venido a incorporar al expediente de apelación. A partir de lo indicado por Oceánica, considera que las garantías son emitidas de forma incondicional, irrevocable y a primer requerimiento del CONAVI. Añade que el procedimiento que se dispone en dichas garantías que debe seguir el CONAVI para ejecutar las mismas, es el establecido en el artículo 39 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, y que además este tipo de garantías se encuentran reguladas en la Ley N° 8963 "Ley Reguladora del Contrato de Seguros". **Criterio de la División:** En

primer orden, se tiene que la empresa Constructora Hernán Solís S.R.L participó en la licitación de marras, cotizando entre otras, la línea 3 (hechos probados 1 y 2). Para estos efectos, aportó con su oferta, un “*certificado Incondicional, irrevocable y a primer requerimiento*” expedido por Oceánica de Seguros S.A., documento que remite al Seguro de Caucción póliza número CAUC-196, para garantizar su participación en la licitación pública número 2014LN-000018-0CV00, línea 3, zonas 1-3, 1-7 y 1-8 (Hecho probado 8). Según se aprecia del certificado expedido por la empresa Oceánica de Seguros S.A., este incorpora una leyenda con elementos que a criterio del consorcio apelante, resultan en un certificado de garantía condicionado. Siendo que el tema en debate radica en la naturaleza de la garantía de participación, es menester analizar el régimen aplicable a la figura de frente a las particularidades del caso. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha definido mediante la sentencia número 998 de las once horas treinta minutos del dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho a la garantía de participación como un requisito de validez de la oferta: “ [...] *la forma, modo, monto, momento y plazo para presentar la garantía están regulados por las normas positivas de la contratación específica, según las especificaciones del cartel, en tanto su objeto, finalidad o razón de ser, es asegurar o afianzar el mantenimiento de la oferta durante el plazo estipulado en el pliego de condiciones. Esta garantía avala la solemnidad de la oferta, y como tal, constituye una señal precontractual destinada a asegurar la celebración del contrato o su no cumplimiento, como medida cautelar de la responsabilidad del oferente. La garantía de participación constituye el presupuesto de la oferta, de manera tal, que sin la primera no puede válidamente legitimarse la oferta ante la administración, a la vez que del mantenimiento de la garantía depende la validez la oferta.*” (El resaltado no es del original) Como presupuesto de validez, la garantía de participación debe cumplir con ciertas características para atender el fin que persigue, esto es afianzar la participación del oferente en el procedimiento de contratación, características que han sido ya desarrolladas por este órgano contralor, por ejemplo en resolución R-DAGJ-538-2004: “*Se pueden tener como características de tal garantía de participación las siguientes: a) Unilateralidad: sólo la Administración puede exigirla, no así el particular de aquélla, tal como se desprende del numeral 33 de la Ley de Contratación Administrativa, el cual dispone que la Administración exigirá a los oferentes una garantía de participación. b) Obligatoriedad: el ordenamiento jurídico impone las garantías como presupuestos de la oferta. c) Consustancialidad: existen como modalidad propia del procedimiento administrativo de contratación. d) Accesoriedad: en la medida que se encuentran ligadas con la obligación principal que garantiza el mantenimiento de la oferta. De la obligación principal depende su duración, reintegro, devolución y pérdida. e) Inembargabilidad: solo tiene efecto el embargo*

sobre el excedente que pudiera resultar una vez cubiertas las reparaciones o indemnizaciones a que tenga derecho la Administración por el incumplimiento pre-contractual o contractual propiamente dicho. **f) Independiente:** la doctrina propone que las garantías deben constituirse por cada contratación; o sea, no se permiten garantías permanentes, globales o indeterminadas. **g) Ejecutoriedad:** significa que el cumplimiento o realización de la ejecución debe hacerse en forma plena y efectiva. En esta misma línea, este órgano contralor ha manifestado que la garantía de participación no solo debe tener plena ejecutoriedad, sino que no debe encontrarse condicionada” (el resaltado es del original). Del extracto anterior debe entenderse, que en materia de contratación administrativa, las garantías de participación son exigibles por parte de la Administración como un presupuesto para validar la oferta en contrataciones específicas para las cuáles ha sido rendida, para lo cual deben ser ejecutables plenamente por quien licita sin limitación alguna. Ahora bien, Constructora Hernán Solís S.R.L viene a señalar que el certificado de cita se emite al amparo de la póliza de caución contratada con la empresa aseguradora Oceánica de Seguros S.A., razón por la cual es imprescindible entrar a conocer de la norma especial que regula la figura. Se encuentra en primer plano la Ley del Banco Nacional de Seguros que asume el Seguro de Fidelidad No. 40, del tres de marzo de mil novecientos treinta y uno, con la cual se regulaba en principio la figura de la fianza para asegurar el cumplimiento de obligaciones con el estado. Posteriormente, con la entrada en vigencia de la Ley Reguladora del Mercado de Seguros No. 8653 del veintidós de julio del dos mil ocho, se modifica la ley antes mencionada para habilitar el contrato de seguro de fidelidad con el objeto de “*garantizar contra pérdida monetaria el manejo de fondos por funcionarios, empleados públicos y particulares, en favor del Estado, Municipios, Juntas o Dependencias del Estado y las obligaciones que deben caucionar los notarios y demás funcionarios públicos*” (artículo 2). De igual manera, se habilitó el uso de pólizas de fidelidad para: “*garantizar el pago .de derechos, impuestos y multas; el cumplimiento de contratos, concesiones y licitaciones; las obligaciones de litigantes, y, en general, toda clase de obligaciones contraídas con el Estado, Municipio, Junta o Dependencia del Estado*” (artículo 3). Ahora bien, la Procuraduría General de la República ha señalado que el contrato de fidelidad que se distingue en la norma: “*cubre no solo la actuación de funcionarios y particulares (como es lo propio del seguro de fidelidad), sino que toda actividad contractual, ya sea esta administrativa, comercial o civil puede ser asegurada mediante este contrato. Se trata de garantizar el cumplimiento de obligaciones frente a entidades públicas o entidades privadas. Objeto que, empero, puede ser considerado como propio de un seguro de caución (...)* El contrato de seguros de caución es un contrato principal cuyo objeto es garantizar al asegurado el cumplimiento de sus obligaciones con un

acreedor. A diferencia de la fianza en que el fiador se compromete a cumplir por el deudor principal, en el seguro de caución el asegurador se obliga no a cumplir por ese deudor sino a resarcir al acreedor los daños que ese deudor ha causado o que se derive del incumplimiento de obligaciones jurídicas. Una obligación que tiene como contrapartida el pago de la prima: “el asegurador se obliga, contra el pago de una prima”, artículo 3 de la Ley de Contratos de Seguros” (Dictamen número 441 del dos de diciembre de dos mil catorce). A partir de lo anterior, se extrae que de la Ley del Banco Nacional de Seguros que asume el Seguro de Fidelidad No. 40 y las respectivas modificaciones introducidas mediante Ley Reguladora del Mercado de Seguros No. 8653, es viable garantizar el pago de obligaciones contraídas con el estado mediante un seguro de caución, que por el principio de especialidad en la materia, solo podría ser expedido por las entidades aseguradoras cuyo ámbito de acción está sujeto a las disposiciones de la Ley Reguladora del Contrato de Seguros. Sobre el particular, la Procuraduría General de la República se pronunció al respecto, en el Dictamen 441 del dos de diciembre de dos mil catorce, para indicar que “lo primero que debe recordarse es el incipiente desarrollo en la época de emisión de la Ley 40 de los seguros de caución. Luego, debe considerarse la discusión misma respecto de la naturaleza aseguradora o afianzadora del seguro y sobre todo la posibilidad de que una determinada garantía sea rendida mediante diversas formas. Así, uno de los medios por los cuales se puede rendir una garantía es el seguro, lo que no excluye otras formas de garantía, como puede ser la fianza. Como ejemplo, cabe recordar que el cumplimiento de las obligaciones en materia de contratación administrativa (garantías de participación y de cumplimiento) se garantiza por medio de distintas formas de garantía, entre las cuales se encuentra el seguro. Un seguro de caución, que por su función, presenta características similares a la fianza” (el resaltado no es del original). A partir del asidero legal mencionado, la empresa Constructora Hernán Solís defiende la no condicionalidad del certificado de garantía aportado, argumentando que el texto no es más que reflejo del marco jurídico aplicable a los seguros que expide el gremio. Al respecto, este órgano contralor tiene presente el dinamismo jurídico por medio del cual el legislador admite la inserción de nuevas figuras y mecanismos al procedimiento de contratación administrativa, en cuyo caso el tema de las garantías de participación no es una excepción. Es por ello que en el año dos mil seis mediante el Decreto Ejecutivo No. 33411 (publicado en La Gaceta No. 210 del dos de noviembre de dos mil seis) se incorporó en el artículo 81 la posibilidad de subsanar la garantía de participación en cuanto al monto y plazo, así como la posibilidad de enmendar errores materiales y sustanciales; permitiendo con ello un equilibrio razonable entre los principios de libre competencia y

eficiencia, manteniendo ofertas que podrían resultar idóneas pero que tenían vicios formales o de insuficiencia de monto o plazo y que por esa razón resultaban inelegibles. Sobre los alcances de la norma y la lectura que debe hacerse en esta materia, se tiene que el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta del Segundo Circuito Judicial de San José ha indicado que: *“Cabe en este punto recordar que en virtud de las máximas de eficiencia y eficacia, en todas las etapas de la contratación debe imponerse un principio de fondo sobre forma (artículo 4 Ley de Contratación Administrativa), lo que ha dado pie a una importante evolución en esta temática, redimensionando y ajustando a la dinámica actual, figuras y acciones que en anteriores tiempos constituían verdaderos dogmas de la contratación administrativa y que imponían ataduras a los procedimientos en quebranto de la ratio última de la contratación, sea, mecanismos ágiles para que las unidades administrativas puedan adquirir los insumos relevantes para el cumplimiento de sus quehaceres. De esa evolución participa, entre otros, el tema de las garantías de participación. Ello se pone en evidencia si se observan las reformas practicadas al Reglamento de Contratación Administrativa. Por ejemplo, en regulaciones previas, la garantía de participación era obligatoria en las licitaciones públicas y las licitaciones por registro, según el artículo 33.1 del anterior Reglamento General de Contratación Administrativa, Decreto No. 25038-H, que indicaba con claridad: “En las licitaciones públicas y por registro, obligatoriamente, (...) la Administración exigirá a los oferentes una garantía de participación ...”. Empero, el actual Reglamento (Decreto No. 33411-H del veintisiete de septiembre del dos mil seis) postula en su canon 37: “Cuando lo estime conveniente o necesario... la Administración, podrá solicitar en el cartel o invitación una garantía de participación porcentual...”.* Lo anterior evidencia la flexibilización que en el tema concreto se ha dado, sin que ello suponga una desvalorización de su importancia, sino un engarce a las particularidades actuales de los mecanismos de contratación y su finalidad. De ahí que ante esta necesidad de formas más ágiles, la interpretación de las normas y de las diversas situaciones jurídicas que se suscitan en esta materia, no pueda, ni deba ser gramatical o literal, sino integral, conforme se desprende del numeral 10 de la Ley General de la Administración Pública en cuanto señala que las normas deberán interpretarse de la forma que mejor permitan el cumplimiento del fin público para el cual se emitieron, aspecto que debe completarse con lo dicho por el precepto 10 del Código Civil.” (Sentencia No. 514 de las once horas cincuenta minutos del dieciséis de febrero de dos mil diez. El resaltado no es del original). Bajo este enfoque que hace el Tribunal y conforme la normativa existente en el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se tiene que también esta lectura flexible es factible aplicarla a garantías como el seguro de caución que se encuentra habilitado por nuestro ordenamiento jurídico para

garantizar ofertas según se explicó anteriormente y ha sido también validado por la Procuraduría General de la República. Ahora bien, la naturaleza del seguro de caución rendido como garantía de participación no lo exime del análisis de las características que debe tener una garantía según se explicó. Por lo que procede dilucidar si el texto del seguro presentado permite referir que la garantía es ejecutable según se ha cuestionado. Al respecto, el texto en discusión indica: *“Para hacer efectiva esta garantía será necesaria la presentación a Oceánica de este documento original y sus enmiendas si las hubiere. El cobro o ejecución de esta garantía deberá ser hecho por el Asegurado brindando una declaración escrita del siniestro a Oceánica, acompañada de una solicitud para la Ejecución del Certificado de Caución; poner a disposición de Oceánica todos los informes y pruebas al respecto en los que se explique la situación que originó el daño y se demuestre haber utilizado todos los medios razonables a su alcance para disminuir las consecuencias de la pérdida o del daño. En los casos en que por naturaleza de la Obligación se requiera, Oceánica tendrá el derecho a investigar e inspeccionar cualquier predio y/o sitio de obra declarado en las Condiciones Particulares. Recibida una solicitud de Ejecución por parte del Asegurado, Oceánica procederá a realizar el pago requerido dentro de las condiciones del presente Certificado, sin asumir ninguna obligación, deber, responsabilidad o compromiso por la veracidad de lo indicado por el Asegurado, ni se obliga a intervenir en las inspecciones o verificaciones, todo lo cual queda a riesgo del Tomador. El asegurado deberá notificar a Oceánica en forma inmediata, cualquier gestión que haga ante el Tomador cuando exista presunción de incumplimiento, o cualquier incumplimiento que pueda lugar a reclamación bajo este Seguro de Caución. Si al vencimiento de la garantía no hubiese sido hecha efectiva, su validez caduca automáticamente y quedara (sic) desligado de todo compromiso o responsabilidad, no solo para su futuro sino también en referente a hechos ocurridos durante la vigencia de esta garantía”* (Hecho probado 9), de donde se desprende que el documento no es ejecutable con el solo requerimiento del Consejo Nacional de Vialidad, pues el pago está supeditado a una serie de condiciones que la Administración debe cumplir ante la aseguradora para su pago. Este aspecto en sí mismo podría lugar a considerar que no existe una garantía válida para efectos de la elegibilidad de la adjudicataria, sin embargo, estima este órgano contralor que el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa había precisamente contemplado la posibilidad de *“una importante evolución en esta temática, redimensionando y ajustando a la dinámica actual, figuras y acciones que en anteriores tiempos constituían verdaderos dogmas de la contratación administrativa y que imponían ataduras a los procedimientos en quebranto de la ratio última de la contratación, sea, mecanismos ágiles para que las unidades administrativas puedan adquirir los insumos relevantes para el cumplimiento de*

sus quehaceres”; cuando en el inciso h) del artículo 81 inciso se dispuso: *“h) Cualquier error material relacionado con la garantía de participación, incluyendo los referidos a la identificación del concurso o del sujeto respaldado. De igual forma, en los bonos de garantía es válido corregir cualquier error sustancial, siempre y cuando la entidad emisora acepte la enmienda y garantice que no existe problema alguno para su liquidación.”* De esa forma, es factible enmendar errores sustanciales de la garantía cuando la entidad emisora precisamente acepte y garantice que no existirá problema para su liquidación, lo cual necesariamente debe revisarse para el caso de la garantía presentada. Al respecto, se tiene que las manifestaciones realizadas por la emisora del certificado a saber, la empresa Oceánica de Seguros S.A., constan en el expediente del recurso en el sentido de que los *“requerimientos evidentemente no condicionan en modo alguno el pago sino que, como es común en las garantías de participación, se pretende dejar constancia de que ha ocurrido un evento de incumplimiento que supone la ejecución de la garantía; (...) presentada la declaración y la solicitud con la información ya señalada, se procede al pago bajo la responsabilidad del Tomador (...). De manera que el pago de los certificados referidos, es incondicional y a primer requerimiento y cada uno de esos certificados responde a cabalidad por toda la suma asegurada”* (Hechos probados 10 y 11). Lo anterior, por cuanto tanto el CONAVI como la adjudicataria Constructora Hernán Solís consultaron a la aseguradora para determinar si el certificado es incondicional y ejecutable a primer requerimiento por parte de la Administración, a lo que la empresa Oceánica de Seguros S.A. ha confirmado que el certificado es en efecto incondicional, dado que los supuestos que este incluye son atinentes al procedimiento de cobro regulado en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, ejecutable además por toda la suma garantizada (hechos probados 10 y 11). En este caso, resulta imposible dejar de lado que es la propia entidad emisora, quien confirma la no condicionalidad del certificado, y su ejecución plena, de forma que se corrobora la ejecutoriedad del certificado de cita. Así las cosas, este órgano contralor estima que el defecto apuntado se ha subsanado y resulta conforme, por lo que este órgano contralor no encuentra incumplimiento que amerite la exclusión de la oferta, desde el punto de vista de la garantía. A partir de todos los elementos antes esgrimidos, procede **declarar sin lugar** este extremo del recurso en este punto y se omite especial pronunciamiento sobre la nueva garantía aportada por la empresa adjudicataria (Hecho probado 12), siendo que la garantía inicial se ha enmendado en los términos previstos por la normativa vigente. **2) Bandas de razonabilidad:** La apelante manifiesta que el cartel fue claro al señalar que una oferta que

se encontrara fuera de las bandas de razonabilidad de precios, sería excluida automáticamente. Que mediante oficio DCVP-43-16-0140 del veintitrés de febrero del presente año, el CONAVI solicitó aclaración a la empresa Constructora Hernán Solís SRL, de los precios unitarios ofrecidos, que se encontraban por debajo de las bandas de razonabilidad. El precio en el caso de la empresa adjudicataria es ruinoso, o bien, no remunerativo, por tanto inaceptable y genera la exclusión del procedimiento de contratación administrativa. Agrega que en aplicación del cartel, la carga de la prueba recae sobre el adjudicatario a quien correspondía demostrar porque las bandas del CONAVI eran incorrectas. Mediante audiencias especiales, ha venido a manifestar que el oficio DCVP 43-16-0151 de fecha tres de marzo de dos mil dieciséis al que remiten tanto la administración como empresa adjudicataria, es inexistente en el expediente administrativo. Posteriormente manifiesta que el análisis de razonabilidad efectuado por la Administración contiene errores, siendo que no consideró dos de los renglones de pago por encima de las bandas ni los costos de acarreo de la mezcla asfáltica que vienen a afectar la calidad del bacheo. Cuestiona dentro de las justificaciones brindadas por la adjudicataria, el hecho de que por un convenio con una empresa internacional para llevar a cabo demarcación se reduzca el precio, cuando hay múltiples gastos que lo que hacen es elevar la oferta. Finalmente alega nulidad absoluta de lo actuado por el CONAVI, por cuanto la justificación brindada por la empresa adjudicataria respecto del tema de las bandas se aprecia en el expediente administrativo mucho después del oficio de análisis de las bandas. Por su parte, manifiesta la adjudicataria que con ocasión de los recursos de objeción y las observaciones del ente Contralor, la Administración modificó el cartel sobre ese tema, específicamente en relación al procedimiento de evaluación de ofertas. Así, considera que no lleva razón la recurrente en sus acusaciones, toda vez que el cartel en el apartado 14 sobre el "*procedimiento de evaluación de ofertas*" estableció un procedimiento de indagación a efectos de poder determinar la razonabilidad de los precios que se encontraran fuera de las bandas, el cual se cumplió durante la etapa de evaluación de ofertas, lográndose determinar que los precios ofertados por su empresa eran razonables y viables de ser adjudicados. Concluye que las afirmaciones de Consorcio Grupo Orosí S.A, una vez más resultan infundadas y sesgadas, ya que omite por completo aportar prueba que demuestre de manera técnica y financiera, que los precios de la empresa adjudicataria son ruinosos. La Administración por su parte manifiesta

que conforme a las enmiendas realizadas al cartel, se procedió a realizar la indagación exigida para casos en que los precios se encontraran fuera de las bandas. Menciona que se solicitó la debida justificación mediante oficio DCVP 43-16-0131 de fecha veintidós de febrero de dos mil dieciséis, requerimiento que fue contestado mediante escrito de fecha veintinueve de febrero de dos mil dieciséis, y que fue analizado por el Departamento de Costos de Vías y Puentes, concluyendo que los precios indagados eran razonables y por ende, sujetos de adjudicación.

Criterio de la División: Siendo que para el tema de análisis, el Consorcio apelante remite a las reglas del cartel y la sanción aplicable a aquellas ofertas que cotizaran precios por debajo de las denominadas bandas de razonabilidad, conviene contextualizar la discusión conforme al requisito dispuesto en el cartel. Se tiene que en la cláusula 14 *“Evaluación de las ofertas”* se dispuso el procedimiento a seguir, que en lo que interesa estableció: *“(…) 3. En caso de que se determine que las ofertas, que para cada una de las 10 líneas presenten menor precio del Proyecto Estimado, contienen uno o más precios que se salen de las bandas definidas, la Gerencia de Conservación de Vías y Puentes solicitará a la Dirección de Costos de Vías y Puentes, que específicamente para los precios que se salen de las bandas, haga un análisis de razonabilidad de precios, realizando una indagatoria conforme el artículo 30. Precio inaceptable, del Reglamento General de Contratación Administrativa, para determinar si dichos precios son aceptables para la Administración. En el eventual caso que se justifiquen técnicamente aquellos precios que hayan quedado fuera de la banda, se procederá a recomendar la adjudicación de dicha (s) oferta (s) con el menor precio del Proyecto Estimado”* (Folio 1632 expediente administrativo del concurso). Con base en la disposición cartelaria antes transcrita, aquellas ofertas que cotizaran precios por debajo de las bandas debían ser analizadas y ser indagadas para determinar la aceptabilidad o no del precio, sin que amerite una exclusión automática como lo ha venido a referir el apelante. Ahora bien, sobre la cotización de la empresa adjudicataria, se tiene que mediante oficio GCSV-01-16-0179 de fecha tres de febrero de dos mil dieciséis, el CONAVI identificó que algunos oferentes cotizaron precios que se apartan de las bandas definidas (Hecho probado 13), por lo que mediante oficio DCVP 43-16-0131 de fecha veintidós de febrero de dos mil dieciséis, la Dirección de Costos de Vías y Puentes solicitó a la empresa Constructora Hernán Solís S.R.L. la aclaración respectiva (Hecho probado 14). Se extrae de las piezas del expediente, que la empresa adjudicataria atendió el requerimiento

mediante oficio sin número de fecha veintinueve de febrero de dos mil dieciséis explicando que sus precios son razonables, y que el cálculo de dichas memorias de cálculo obedecen a varios aspectos: **a)** costos de mano de obra internos de empresa que cumplen a cabalidad con la legislación vigente de salarios mínimos para la fecha de apertura, **b)** costos horarios internos de maquinaria, **c)** precios negociados con nuestros proveedores externos y negociación competitiva de Subcontrato de Demarcación Vial, **d)** rendimientos por experiencia en el sector de carreteras durante más de cincuenta años (Hecho probado 15). A partir de los elementos antes justificados, la Administración corre el análisis respectivo y concluye que las explicaciones brindadas le son satisfactorias, según lo manifestó en el oficio DCVP 43-16-0151 de fecha tres de marzo de dos mil dieciséis (Hecho probado 16). Al respecto, estima este órgano contralor sobre lo discutido que, el Consorcio apelante no rebatió los oficios antes citados, puesto que su ejercicio recursivo se limita a señalar que la empresa Constructora Hernán Solís, al encontrar sus precios fuera de las bandas, merece ser excluida del concurso. No es hasta que atiende la primera audiencia especial (referida a las argumentaciones que en contestación inicial realizaron CONAVI como la adjudicataria en contra de la oferta apelante), que viene a aseverar que el análisis de las bandas nunca estuvo incorporado al expediente y que al desconocer el oficio de cita, el acto de adjudicación resulta nulo. Lo cierto del caso es que el oficio DCVP 43-16-0151, que el apelante echa de menos es visible en las piezas del expediente no solamente en original (Hecho probado 16), sino que además se logran detectar copias de dicho análisis, al folio 17609. Aún y cuando ha defendido en reiteradas ocasiones que el documento no existía, véase que de manera contradictoria, refiere en el mismo escrito de contestación de audiencia especial, un análisis erróneo por parte del CONAVI al atender las justificaciones de la empresa. Sobre el particular, lanza un cuestionamiento sobre una de las justificantes, el convenio de la empresa adjudicataria con una empresa extranjera para realizar actividades de demarcación a lo que únicamente indicó: *“¿Cómo? Una empresa dedicada a la demarcación de origen internacional, puede reducir costos en comparación con una empresa de mercado nacional, si la misma debe pagar, impuestos, marchamos de equipos, inscripciones de maquinarias y equipos, nacionalizaciones, importaciones, tiquetes aéreos, hospedajes, alimentación, horas extras, cargas sociales, equipo de protección de personal, entre otra serie de elementos donde simple y llanamente no cabe explicación de que sean más económicos”* (folio 4635 del

expediente de apelación). Sobre este aspecto, el Consorcio apelante no realiza un análisis técnico para acreditar que los montos cotizados por la adjudicataria son insuficientes para sufragar los gastos antes descritos, y que en efecto, se confirme su tesis de que el convenio con una empresa internacional lo que implica es elevar los costos. El argumento tampoco de acompaña de prueba técnica con la cual se pueda tener por demostrado este escenario. Sobre los elementos requeridos para la demostración de un determinado incumplimiento, este órgano contralor se ha pronunciado, como ejemplo puede verse la resolución R-DCA-375-2015 de las ocho horas siete minutos del diecinueve de mayo del dos mil quince: *“Para tal análisis, se ha de indicar que el ordenamiento jurídico dispone que quien alega lleva la carga de la prueba. En este sentido, el artículo numeral 88 del LCA, establece: “El recurso de apelación deberá indicar, con precisión, la infracción sustancial del ordenamiento jurídico que se alegue como fundamento de la impugnación. Cuando se discrepe de los estudios que sirven de motivo a la administración para adoptar su decisión, el apelante deberá rebatir, en forma razonada, esos antecedentes; para ello, deberá aportar los dictámenes y estudios emitidos por profesionales calificados.”* Sobre el particular, en la resolución No. R-DCA- 078-2015 de las ocho horas con cuarenta y dos minutos del veintisiete de enero del dos mil quince, este órgano contralor indicó: *“(…) no basta con la simple afirmación, o enunciar los supuestos incumplimientos, sino que además la parte que alega debe presentar la prueba que permita comprobar lo dicho, pues la carga de la prueba recae en quien alega. En el caso bajo análisis, la simple referencia a una serie de incumplimientos no es suficiente para tenerlos por acreditados. En consecuencia, lo procedente es rechazar de plano por falta de fundamentación dichos argumentos (…)”* (negrita agregada) (R-DCA-368-2013 de las diez horas del veinte de mayo de dos mil trece). Así las cosas, este órgano contralor estima que en el presente extremo el consorcio adjudicatario incurre en falta de fundamentación, por cuanto se limita a realizar alegatos pero no acredita la existencia de un incumplimiento puntual de la empresa apelante respecto del pliego de condiciones, que pueda conllevar a considerar esta oferta inelegible (...). Cabe mencionar además, que el consorcio apelante se refirió parcialmente a la justificación de las bandas aportada por la empresa adjudicataria, siendo que no aportó elementos para desvirtuar lo indicado respecto de los costos de mano de obra, los costos horarios internos de maquinaria y los rendimientos utilizados. Así las cosas, el reproche del consorcio apelante respecto de las

bandas es laxo, puesto que no atendió de manera integral todos los elementos técnicos que constaban en el expediente para así llevar a este órgano contralor a la convicción de que el análisis efectuado por el CONAVI efectivamente presentaba errores, según lo ha venido a manifestar. Por último, con ocasión del incumplimiento de las bandas, el consorcio apelante alegó que el precio de la oferta adjudicataria presentaba la condición de ruinoso, sin presentar elementos de prueba que sustentaran su tesis. Por lo anterior, procede **declarar sin lugar** este extremo del recurso. **3) Mezcla asfáltica: Desagregación de los rubros de maquinaria y personal.** Alega el consorcio apelante que de manera cuestionable a dicha empresa adjudicataria no le es achacado ningún incumplimiento a pesar que en sus memorias de cálculo de los renglones de pago en los que intervienen los insumos de mezcla asfáltica en caliente no figuran en el rubro maquinaria y tampoco en el rubro personal. A su criterio, ni la maquinaria ni el personal, ambos necesarios para la fabricación de la mezcla asfáltica son incluidos en el Formulario No. 7, pese a que, como bien es sabido, aún en los casos de equipos más sencillos se precisa de una planta asfáltica, equipos para carga de los materiales a partir de los cuales se produce la mezcla asfáltica en caliente y, por supuesto, del personal que debe operar los equipos. En suma, argumenta que la oferta de la adjudicataria contiene los mismos errores achacados a su empresa, pues la Constructora Hernán Solís S.R.L. omitió reflejar toda su mano de obra y maquinaria en la sección correspondiente para estos renglones de pago. Asimismo, al contestar la audiencia especial indica el apelante que en este aspecto no se trata de que el asfalto sea o no un material que se entienda como producto terminado, dado que no es este el punto en cuestión, lo es la determinación del mecanismo de desagregación por rubros a los efectos de determinar de manera correcta el reajuste de precios. Es así como, el apelante plantea las siguientes preguntas: ¿cómo lo va a ser la mezcla asfáltica para la licitación que nos ocupa un producto terminado si una de las exigencias fundamentales del cartel como muy bien ha desarrollado Constructora Hernán Solís S.R.L. es que el adjudicatario disponga de planta asfáltica?, ¿o es que este es un requisito que no afecta a que el adjudicatario tenga la capacidad de fabricar el producto terminado mezcla asfáltica?. En este mismo sentido, discute que lo que sucede es que el problema del desglose realizado en las memorias de cálculo de la adjudicataria es el reajuste de precios y como consecuencia de ello la ventaja indebida que dicha empresa pretende obtener de ello, Por su parte, la **adjudicataria** señala que el Consorcio

Grupo Orosi trata de afirmar que el grave error de ellos de no costear del todo la mano de obra de todos los operadores de equipo en todos los precios unitarios es igual que no se desglose materiales que son productos terminados como lo son el concreto y la mezcla asfáltica en caliente boca planta. En este sentido, argumenta que es importante recalcar que el procedimiento establecido en la Industria de la construcción de carreteras de este país, así como la Administración para el cálculo de memorias de cálculo o presupuestos, es cotizar los productos terminados, tales como concreto y mezcla asfáltica en boca planta. Agrega, que para mejor comprensión un producto terminado es algo que surge mediante un proceso de producción y es destinado al consumo final. Asimismo, indica que algunos contratistas, incluido el Consorcio Grupo Orosi, en sus memorias de cálculo de la Licitación del dos mil nueve para las actividades que conllevan productos terminados como: bacheo, pavimento de mezcla asfáltica con y sin polímero, utilizaron el procedimiento de cotizar los productos terminados para el cálculo de sus memorias o presupuestos. Respecto a este punto, señala **la Administración** que efectivamente ninguno de los oferentes incluyen en las memorias de cálculo relacionadas con renglones de pago en los que exista mezcla asfáltica datos sobre la operación de las plantas, debido a que todos los oferentes (incluido el recurrente) consideran que el costo de la mezcla asfáltica es en boca de planta, lo que significa que consideran que se adquiere un producto terminado. **Criterio de la División:** En este apartado de la resolución, discute el Consorcio recurrente que la adjudicataria en sus memorias de cálculo de los renglones de pago en los que intervienen los insumos de mezcla asfáltica en caliente no figuran los rubros de maquinaria ni tampoco el personal, con lo cual a su criterio la adjudicataria incurre en un incumplimiento por el que debió haber sido excluida su oferta del concurso. Al respecto, tanto el CONAVI como la empresa adjudicataria argumentan que al ser considera la mezcla asfáltica en boca de planta como un producto terminado, ninguno de los oferentes incluyen en las memorias de cálculo relacionadas con renglones de pago en los que exista mezcla asfáltica datos sobre la operación de las plantas productoras. No obstante, al contestar la audiencia especial, el Consorcio recurrente ha cuestionado el argumento del producto terminado, en la medida que una de las exigencias fundamentales es que el adjudicatario tenga planta asfáltica. Sobre el particular se tiene que el cartel del concurso dispuso en lo que interesa sobre este tema que: "6.6. El oferente debe disponer de los siguientes equipos por línea, ya sea que sean propios, arrendamiento convencional, "leasing", préstamo, a comprar, etc.; lo anterior como un mecanismo de

medir la capacidad del oferente. La disposición del equipo debe demostrarla mediante certificación del Registro de la Propiedad Mueble del Registro Nacional o copia certificada de dicha maquinaria y equipo, certificación de la propiedad del equipo emitida por un contador público autorizado, copia del contrato de arrendamiento, leasing o certificación de préstamo o cualquier documento que demuestre que el oferente dispone o dispondrá de dicho equipo al momento de presentar la oferta.

<u>Tabla No. 5 Cantidad mínima de equipo por línea</u>					
<u>Descripción</u>	<u>Característica</u>	<u>1 Línea</u>	<u>2-4 Líneas</u>	<u>5-7 Líneas</u>	<u>≥ 7 Líneas</u>
[...]					
<u>Planta productora de mezcla asfáltica</u>	<u>3 tolvas mínimo</u>	<u>1</u>	<u>2</u>	<u>3</u>	<u>3</u>

(Folio 1618 expediente administrativo del concurso), por lo que lleva razón el Consorcio apelante en cuanto a que la planta debía ser propiedad de cada oferente. Por su parte, la Administración al referirse al incumplimiento achacado por el recurrente a la empresa adjudicataria se limitó a argumentar que debido a que la mezcla asfáltica se considera un producto terminado no se incluye en las memorias de cálculo los datos de la operación de las plantas, dejando de considerar el aspecto alegado de que en el presente concurso se exige que los participantes cuenten con plantas productoras de mezcla asfáltica, siendo ellos mismos los productores de dicha mezcla. Adicionalmente, se echa de menos el razonamiento de la Administración sobre cómo conforme las reglas del cartel se puede concluir precisamente que la mezcla es un producto terminado que exima a la empresa adjudicada del análisis reclamado por el Consorcio recurrente. Ahora bien, en el caso de la adjudicataria consideró que no debía demostrar este aspecto por la naturaleza de producto terminado, por lo que en este caso no ha omitido su deber de fundamentar el cumplimiento sino en tanto mantiene otra tesis; la cual debe integrarse con todo el cartel. Es por ello que si bien no se explicó cómo se incluyen esos costos o se armoniza el producto terminado con las reglas del cartel, esto no resulta suficiente para excluir su oferta en el tanto no se le requirió formalmente contrastar la propiedad de plantas que pidió el cartel y el argumento del producto terminado; sin embargo ello no exime de que la Administración realice ese análisis y le requiera toda la información que pueda resultar

pertinente. Es por ello que, considerando que el punto no fue analizado por la Administración, procede ordenar que: a) Se realice un análisis exhaustivo por medio del cual determine si en las memorias de cálculo de los renglones de pago en los que intervienen los insumos de mezcla asfáltica de la empresa adjudicataria y de las otras empresas se encuentran elegibles en la línea 3 se incluyen los rubros de maquinaria y de personal y si los mismos resultan ser suficientes para cumplir con las obligaciones legales o b) Por el contrario, analizar si la tesis presentada ante este Sede, respecto a que se trata de un producto terminado, es conforme con lo dispuesto en el cartel del concurso respecto de la obligación de contar con las plantas productoras de mezcla y en este supuesto verificar, si las respectivas memorias de cálculo presentadas armonizan con esta posición. Así las cosas, conforme las competencias reguladas en el artículo 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, pese a la falta de legitimación del Consorcio recurrente, **se procede anular de oficio el acto de adjudicación.** En ese sentido, no se excluye la oferta de la empresa adjudicataria pero sí se anula el acto de adjudicación para que se revise los aspectos indicados en los puntos anteriores por las razones expuestas. **4) Sobre el descuento.** Reclama el consorcio apelante que además de no ser claro, el descuento ofrecido por la adjudicataria viene a contradecir por completo sus presuntas explicaciones sobre la razonabilidad del precio. En palabras más simples, expone que no sólo presentó una oferta fuera de las bandas de razonabilidad fijadas previamente por el CONAVI sino que se dio el lujo de presentar un descuento. Por su parte, la adjudicataria expone que el apelante refuta con evidente y absoluta falta de fundamentación, y que cuestiona el descuento que se presentó con la oferta aduciendo que no es claro; sin embargo argumenta que ni siquiera explica ni fundamenta en qué supuestamente consiste la falta de claridad que alega. Al respecto, la Administración señala que la Dirección de Costos de Vías y Puentes en el oficio N° DCVP-11-16-0004 indicó lo siguiente: "(...) 2. *El acto de presentar descuentos es un acto libre y soberano del oferente, el cual lo hace en pleno conocimiento de la forma en que se efectuó su oferta. Por otra parte, para la Administración es de interés el recibir ofertas en términos más económicos para el Erario Público.* 3. *El aplicar el descuento sólo a la utilidad no es un hecho desproporcionado y fuera del sentido común; ya que, si se analiza con cuidado, es el único rubro de la estructura de costos que no representa un costo; por tanto, es el único que "gobierna" el oferente.* 4. *Tampoco se considera que implícitamente la reducción que produce el*

descuento ofrecido a la utilidad original, sea un hecho desproporcionado y fuera del sentido común; ya que, podría ser del interés del oferente tener sus recursos “ocupados” (mano de obra y maquinaria) y que no representen una carga económica para la empresa oferente...” Por lo cual, indica que desde el punto de vista técnico resulta totalmente razonable que una empresa presente descuento sobre uno de los elementos que constituyen el precio, en este caso la “utilidad”, el cual representa aquel elemento que es de dominio exclusivo del oferente, y no como el resto de elementos que están supeditados a la ejecución del proyecto. **Criterio de la División:** En este apartado del recurso, dado que no presenta de manera concreta un incumplimiento que ocasione la inelegibilidad de la oferta, se hace difícil comprender el argumento planteado. Lo anterior, en la medida que únicamente se refleja una disconformidad con que la adjudicataria haya presentado un descuento, cuando a su criterio la oferta estaba fuera de las bandas de razonabilidad sin que exista un mayor desarrollo del tema. Así las cosas, siendo que lo dicho por el consorcio recurrente no se encuentra debidamente fundamentado ni probado, aunado a que se trata de una simple manifestación de desacuerdo, se **declara sin lugar** este punto del recurso. Adicionalmente, no puede dejarse de lado la declaratoria sin lugar del tema asociado a bandas por las razones que fueron expuestos en el apartado sobre las bandas de razonabilidad. **5) Sobre el incumplimiento del formulario 6.** Propone el **consorcio apelante** que la oferta presentada por la empresa Constructora Hernán Solís S.R.L. incumple con lo establecido en el cartel en el punto 6.8. Sin embargo, argumenta que la empresa adjudicataria presenta un “Formulario No. 6”, que en nada se ajusta a lo exigido en el cartel, ya que no lo hace para el precio total de la oferta, y tampoco respeta su concepción. De hecho, expone que lo que aporta la empresa adjudicataria no es ni siquiera un documento nuevo sino que es una parte del Formulario No. 5 para cada renglón de pago. Al respecto, la **adjudicataria** menciona que si se procede a realizar una revisión detallada del cartel y sus respectivas aclaraciones y enmiendas, es posible demostrar que las acusaciones planteadas por la recurrente no solo son erróneas e infundadas, sino que quien incumple con lo que solicita en el cartel es el apelante. Agrega, que el citado Formulario No. 6 corresponde a un aspecto de admisibilidad que formaba parte de los requisitos expresamente incluidos en la cláusula 6 del cartel sobre “Requisitos de Admisibilidad”. Sin embargo, expone que se debe hacer notar que en la Enmienda No. 3 al Cartel se modificó el formulario No. 6, siendo que de conformidad con

la modificación antes señalada es claro que el Formulario No. 6 solicitado como requisito de admisibilidad es el de *"Estructura de Costos, Desglose para cada precio unitario por línea ofertada"* y no el que afirma el Consorcio Grupo Orosi S.A *"Resumen General Estructura de Costos"*. Por su parte, la **Administración** indica que lo que dispone la Enmienda No. 3 cambia radicalmente el requerimiento cartelario. En este sentido, argumenta que la emisión de la enmienda 3 establece el requisito de presentar un Formulario No. 6 que contenga una estructura de precios para cada uno de los renglones de pago que conforman la propuesta y no uno único para la oferta. Agrega, que no existe incumplimiento por parte de la Constructora Hernán Solís S.R.L. **Criterio de la División:** Respecto al incumplimiento argumentado por el consorcio recurrente, se debe indicar que el mismo debe ser rechazado. Mediante la enmienda número tres del cartel (Hecho probado 7) fue modificado el formulario número 6, ya que en la versión original se solicitaba el *"Resumen general estructura de costos. Desglose precio total de la oferta"* y en la versión final y vigente se requería la *"Estructura de costos. Desglose para cada precio unitario por línea ofertada. Línea X. Renglón de pago Y"*. Así las cosas, no lleva razón el Consorcio recurrente al indicar que el formulario 6 presentado por la adjudicataria no se ajusta al cartel, ya que no se presenta el precio total de la oferta, en virtud de que el formulario 6 que originalmente se incluyó en el cartel sí requería esta información total de la oferta, sin embargo deja de considerar el Consorcio apelante que la versión del formulario 6 vigente solicitaba el desglose para cada precio por línea ofertada, lo cual fue cumplido por la empresa adjudicataria, al presentar con su oferta para cada renglón de pago de la línea 3 el desglose del precio unitario, a saber lo requerido por el CONAVI en el formulario 6 (Hecho probado 6). Por lo cual, se **declara sin lugar** este punto del recurso de apelación. -----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 85 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa, 174 y siguientes del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, **SE RESUELVE: 1) DECLARAR SIN LUGAR** el recurso de apelación interpuesto por **CONSORCIO GRUPO OROSI** en contra del acto de adjudicación de la línea número 3 de la **LICITACIÓN PÚBLICA 2014LN-000018-0CV00**, promovida por el **CONSEJO NACIONAL DE VIALIDAD** para *"MP-R Mantenimiento Periódico y Rehabilitación del Pavimento de la Red Vial Nacional Pavimentada"*, acto recaído en

favor de **CONSTRUCTORA HERNAN SOLIS**, por un monto de ₡17.072.283.152,02. **2) ANULAR DE OFICIO** el acto de adjudicación de la línea 3, con el fin de que la Administración realice el estudio que se le ordena en la presente resolución. **3) De conformidad con el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa se da por agotada la vía administrativa.**-----

NOTIFÍQUESE. -----



Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado



Allan Ugalde Rojas
Gerente de División



Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Estudio y redacción: Karen Castro Montero, Marcia Madrigal Quesada, Rosaura Garro Vargas.

KMCM/MMQ/RGV/LMCA/CGS/chc

NN: 09879 (DCA-1905)

NI: 10033, 10066, 10119, 10168, 10174, 10189, 10407, 10824, 10928, 11485, 12157, 12199, 12604, 12606, 12973, 12985, 13133, 13293, 13799, 13905, 14063, 14176, 14473, 14788, 14861, 15196, 15226, 15679, 15814, 15856, 16476, 16479, 16483, 17025, 17367, 17525, 17639, 17745, 18662, 18674, 18961, 19777.

Ci: Archivo Central

G: 2014003411-15

