R-DCA-00114-2021

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa. San José, a las trece horas veinte minutos del veinticinco de enero del dos mil veintiuno.---------

RECURSOS DE OBJECIÓN interpuestos por las empresas **ROMMAR DEL SUR S.A. y QUEBRADORES PEDREGAL S.A.**, en contra del cartel de la **LICITACION PÚBLICA 2020LN-000012-0012400001,** promovido por el **MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS Y TRANSPORTE** para la "adquisición de materiales, colocados en planteles del MOPT para la atención de la red vial."----------

RESULTANDO

I. Que el seis y once de enero de dos mil veintiuno, las empresas Rommar del Sur S.A. y Quebradores Pedregal S.A. presentaron ante la Contraloría General de la República, recurso de objeción en contra del cartel de la Licitación Pública 2020LN-000012-00124000011 promovida por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte.----------

II. Que mediante auto de las doce horas cincuenta minutos del ocho de enero de dos mil veintiuno, esta División otorgó audiencia especial a la Administración licitante para que se pronunciara sobre el recurso de objeción interpuesto por Rommar del Sur S.A., así como para indicará el horario de fin e inicio de año. Dicha audiencia fue atendida mediante el oficio No. DVA-DPI-2021 del 13 de enero de dos mil veintiuno, el cual se encuentra incorporado al expediente digital de la objeción. ----------

III. Que mediante auto de las diez horas cuarenta minutos del catorce de enero de dos mil veintiuno, esta División otorgó audiencia especial y acumulación de recursos a la Administración licitante para que se pronunciara sobre los recursos de objeción interpuestos tanto por Rommar del Sur S.A., como Quebradores Pedregal S.A. Dicha audiencia fue atendida mediante el oficio No. DVA-DPI-2021-140 del 19 de enero de dos mil veintiuno, el cual se encuentra incorporado al expediente digital de la objeción. ----------

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

CONSIDERANDO

1. SOBRE EL FONDO DE LOS RECURSOS PRESENTADOS POR ROMMAR DEL SUR S.A. y QUEBRADORES PEDREGAL S.A:1.<u>Sobre las disposiciones de los ordinales 1.1 (pág. 16) y 2. Del Participante y La Oferta, P. 2.1 Generalidades, inciso j) del archivo PDF "Especificaciones Técnicas y Condiciones Generales Adicionales".</u>Señala <u>el objetante</u>

Rommar del Sur S.A. que en los cantones de Osa, Golfito y Corredores, los cuales son parte del área de influencia de la Dirección Regional XI con sede en Río Claro, y en un radio no mayor a 65,0 km operan al menos once (11) concesionarios con plantas de procesado de materiales pétreos instaladas en capacidad de producir para el MOPT los materiales que requiere mediante las líneas 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119 y 120 de la PARTIDA # 11, para lo cual remite un cuadro con las Concesiones Mineras Vigentes (con Quebrador). No obstante, señala que sólo una empresa dentro del mismo contexto geográfico tiene la posibilidad de suplir a la vez agregados, productos de concreto –como los tubos prefabricados–, y mezclas asfálticas;, por lo que considera que la redacción del párrafo cuestionado evidencia un direccionamiento anticipado de la adjudicación del concurso, en vista de que determina una condición "sine qua non" que únicamente un potencial postulante podría cumplir, a saber Constructora MECO S.A., la concesionaria No. 1 del cuadro precedente (empresa a cargo del mantenimiento de la red vial pavimentada de la Zona de Conservación Vial 4-3 / contratos 2014LN-000017-0CV00, 2014LN-000018-0CV00). Esto, en contradicción del principio de libre concurrencia, al impedir que varias empresas en posición de ofrecer la mayoría de productos licitados por el MOPT en la partida 11 en cuestión puedan participar. Dicha limitación se genera al amarrarse el suministro de los agregados –que constituyen el 73.0 % del listado de productos de la partida–, a que de manera adicional se ofrezca entregar la "Tubería de concreto reforzado Clase III - C 76 diámetro de 800 mm, 1.25 m de largo" de las líneas # 111-112, y la "Mezcla asfáltica en caliente diseñada por método Marshall, Tipo B para tránsito medio y tamaño máximo nominal de 19 mm (en boca de planta)" de la línea 121; una condición que en este momento, solamente la Constructora Meco estaría en la privilegiada posibilidad de satisfacer Señala que el procedimiento como tal, carece de una justificación técnica que permita deducir cómo y bajo qué términos la compra establecida de esta forma beneficia de mejor manera el interés público general, que si se permite una participación más abierta, sea por líneas, o al menos, por tipos de líneas (tuberías, agregados y mezcla asfáltica). Al contrario, manifiesta que de haber más competencia acrece la posibilidad del MOPT de obtener los mismos materiales a mejores precios unitarios, y sin que por ello se vea afectada la integridad ni la funcionalidad de la contratación, pues como el mismo cartel aclara, la mezcla asfáltica será retirada en "boca de planta" del adjudicatario, en tanto que los restantes materiales, incluidas las tuberías, se entregarán en aquellos lugares que la Dirección Regional decida. Por lo que, considera que lo que debe buscarse entonces, como requisito indispensable, es que los materiales complazcan a cabalidad las especificaciones de

granulometría y calidad del "*Manual de especificaciones generales para la construcción de carreteras, caminos y puentes del MOPT, CR-2010 (última edición*)", y restantes pruebas y ensayos de calidad del cartel, certificados por laboratorios especializados debidamente reconocidos por el Ente Costarricense de Acreditación (por sus siglas: ECA). Finalmente indica, que no menos importante es el hecho de que en una región como la suya; abatida por la crisis sanitaria del COVID-19, y al mismo tiempo por las inclemencias climatológicas del último invierno, pero que, desde antes de ello adolecía de elevados índices de desempleo y pobreza; una licitación como esta representa una inapreciable oportunidad para empresas que como la suya dependen de sus ventas para continuar garantizando el trabajo y la fuente de sustento de decenas de familias. Así que, siendo la contratación pública un medio por el cual el Estado contribuye, junto con los objetivos de mejora de la infraestructura, a la promoción del desarrollo socio-económico de regiones desfavorecidas, a través de la participación del mayor número de oferentes en sus procesos de compras; deviene en un verdadero contrasentido establecer una condición cartelaria que tiende a hacer ilusorio lo anterior, sin que se ofrezcan razones de peso que validen o justifiquen su permanencia. Respecto de cómo se quebranta el principio de la libre participación, señala que las normas cartelarias impugnadas socavan el derecho a la libre concurrencia previsto por los artículos 5º de la Ley de Contratación Administrativa y 2 inciso d) de su Reglamentación, al convertirse explícitamente en un requisito de admisibilidad de las ofertas, pero sin que medie un razonamiento técnico acerca de la mayor conveniencia operativa del mismo –como podría ser la obtención de un valor agregado–, que así lo justifique. Indica que se echa de menos la mención tan siquiera de un estudio, por medio del cual la Administración tenga por cierto que al cotizarse íntegramente una partida como la 11 de este procedimiento de contratación, la institución obtendrá economías de escala o cualquiera otro tipo de beneficio que haga meritoria una condición de tal naturaleza. A la inversa, se desprende de la lectura integral del cartel que los materiales serán usados por el MOPT en diferentes obras, incluyendo la mezcla asfáltica que será retirada en boca de planta por equipos de acarreo de la institución. Así las cosas, indica que lo que puede entenderse es que el MOPT, mediante la modalidad de trabajos por administración; es decir, con equipos y personal propio; pretende hacer obras de mantenimiento de calles de su competencia, previendo asegurarse el suministro oportuno de diversos tipos de materiales, entre ellos, agregados que le permitan rehabilitar y/o mejorar rutas con pavimento, y a la vez, sus sistemas de drenaje pluvial. En un escenario así, no se mira un fundamento causal que justifique que solo un proveedor deba ofrecer todos los productos, como es propuesto en el cartel. Más aún,

cuando hay otros quebradores, como por ejemplo el suyo, más cercanos al centro de entrega de los materiales, y dotados con las tecnologías indispensables para producirlos en idénticas condiciones de calidad; y además, complementados de los ensayos de laboratorio que son requeridos por la normativa y el cartel. Bajo la tesitura original de comprarle todo a un único proveedor, la compra de las tuberías, los agregados y la mezcla recaería irremisiblemente en la citada compañía, por lo que no tendría ni siquiera lógica hacer un concurso donde las reglas se encuentran predispuestas para favorecer un determinado postulante. Máxime, cuando el Cartel, en la página 17 estipula que, la distancia máxima permitida entre la planta de proceso de la mezcla asfáltica y el plantel del MOPT de Río Claro, para el caso de la PARTIDA 11 en estudio, es de 100km, y es ampliamente conocido que la única empresa en todo ese perímetro que tiene un complejo de esta clase es la Constructora MECO S.A. Por lo que solicitan que se declare con lugar el presente recurso, y ordenar que se modifiquen las disposiciones de los ordinales 1.1.; 2.- Del Participante y La Oferta, punto 2.1.-generalidades, inciso j), y en consecuencia, la Metodología de Evaluación (punto 3.2) del archivo en PDF "Especificaciones Técnicas y Condiciones Generales Adicionales" de la licitación pública nacional N° 2020LN-000012-0012400001 (SICOP N° 20201201698-00) de "Adquisición de materiales colocados en los planteles del MOPT para la atención de la Red Vial". De igual forma, respecto las mismas clausulas indica el objetante Quebradores Pedregal S.A. que en las especificaciones técnicas y condiciones adicionales se señala que "*No se permitirá la cotización parcial de partidas, toda oferta que no cotice de forma correcta o la totalidad de las líneas de cada partida, será descalificada del presente concurso*." Al respecto indica que lo pretendido con el cartel es la suplencia de 1) Agregados, 2) Productos de concreto y 3) mezclas asfálticas por parte de la empresa que, cumpliendo los requisitos establecidos en el mismo y de conformidad con la normativa vigente, resulte adjudicataria. Considera que tal disposición resulta jurídicamente improcedente y lesiva de los derechos que asisten a los posibles participantes, toda vez que en Costa Rica presuntamente solo una empresa puede cumplir con la totalidad de requisitos, para algunas de las zonas. Lo que, a su vez, supone falta de estudios técnicos por parte de la Administración para la elaboración del cartel que permitieran conocer la necesidad de segmentar las partidas a fin de garantizar una participación equitativa y competitiva que se traduce en un buen uso de los recursos públicos, pero sobre todo respetuosa de las garantías constitucionales y normativa que regula esta materia. Indica que en efecto, es evidente que no se atendieron los principios elementales de justicia, lógica, conveniencia, cumplimiento del fin público, respeto al interés público y sobre todo proporcionalidad y razonabilidad en el

manejo del erario público que dispone nuestro ordenamiento. Considera que tal disposición resulta jurídicamente improcedente y lesiva de los derechos que asisten a los posibles participantes, toda vez que en Costa Rica presuntamente solo una empresa puede cumplir con la totalidad de requisitos para algunas de las zonas. Lo que, a su vez, supone falta de estudios técnicos por parte de la Administración para la elaboración del cartel que permitieran conocer la necesidad de segmentar las partidas a fin de garantizar una participación equitativa y competitiva que se traduce en un buen uso de los recursos públicos, pero sobre todo respetuosa de las garantías constitucionales y normativa que regula esta materia.Sobre la relevancia social en contexto de pandemia mundial atendiendo criterios de razonabilidad, oportunidad, lógica y conveniencia nacional. Indica que según datos oficiales del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), tal y como fue tendencia desde el inicio de la pandemia, en el mes de diciembre de 2020, Costa Rica cerró con la escalofriante cifra de más de un 20% de personas desempleadas, por lo que, ese dato debió ser ponderado por el Poder Ejecutivo, concretamente el ministerio del ramo, pues la segmentación de partidas, se traduce en el mantenimiento y creación de empleos directos e indirectos en distintas áreas del país, garantizando el sustento de cientos de familias que hoy lamentablemente enfrentan situaciones adversas resultado de la pandemia ocasionada por el Covid-19. Por lo que, solicita se realicen las modificaciones a los apartados 1.1. (Página #16); 2.- Del Participante y La Oferta, punto 2.1.-generalidades, inciso j) (pág. #50), y en consecuencia, la Metodología de Evaluación (punto 3.2) del archivo en PDF “Especificaciones Técnicas y Condiciones Generales Adicionales” de la Licitación Pública Nacional N° 2020LN-000012-0012400001 (SICOP N° 20201201698-00) de “Adquisición de materiales colocados en los planteles del MOPT para la atención de la Red Vial”. La Administración señala que el recurso iniciado ante el ente contralor carece por completo de fundamentación adecuada, el cual es un requisito fundamental, de conformidad al numeral 178 del Reglamento a la Ley de Contratación Administración Administrativa, ya que si bien al recurrente le asiste el derecho de poder presentar su inconformidad respecto a un pliego cartelario, debe existir la fundamentación adecuada para respaldar las mismas, manifiesta que el órgano contralor ha establecido la importancia de acreditar no solo los argumentos establecidos en un recurso, sino también demostrar mediante prueba idónea que los requerimientos técnicos establecidos en un pliego no son adecuados para la correcta ejecución o que agredan los principios fundamentales de la contratación administrativa, para lo cual cita la resolución R-DCA-101-2007 del 08 de marzo de 2007. Además, indica que según la respuesta técnica adjunta el recurrente presenta

inconformidad respecto al cartel, pero no presenta pruebas técnicas que demuestren la viabilidad de sus argumentaciones. A modo de ejemplo, no demuestra mediante prueba idónea el direccionamiento por parte de la Administración a una empresa en específico, o que la modalidad de adquisición de materiales sea más beneficiosa de la forma descrita por el recurrente. Concluye indicando que el recurso carece de la fundamentación adecuada para ser conocido por el órgano contralor y solicita el rechazo del mismo. Por otro lado, aporta los oficios donde se exponen técnicamente la posición del Ministerio en los cuales se indica querespecto al recurso presentado por Rommar del Sur el recurrente enumera una serie de concesiones a un radio de 65 kilómetros de distancia, sin justificar el motivo por el cual no utiliza una distancia mayor en sus argumentos, indicando que la Administración para esa partida en específico consideró un radio de al menos 100 kilómetros, el cual se encuentra considerado en la línea de entrega de mezcla asfáltica en boca de planta de la partida 11 (ver apartado 1.1 del cartel). En función de eso último, señalan que no es de recibo que la partida se encuentre direccionada a una única empresa, a saber la Constructora MECO S.A como indica el recurrente, alegato también planteado por el otro objetante sin mencionar la empresa en específico. Así mismo, aclara que es conocido que las empresa recurrentes no manufacturan la totalidad de los materiales que solicita el Ministerio en la presente contratación, y en caso que dicha empresa deseen participar en el concurso éstas deberá aliarse con otras empresas para comprar las tuberías de concreto requeridas, así como cualquier otro material que no dispongan para así conformar su oferta o como caso alternativo, pueden optar por la figura de consorcio con otra empresa para participar, opciones que no están siendo limitadas para el recurrente o cualquier otro interesado. Manifiesta que es bajo los mecanismos señalados que la Administración considera con la disposición de partidas y líneas del cartel no violentan el derecho de libre participación de los oferentes, ya que dentro del accionar comercial de cada eventual oferente se tiene habilitada la posibilidad de la subcontratación, o que realicen acuerdos comerciales con otras empresas para obtener los insumos requeridos por la Administración o en su defecto se realicen consorcios entre empresas para su respectiva participación en conjunto, de forma que brinden una oferta competitiva. Sobre la justificación técnica para definir cada una de las partidas del cartel señala que puede observarse con claridad en las distintas partidas que las líneas se componen de materiales comúnmente utilizados y entrelazados en la construcción, mejoramiento y conservación de obras viales, los cuales, a la hora de ejecutar las distintas obras de infraestructura vial, son vitales y deben contarse con los mismos en momentos específicos

durante la ejecución de las obras, caso contrario podrían presentar problemas con los trabajos realizados. Manifiesta que es sobre esos hechos y buenas prácticas de la ingeniería que la Administración con base en experiencias pasadas, dispuso la necesidad de contar con un oferente global por partida, esto en aras de tener una adecuada logística, coordinación y reducción de eventuales imprevistos a la hora de recibir los diferentes materiales a ser contratados, siendo que en todo proceso constructivo de infraestructura vial se requiere de una debida coordinación a la hora de ejecutar las distintas obras, especialmente se debe contar con una logística adecuada para la disposición y colocación de ciertos materiales en tiempos específicos durante la ejecución de las mismas, para obtener un producto final que cumpla con las especificaciones técnicas y buenas prácticas de la ingeniería, aclarando que la capacidad de almacenamiento de materiales de los planteles regionales es limitada. Aunado a lo anterior, indica que es en ese sentido y con base en la experiencia de contrataciones pasadas, donde se contaban con distintos contratistas para suministrar distintos materiales para un mismo proyecto, que se experimentaron inconvenientes o atrasos en la ejecución de obras, esto debido a atrasos sufridos por uno de los contratistas en la entrega de un tipo de material y en razón de ello la Administración tuvo que realizar ajustes en la ejecución de las obras y coordinación con los demás contratistas, afrontando con ello eventuales reclamos administrativos por afecciones a estos otros, debido a inconvenientes no atribuibles a ellos, afectando así el deber de eficiencia y eficacia al que la Administración está llamada a tener en todas sus acciones, generadas por terceros, riesgo que se pretende minimizar con la presente contratación y sus condiciones ya establecidas. Señala que a la separación de líneas que pretende el recurrente, contempla eventuales problemas que se pueden presentar debido a que pueden presentarse distintos escenarios durante la ejecución de un proyecto, sin embargo, indica que con lo pretendido por la Administración al contar con un único contratista por partida cualquier incumplimiento en una línea en específico no puede ser causal de eventuales reclamos administrativos en otras líneas, así mismo, se aplicarían las sanciones correspondientes, sin causar problemas de logística y administrativos a terceros, respondiendo un único contratistas por los atrasos y afectaciones al proyecto en ejecución. Aunado a esto, indica que deben de analizarse también los problemas asociados a entregas en tiempo, pero de materiales cuyas calidades no corresponden a lo exigido por la Administración, conllevando rechazo del material y posibles retrasos en las líneas correlacionadas o consiguientes, nuevamente por causas asociadas a un tercero. Señalan que un punto importante a tomar en cuenta es que al separar la líneas de una partida dentro de las cláusulas penales del pliego de

condiciones, no habría forma de contemplar de forma técnica y acertada la eventual afectación del incumplimiento de una línea sobre las demás, de manera que no se podría adelantar criterio para determinar la afectación y posible multa a imponer a dicha línea. Manifiesta que varios casos hipotéticos como ejemplo, bajo la tesis del recurrente, en caso de permitir la cotización parcial de partidas, ósea afrontar una eventual separación las líneas de tuberías, mezcla asfáltica y agregados granulares, en los cuales citan las implicaciones que se podrían incurrir ante un eventual incumplimiento de un contratista sobre las demás líneas y obras. En este mismo orden de ideas, indica que lo que pretende la Administración es la ejecución de proyectos de infraestructura vial, bajo la modalidad conocida como de Administración, es decir la colocación de los materiales será efectuada con equipos y personal de la administración, en función de ello, es lógico pensar que la logística requerida es similar en cuanto a complejidad y requerimientos que la necesaria en la ejecución de un proyecto de obra por contrato, por lo que bajo la tesis del recurrente, se debería valorar la licitación de estos proyectos de obra por contrato, licitando cada renglón de pago por separado y no por la totalidad de la obra a una única empresa; situación completamente contraria a la lógica y buenas prácticas de la ingeniería, en vista de las responsabilidades asociadas, logística y coordinaciones que demanda un proyecto de este tipo, indica que un punto importante a tomar en cuenta, es que al separar la líneas de una partida, dentro de las cláusulas penales del pliego de condiciones, no habría forma de contemplar de forma técnica y acertada la eventual afectación del incumplimiento de una línea sobre las demás, de manera que no se podría adelantar criterio para determinar la afectación y posible multa a imponer a dicha línea. Así las cosas, indica que ante la modalidad establecida por la Administración, existiendo figuras jurídicas admisibles para solventar lo solicitado (acuerdos comerciales, subcontratos y consorcios), se busca minimizar los riesgos detectados producto de las lecciones aprendidas de procedimientos anteriores, tomando como ejemplo un caso reciente con el presente recurrente, que han limitado o incluso eliminado la posibilidad de un accionar eficiente y eficaz por parte de la Administración en la atención de la red vial nacional, generando a su vez, una limitación a la Administración en la búsqueda de infraestructuras resilientes lo que evidentemente afecta el fin publico establecido; por lo tanto, en caso de no mantener la figura establecida por la Administración, se pondría en un riesgo mayor el cumplimiento de metas, aprovechamiento eficiente y eficaz del recurso humano, financiero, material y de maquinaria de las distintas Direcciones Regionales, al debilitar el proceso de contratación, ante potenciales riesgos ya analizados, detectados y gestionados mediante la medida establecida en el presente proceso.

Finalmente, señala que se debe valorar que la agrupación de líneas por partidas en el cartel fomenta la economía de escala, ya que dicha agrupación por cada Dirección Regional del MOPT, permitiría concentrar costos, caso contrario, estos costos indirectos deberían ser asumidos de forma individual y duplicada por cada oferente distinto que desee participar en las respectivas líneas, por lo que la condición cartelaria promueve el uso eficiente de los recursos públicos, de forma tal que la Administración tenga la opción de obtener precios más bajos y razonables. **Criterio de la División.** El artículo 178 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa impone al objetante el deber de fundamentar la impugnación que realice de un recurso de objeción, lo cual implica no solo hacer un señalamiento respecto a la presunta ilegalidad o ilegitimidad de una cláusula cartelaria, sino que unido a ese planteamiento debe desarrollarse el argumento con la claridad requerida para demostrar precisamente ésta, aportando cuando así corresponda, la prueba respectiva. Esta fundamentación exige que el objetante debe demostrar que lo solicitado por la Administración en el pliego de condiciones limita de manera injustificada la libre participación en el concurso, afecta otros principios de la contratación administrativa o bien, quebranta normas de procedimiento o del ordenamiento jurídico general. Sobre este tema debe señalar este órgano contralor que a pesar que las cláusulas cartelarias se presumen válidas, mediante el mecanismo procesal del recurso de objeción los sujetos legitimados, pueden solicitar la modificación o remoción de condiciones cartelarias que constituyan una injustificada limitación a los principios constitucionales que rigen la materia, eso sí, llevando el recurrente la carga de la prueba, por lo que su dicho debe ser adecuadamente acreditado y fundamentado, según lo establece el artículo 178 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Lo anterior, por cuanto no debe perderse de vista que la Administración goza de amplia discrecionalidad en la definición de la cláusulas cartelarias, siendo entonces que corresponde al objetante demostrar de qué forma esa facultad ha sido realizada de manera ilegítima, sea mediante una restricción injustificada a los principios de la contratación administrativa o bien a un quebranto de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública. Por otra parte, debe tenerse presente además, que el recurso de objeción no constituye un mecanismo para que un determinado proveedor procure ajustar el cartel de un concurso a su particular esquema de negocio o características del objeto que comercia, pues de ser así estaríamos subordinando el cumplimiento del interés público al interés particular, lo cual, deberá tenerse presente cuando se señale falta de fundamentación en un determinado recurso. Ahora bien, analizando lo anterior para el caso concreto se tiene que los objetantes se limitan a solicitar que se permita

la cotización por líneas o bien por grupos de afines de productos, sin demostrar de qué manera la redacción actual de la misma le limite injustificadamente su participación, resulte desproporcionada o irracional en los términos del artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública, o violenta principios generales de la contratación Administración, siendo que en los alegatos planteados no establecen de que forma la cotización por partidas resulta de imposible cumplimiento, o bien, que no resulte posible agrupar los insumos requeridos en el pliego cartelario, en virtud de alguna restricción existente en el mercado. Aunado a lo anterior, se observa una omisión por parte de ambos objetantes de fundamentar de manera objetiva, con la prueba conveniente, de qué manera la forma de cotización propuesta – a saber, por líneas- resulta ser la mejor forma de presentar la cotización en virtud de la necesidad que pretende ser suplida por la Administración y no que se requiera de esa forma para adaptar el requerimiento a sus esquemas de negocios o características de los objetos que comercian, ya que estaríamos sometiendo el cumplimiento del interés público al interés particular. Asimismo, tampoco probaron sus afirmaciones de que solo una empresa es la que podría cumplir con el objeto tal y como lo solicita la Administración, siendo que se tratan de meros señalamientos sin prueba al respecto. Por el contrario, la Administración como mejor conocedora de sus necesidades ha explicado porque debe permanecer la redacción actual del punto objetado, siendo que explica que debido a que los materiales van a ser utilizados y entrelazados en la construcción, mejoramiento y conservación de obras viales y que a la hora de ejecutar las distintas obras de infraestructura vial son vitales y debe contarse con los mismos en momentos específicos durante la ejecución de las obras. Caso contrario, explica podrían presentar problemas con los trabajos realizados, por lo que en el caso que se permita la adjudicación por líneas o subpartidas, y ocurriera un demora en la entrega de algún material atrasaría por completo la ejecución de los proyectos y provocaría que los pedidos de los otros materiales no fuesen requeridos, conllevando rechazos del material y posibles atrasos en las líneas correlacionadas o consiguientes. Lo cual pueden provocar eventuales reclamos administrativos en otras líneas, por causa de un tercero, lo que afectaría el cumplimiento de los proyectos ya establecidos por dicho Ministerio, la ejecución presupuestaria, así como la posibilidad de incurrir en pagos no contemplados por los reclamos administrativos presentados. De igual forma, no deben olvidar los objetantes que el ordenamiento jurídico establece figuras para que los oferentes que no cuentan con la totalidad de bienes o servicios requeridos en los procesos de contratación o bien su giro comercial no los cubre se unan para de esta forma poder presentar oferta en dichos concursos. En virtud de lo anterior, al

encontrarse los recursos ayunos de la fundamentación exigida en el artículo 178 RLCA, lo procedente es el **rechazo de plano** de este punto. ----------

2. RESPECTO LOS ARGUMENTOS PLANTEADOS POR QUEBRADORES PEDREGAL S.A.: 1) Sobre la distancia máxima establecida entre el Plantel Regional del MOPT respectivo y la Planta de Producción ofertada": Manifiesta el objetante que en el punto 1.1, se detalla un cuadro con distancias máximas entre el centro de producción de Mezcla Asfáltica y el plantel del MOPT, para cada partida, lo cual considera que es abiertamente improcedente puesto que carece de sustento técnico que dé fundamento a dicha restricción. Manifiesta que en el documento anexo al recurso denominado "MT-2021-001_Criterio distancia de transporte MAC_11_ene_2021" se detalla desde el punto de vista técnico que la mezcla asfáltica puede ser transportada hasta 225 km sin ningún efecto negativo sobre sus propiedades de desempeño (resistencia la fatiga, resistencia a la deformación permanente, y daño por humedad) por lo que manifiesta que le correspondería a la Administración eliminar esta restricción que a todas luces es improcedente y en su lugar elaborar un sistema de evaluación que de un porcentaje al precio del material y otro a la distancia de acarreo, ya que por ejemplo indica que en el supuesto que existen dos oferentes, uno se encuentra a 3 kilómetros de distancia con un precio de oferta de ¢5.000 y otro oferente a 74 kilómetros con un precio de ¢4.990, bajo el esquema incluido en el cartel de 100% al precio, le adjudicará al oferente que tiene mejor precio (¢10) aunque los equipos públicos deban recorrer 71 kilómetros más. Por su parte la Administración señala queel recurrente argumenta que carece de sustento técnico y que mediante documento anexo al recurso se aporta un Criterio Técnico del Ing. Luis Guillermo Loría Salazar donde se aclara que la mezcla asfáltica puede ser transportada hasta 225 km de distancia sin ningún efecto negativo sobre las propiedades de desempeño, por lo que corresponde a la Administración eliminar esta restricción y en su lugar elaborar un sistema de evaluación que de un porcentaje al precio del material y otro a la distancia de acarreo. En relación a los argumentos expuestos por el recurrente, señalan en primera instancia que se debe abordar lo que indica el Ing. Loria Salazar en su Criterio Técnico MT-2021-001, en donde en el apartado II "El Transporte de Mezcla Asfáltica en Caliente (MAC): medidas para hacerlo eficientemente", se enumeran una serie de medidas y supuestos en su investigación que ayudan en gran medida al transporte de la Mezcla Asfáltica como lo son: el cubrir las góndolas con telas térmicas especiales, contar con góndolas atemperadas y disponer de equipos de re-mezclado in situ, sin embargo, tanto el recurrente como el Ing. Loria Salazar dejan de lado en su análisis y argumentos la situación actual de los

equipos de la Administración, en donde los mismos no cuentan con lonas térmicas, góndolas atemperadas o equipos de re-mezclado in situ, lo que significa que las condiciones valoradas en el informe técnico no son cercanas a la realidad (sin que ello conlleve a un mal manejo del material por parte de la Administración), siendo este un aspecto que suma importancia, según lo que indica el mismo documento de acuerdo la siguiente cita: "La literatura técnica –ni la científica- son claras en cuanto es la distancia máxima que se permite que un material asfáltico sea transportado y las especificaciones al respecto lo refieren más a temas de experiencia, generalmente debido a problemas constructivos que se han presentado in situ. Debido a esto, lo que se utiliza generalmente son recomendaciones, que tienen muy escaso sustento técnico." Sin entrar a cuestionar los ensayos realizados, los cuales según el mismo Ing. Loría Salazar no son determinantes debido a una serie de limitantes, en el apartado IV del Criterio Técnico, se aplica una sencilla fórmula para obtener la cantidad de kilómetros recorridos bajo una duración de 5 horas (estimadas en dicho Criterio), con el supuesto que el vehículo recorra dicha distancia de forma continua a una velocidad de 45 km/h, obteniendo la conclusión medular del Criterio Técnico, que la mezcla asfáltica puede ser transportada por al menos 225 km de distancia. Situación que de acuerdo con lo expuesto en párrafos anteriores, no es concordante con la realidad de la Administración, recordando que dicho transporte de la Mezcla Asfáltica debe ser realizado con equipos que la Administración posee en la actualidad y por lo tanto no se disponen de las condiciones enumeradas en el estudio del Ing. Luis Guillermo Loría Salazar; aunado a lo anterior la velocidad señalada no es aplicable en la mayoría de los proyectos que lleva la Administración, por la distancia y recorrido a través de calzadas de lastre, que limita en mayor medida la velocidad de acarreo. En este mismo orden de ideas, indica que parece que el recurrente deja de lado las consideraciones de su mismo consultor experto, ya que, en los Anexos del Criterio Técnico, en el apartado 2.1 "Acarreo de Mezcla Asfáltica en Largas Distancias" se indica lo siguiente: "*El acarreo de mezcla asfáltica producida en caliente es un aspecto del manejo logístico que varía según las condiciones del proyecto, ubicación del frente de obra, propiedades del material utilizado (temperatura de mezclado y temperatura de compactación) y otros aspectos asociados; pero la constante es minimizar la distancia a recorrer. La logística asociada al acarreo de este tipo de materiales está directamente asociada a las condiciones climáticas a las que el proceso esté expuesto. Siendo particularmente importante para los países donde las temperaturas sean menores. En Costa Rica, por su condición de país tropical y lluvioso, los procesos constructivos se ven condicionados principalmente a los ciclos de lluvia que se presentan en el país. Durante todos*

los meses es normal que haya al menos un día de lluvia, en el valle central; como se aprecia en la Figura 2, y donde el ciclo normal en la época más lluviosa implica la presencia de lluvia a partir del mediodía." Señalan que de lo indicado por el Ing. Luis Guillermo Loría Salazar, se destaca que la Administración es la encargada de realizar el transporte del material con sus propios equipos y a razón de ello no es factible cumplir en este momento con las condiciones enumeradas en el Criterio Técnico anteriormente citado, así mismo, aclara que las condicionantes expuestas en el cartel por la Administración fueron hechas con base en experiencias de los ingenieros de las zonas, ubicación de oferentes cercanos (en concordancia con el Criterio Técnico aportado por el recurrente), donde la constante es el minimizar la distancia a recorrer por parte de los equipos de la Administración; aunado a las consideraciones técnicas, este aspecto fue valorado desde un punto de vista de eficiencia y eficacia por parte de la Administración, en donde según la cantidad de equipos disponibles en cada Regional del MOPT, se debe contar con un rango de acción efectiva de cada equipo, a efectos de mostrar avances razonables en los proyectos, así como a la vez, se deben considerar los costos operativos, mismos que deben ser razonables bajo distancias de acarreo aceptables (plantel a planta de producción y planta de producción a proyecto). A manera de ejemplo sencillo, se tiene que la jornada laboral de un operario es de 8 horas en cada Dirección Regional, si dicho operario debe trasladarse a la planta de producción del contratista, utilizando la fórmula que utiliza el experto del recurrente, bajo la distancia que el recurrente indica (225km), este duraría 5 horas en llegar a cargar el equipo con el material, si se le suman la cantidad de horas para volver solo a la Regional MOPT (5 horas), se superaría con creces el horario normal de jornada laboral de dicho operario, destacando que el pago de horas extras para labores no extraordinarias y de forma recurrente se encuentra completamente prohibido en el Ministerio y carece de cualquier medida económica concordante con las políticas de ahorro en la Administración Pública, necesarias en la actualidad del país y en concordancia con las disposiciones emitidas por el Gobierno Central en cuanto a las medidas de contención del gasto público. Del ejemplo anteriormente descrito, el recurrente también deja de lado en su análisis, el hecho que, en épocas de lluvia, estas se presentan por lo general a partir del mediodía, lo que limita aún más el horario de acción de cada Dirección Regional, así como las distancias y tiempos que esta dispone para realizar la tarea de recorrido a la planta de producción, carga del equipo, acarreo del material y descarga del material en el proyecto. Sobre este último punto, señala que el recurrente no contempla en sus argumentos que la Administración definió carcelariamente como punto de referencia cada Dirección Regional del

MOPT como centro para calcular las distancias máximas permitidas, en vista que los múltiples proyectos por ejecutar a futuro presentarían una gran variabilidad de distancias de acarreo, por lo tanto seria técnicamente inviable de ser establecida cartelariamente, y en razón de ello se dispuso utilizar a las Direcciones Regionales como punto de referencia en vista que las mismas ya cuentan con ubicaciones estratégicas para la atención de los distintos proyectos que surjan a nivel nacional, así mismo, debido a que los equipos de acarreo deben salir de dicho punto a efectos de ser cargados con el material, sin embargo, nuevamente el recurrente no contempla que posteriormente deben acarrear el material al proyecto y justamente en ese punto el contratista omite considerar las distancias de acarreo que pueden ser superiores a las indicadas en el cartel según el proyecto que se esté ejecutando, siendo que puede tener como un posible caso critico la ejecución de proyectos a más de 80 km del plantel, y si se suma la distancia máxima permitida, es decir 100 km como es el caso de Limón, se tendría un acarreo de 180 km, ante lo cual, el tener que acarrear el material a una distancia mayor representa un alto costo de acarreo que debe asumir la Administración, por no adentrarse en el análisis de los 225 kilómetros establecido como umbral máximo en el documento técnico presentado por el recurrente, así como la posible velocidad de acarreo inferior por tratarse en su mayoría las intervenciones de las Direcciones Regionales en la red nacional de lastre; condiciones que entran en conflicto con el uso racional de los recursos públicos, así como la posible generación de problemas a la hora de hacer un uso eficiente de los equipos disponibles, ya que únicamente se podría hacer uso de una entrega de material por día por cada equipo (situación contraria al uso eficiente de los equipos y personal). En adición a lo expuesto, señala que se debe considerar los problemas de logística que pueden presentarse al tener grandes distancias de acarreo, debido a los climas de cada zona, directamente lo que respecta a las lluvias que por lo general se presentan al medio día, en donde posiblemente en Limón se cuente con un clima despejado, mientras en el transcurso del acarreo del material (debido a la distancia de acarreo y duración), se llegue al proyecto con amenaza de lluvias, lo cual significaría el riesgo de realizar un segundo viaje de acarreo a efectos de colocar material (ya recibido y por lo tanto en la obligación de ser pagado), lo que significaría una eventual pérdida del mismo (ante la imposibilidad de colocar el material con lluvias) y por ende, también la afectación en el buen uso de los recursos públicos, con las responsabilidades administrativas que eso conlleva. En función de lo expuesto, es que la Administración realizó consultas con los ingenieros de cada región, para determinar una distancia optima de acarreo según cada Región, de manera que la misma sea funcional con la cantidad de equipos disponibles,

rendimientos de ejecución de obras esperados, comportamiento del clima según cada zona del país y proveedores cercanos del material, todo lo anterior basándose en la experiencia acumulada a través de los años por parte de estos profesionales. Por lo que, indica que el permitir una distancia mayor a la establecida en el cartel de licitación, incurriría en trabajos fuera de la jornada laboral normal de 8 horas de un operario de la Administración. En relación a la eliminación del requisito cartelario de imponer distancias máximas de acarreo, e implementar una evaluación en función del costo del material y la distancia de acarreo según cada planta de producción, se indica que en efecto el cartel define una evaluación en función del costo del material, sin embargo, el implementar una evaluación en función de la distancia de acarreo no se considera factible, ya que la distancia de acarreo real va a ser variable, en función de los múltiples proyectos que la División de Obras Públicas ejecute a lo largo de la vigencia del Contrato , por lo que no se puede definir una distancia real de acarreo con la cual realizar una valoración exacta, razón adicional por la cual se determinó como punto de referencia cada una de las Direcciones Regionales del MOPT. A raíz de lo expuesto, no se considera de recibo que el recurrente utilice un Criterio Técnico (apartado de la realidad de la Administración), como insumo para eliminar este aspecto medular del cartel, sin el cual, la Administración podría afrontar costos de acarreo que podrían incrementar de forma significativa el costo del material transportado, incurriendo Administrativamente en faltas debido al uso que se le dé a los recursos públicos, en función de las valoraciones de costo - beneficio que se realice en cada proyecto, y este análisis sin adentrarse en demasía en la implicación técnica que puede tener el aumentar la distancia de acarreo en el producto, por los factores que el mismo consultor señala en su informe técnico. **Criterio de la División.** Como se indicó en el punto anterior, la objetante debe fundamentar de manera adecuada su recurso, y por ende debe demostrar de manera fehaciente que lo solicitado por la Administración en el pliego de condiciones le limita de manera injustificada su participación en el concurso o se violentan normas legales o técnicas del ordenamiento jurídico. Al respecto, si bien el apelante aporta con su recurso un análisis técnico mediante el cual respalda su alegato, se observa de la respuesta brindada por la Administración que el informe técnico aportado por el objetante no contempla dentro de su desarrollo las premisas propias del concurso que nos ocupa. En este orden de ideas, se tiene que la Administración debate que el informe técnico aportado por el objetante no considera aspectos como los equipos con los cuales se va a realizar el transporte, siendo que los mismos no ostentan las características necesarias para hacer los traslados de larga distancia que se mencionan en el informe técnico aportado por el objetante, siendo que

no cuentan con góndolas con telas térmicas, góndolas atemperada o bien como se señala en el informe del objetante que se cuente con equipos de re-mezclado in situ. Todo lo anterior, conllevaría, según lo establece la Administración, en que al no poder cumplir con las condiciones establecidas en el informe técnico del objetante se pudiera incurrir en problemas con las condiciones de la mezcla. Razón por la cual, como bien señala la Administración, la encargada del traslado del material por tratarse de entrega en boca de planta resulta ser la misma Administración licitante, por lo que en el análisis remitido por el objetante debió considerarse las condiciones con las que cuenta el equipo del Ministerio, no así realizar un estudio que no contemple las realidades del equipo con el que se realizará el acarreo del material, para que de esta forma el informe del objetante no se trata de una análisis aislado a las condiciones actuales del MOPT. Aunado a lo anterior, indica la Administración que al tratarse de una modalidad de entrega en boca de planta el incluir como variable el tiempo de traslado no resulta un aspecto determinante para la determinación del precio a ofertar, esto por cuanto el tiempo de traslado recae en responsabilidad de la Administración, la cual si debe entrar a considerar las distancias a recorrer. Además de lo ya mencionado, señala la Administración que el informe técnico aportado por el recurrente refiere a traslados de 5 horas, lo cual incidiría en no poder respetar las jornadas de trabajo ordinarias, ya que si el traslado de ida es de 5 horas eso conllevaría en otras 5 horas para que se lleve al material al lugar donde se deben realizar los trabajos, lo que provocaría que deban recurrir al pago de horas, lo cual indican resulta contrario a la política de ahorro emitida por el Gobierno Central. Finalmente, la Administración rebate el análisis técnico remitido por el objetante señalando que otro aspecto que no fue considerado dentro del análisis fue el clima, siendo que en la época lluviosa por lo general llueve después del medio día por lo que el rango de acción en el que el Ministerio puede cumplir sus funciones se limita aún más, por lo que el recorrido a la planta de producción, carga del equipo, acarreo del material y descarga del mismo también se ven reducidos. En virtud de lo que viene dicho, se tiene que si bien el objetante aporta prueba técnica con su recurso, se tiene que los argumentos planteados en el análisis técnico han sido rebatidos por la Administración licitante, estableciendo que el análisis adolece de una serie de supuestos que no fueron contemplados dentro de dicho estudio que resultan incompatibles con las características del presente proceso de contratación, por lo que si bien el análisis remitido por el objetante determina que la mezcla asfáltica puede ser trasladada grandes distancias, del mismo no se puede determinar que con las características propias de la contratación, como son el equipo que se va a utilizar, el clima, las jornadas de trabajo en las que se debe cumplir,

resulte posible permitir distancias mayores a las establecidas en el pliego cartelario del proceso que nos ocupa. En virtud de lo anterior, se **rechaza de plano** por falta de fundamentación este aspecto del recurso. **2) Sobre los puntos 4.10 y 4.11 del pliego cartelario:** Manifiesta el objetante que en las especificaciones y el procedimiento la Administración es omisa en cuanto al mecanismo para hacer las cotizaciones, lo que entorpece la correcta tramitación del procedimiento, señala que hay un acto arbitrario al introducir una doble imposición a la baja de la cotización refiriéndose al punto 4.11 cartelario y las punto 4.10 el cual no aporta fundamento legal de rango superior al 4.11 que se encuentra vía reglamentaria. Señala que para dicho fin la sala solo reconoce tres mecanismos tres medios distintos que reconocen tanto la doctrina del Derecho Público como la que informa nuestro sistema jurídico: la cláusula rebus sic stantibus, la teoría de la imprevisión y la teoría del enriquecimiento injusto, unido a que no son de carácter contractual sino de carácter legal, para evitar perjuicios para las partes. La Administración por su parte indica que el recurrente no deja claro en sus confusos argumentos que parte del apartado 4.10 limita su derecho a participar en la presente contratación, si el mismo presenta una ventaja indebida hacia un eventual oferente en particular o si el mismo representa un menoscabo de sus derechos o infringe la legalidad, sin embargo, se aclara que el fin del apartado 4.10 del cartel de licitación, a diferencia de lo indicado en el apartado 4.11 (reajustes de precios), es brindar una herramienta adicional a la Administración para analizar el precio adjudicado de forma anual (con cada renovación del contrato) y en caso de determinarse que el mismo ya no corresponde a la realidad del mercado, en ese futuro incierto, se pueda realizar una negociación con el adjudicatario de manera que se pueda obtener un precio actualizado por el material, que sea razonable y en concordancia con el mercado, de forma tal que en caso que la Administración observe un comportamiento de los reajustes a la baja, así como de los precios del mercado, se podrá realizar una actualización del precio con la debida aceptación del contratista, de manera que se evite facturaciones con precios desproporcionados, para posteriormente recobrar los montos pagados de más, mediante el cobro de reajustes negativos a la empresa y los eventuales inconvenientes administrativos y legales que esto puede conllevar ante la desobediencia del contratista de devolver dichos montos al erario público, que fueron pagados de más en concordancia con los procedimientos establecidos por ley. Lo anterior, toma especial importancia al observar el comportamiento de los índices de precios en los últimos años, donde se han presentado caídas significativas de los índices de precios de combustibles y asfaltos (rubros indispensables en la manufactura y transporte de los materiales solicitados),

lo que ha conllevado a la Administración a tener que incurrir en cobros de reajustes negativos a los contratistas, en aras de mantener el equilibrio económico, situación que en la actualidad es atípica, pero puede llegar a presentar serios problemas a la Administración, y mediante la metodología establecida en el pliego de condiciones se busca establecer la herramienta y proceso claro para las partes del accionar ante estas situaciones, con lo cual, no se vulnera los derechos del contratista si no por el contrario, busca minimizar los riesgos detectados y da en conocimiento a las partes del debido proceso a llevar a cabo. Así mismo, señala que el recurrente no demuestra cómo dicha revisión lo podría afectar, ya que en todo caso la revisión sería una potestad facultativa de la Administración (no significa que siempre se deba realizar con cada prórroga o de forma anual); adicionalmente, si este no acepta la revisión del precio solicitada por la Administración, se encuentra en la potestad de rechazar dicha revisión del precio y por ende la Administración procederá a no prorrogar el contrato. Siendo que de no existir esta cláusula, en caso que la Administración identifique bajas significativas en el mercado y que las mismas presenten un riesgo relevante para la continuación o prórroga del contrato, se deberá optar por no renovar el mismo e iniciar un nuevo proceso de licitación, negándole al contratista la opción de ajustar sus precios a los del mercado. Cabe rescatar que este accionar encuentra su analogía en el artículo 30 del RLCA, y bajo la tesis que el contrato puede llegar a alcanzar los 4 años, plazo en el cual, el mercado puede sufrir fuertes desviaciones, así como el presupuesto nacional. Señala que es importante recordar que el mecanismo de revisión periódica de precios según comportamiento del mercado, dispuesto por el artículo 154 inciso b) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, no se debe confundir con el derecho de las partes a mantener el equilibrio financiero de la relación contractual conocido como el derecho a la revisión y reajuste de precios, de conformidad con el artículo 18 de la Ley de Contratación Administrativa y el artículo 31 de su reglamento. Así las cosas, indica que en los contratos de suministros bajo la modalidad entrega según demanda ambas figuras coexisten y se complementan, pero son distintas, de manera que mediante la revisión periódica de precios (artículo 154 RLCA) la Administración analiza el comportamiento de precios en el mercado, en tanto que la figura del reajuste o revisión de precios (artículo 18 LCA) está directamente y necesariamente vinculada con las variaciones en los costos directos e indirectos que integran el precio ofertado por un determinado contratista y que son generalmente reconocidas mediante la aplicación de ecuaciones matemáticas basadas en índices de precios.Por lo anterior, manifiesta que la revisión de precios es un mecanismo por medio de la cual la Administración analiza el comportamiento de precios en el mercado en los

contratos bajo la modalidad de entrega según demanda, los cuales se pueden extender hasta un periodo de cuatro años, de acuerdo a lo establecido en el Art. 162 del RLCA; herramienta que no sustituye la figura de reajuste de precios, establecida en el Art. 18 de LCA y el Art. 31 del RLCA, siendo así que ambos mecanismos son instrumentos que coexisten dentro de los contratos. **Criterio de la División.** Conviene señalar que el pliego cartelario estableció lo siguiente:"*4.10 MECANISMO PARA REVISIÓN PERIÓDICA DE PRECIOS/ La Administración podrá solicitar al contratista disminuir el precio de los bienes requeridos para nuevas solicitudes, para lo cual se utilizará el siguiente procedimiento: a) Se efectuará eventualmente una vez dentro del plazo contractual o alguna de sus prórrogas, de llegar a estimarlo conveniente la Administración, debido a variaciones sustanciales y sostenidas del mercado que se hayan producido. b) La Administración procederá a obtener tres precios de referencia de distintas empresas en el mercado local del producto que cumpla los mismos parámetros de calidad y calculará un precio promedio. c) Cuando el precio del contratista sea superior al 20% del promedio, la Administración estará facultada para solicitar una baja en los precios. d) Con base en lo expuesto, se le solicitará al contratista una propuesta de mejora económica, la cual debe aportar en el plazo de TRES DÍAS HÁBILES. La Administración procederá a realizar un estudio de razonabilidad para aprobar o rechazar esta propuesta. e) En caso de que el contratista no presente la propuesta de mejora económica o sostenga el precio de la última compra realizada, la Administración le concederá un DÍA HÁBIL ADICIONAL para que demuestre que el precio sugerido como resultado de los estudios de mercado le producirá un desequilibrio financiero al precio actual del producto objeto de esta contratación (deberá aportar prueba idónea y suficiente). La Administración en un plazo de CINCO DÍAS HÁBILES, procederá a realizar un análisis de la argumentación del contratista en contra del precio sugerido por la Administración y confirmará su decisión o, por el contrario, aceptará la propuesta del contratista, en cuyo caso se adquirirá el suministro con el precio que éste señale. f) En caso de rechazarse la propuesta del contratista, la Administración estará facultada para apartarse de la exclusividad y conseguir el producto en el mercado. g) La Administración procedería a realizar una nueva contratación, según corresponda procediendo luego a retornar por una vez más a su relación contractual con la adjudicataria original. Sin embargo, en caso de reiterarse el rechazo (por segunda vez) del contratista en una mejora del precio en un mismo período de Contrato se procederá a la resolución contractual y la Administración podrá proceder a una nueva contratación según corresponda. 4.11 REAJUSTE DE PRECIOS La Administración contará con una previsión presupuestaria para el pago de reajuste de precios, los cuales serán cancelados según las entregas realizadas, en los casos que proceda y según el procedimiento establecido por el MOPT. Las partes tendrán derecho al reajuste o revisión del precio siempre que se acredite la variación de los respectivos costos, para tales efectos en relación con las cotizaciones en colones, los oferentes en sus propuestas deben aportar la estructura o desglose de los componentes del precio (Costo fijo,*

Repuestos, Combustibles, Lubricantes, Llantas, Mano de obra, Materiales, Administración insumos, Administración mano de obra y Utilidad), de conformidad con los Artículos 18 de la LCA y 26, 31 y concordantes del RLCA, quedando entendido que el contratista estará sometido a la fórmula matemática desglosada a continuación (…)". (Ver el expediente electrónico de la contratación en formato digital en SICOP al cual se accede en el sitio www.sicop.go.cr / indicando el número de procedimiento / [2. Información de Cartel] / versión actual / documento adjunto denominado "Especificaciones Técnicas y Condiciones Generales Adicionales"). Ahora bien, visto el alegato planteado por el recurrente, considera oportuno esta División señalar que del mismo se echa de menos que se establezca cual es la pretensión que se busca, siendo que la misma refiere a clausulas cartelarias distintas entre sí, siendo que una refiere a la revisión de precios, que se llevará a cabo una vez finalizado el plazo contractual inicial para determinar si se prorroga el contrato y la otra refiere al reajuste de precios durante la ejecución contractual. Además, no establece el recurrente en su alegato un señalamiento especifico de cómo dichas clausulas le restrinjan injustificadamente su participación o bien sean contrarias a los principios de contratación administrativa, o bien como lo señala en su argumento el objetante, se traten de cláusulas cartelarias que regulen el mismo tema bajo una doble imposición, por lo que se concluye que los argumentos planteados se tratan de manifestaciones del objetante sin un argumento en concreto. Siendo que echa de menos esta División un ejercicio argumentativo mediante el cual el objetante acredite con claridad que la imposición de dichas clausulas en el pliego cartelario resulte contrario a las normas del procedimiento o del ordenamiento jurídico general. Razón por la cual, al encontrarse el alegato sin la debida fundamentación lo procedente es el **rechazo de plano** de este aspecto del recurso. **3) Sobre el sistema de evaluación:** Manifiesta el objetanteque el proceso de evaluación de las cotizaciones es ayuno de fundamento técnico, de por qué hay una valoración diferente en cada una de las casillas de los cuadros ubicados en la página 57 a 65 que son una copia exacta del primero cada uno de los siguientes, los cuales carecen de número de identificación, sin menoscabo de que la Administración previa fundamentación pueda realizarlo. Es decir, no consta en el cartel ni en el expediente electrónico el contenido que le da sustento a los diferentes valores de la evaluación. Al respecto, la Administración señala que el cartel es claro al indicar que el mismo, al ser una contratación por demanda, dependerá únicamente del precio, por lo que los oferentes deben cumplir con una serie de requisitos técnicos para posteriormente ser valorados. El recurrente indica que el proceso de evaluación es ayuno de fundamento técnico, sin embargo, a todas luces se observa que las líneas de cada partida presentan asignaciones

de puntaje distintas, en vista de la preponderancia que tienen los distintos materiales solicitados, en función con los presupuestos relacionados con la ejecución de obras viales, siendo que el uso de tuberías por lo general no es lo preponderante en cuestiones económicas a la hora de ejecutar un proyecto, situación similar con las líneas de agregados para producir concreto de obras de arte y piedra bola para delantales, caso contrario de los demás materiales que si llevan un peso considerable en presupuestos de obras viales, en vista de las cantidades requeridas de los mismos, esta es una condición lógica y conocida por toda empresa con experiencia en la presupuestación y ejecución de obras viales del ámbito. Así mismo, se aclara que dentro de las consideraciones tomadas por la Administración, se valoró la demanda esperada de cada línea de materiales, brindando peso a las líneas comúnmente comercializadas y restando a las líneas que posiblemente representen acuerdos comerciales con otras empresas por parte de los eventuales oferentes, como es el caso de las tuberías. Así mismo se aclara que los puntajes asignados a cada partida están debidamente identificados mediante el título de cada cuadro, haciendo indicación a la partida que corresponde la tabla, así como cada línea perteneciente a las partidas y su respectivo puntaje asignado, obteniendo un total máximo de 100 puntos; adicionalmente, debido a que cada partida representa a una Dirección Regional y a cada Dirección le corresponden en términos generales, las mismas líneas, se mantuvo los puntajes asignados a cada partida, respetando la valoración anteriormente indicada. **Criterio de la División.** Conviene indicarle al objetante que el sistema de evaluación constituye dentro del cartel de una contratación el mecanismo por medio del cual la Administración mediante factores previamente definidos y ponderables, analiza las ofertas de los competidores en igualdad de condiciones, otorgando puntaje a cada uno de estos elementos de acuerdo con la evaluación que se asigne a cada uno de ellos dentro de las ofertas. Este sistema de evaluación para ser impugnable por medio del recurso de objeción, implica por parte del recurrente, la obligación de acreditar que los factores incorporados en éste no cumplen con las características propias de dicho mecanismo a saber: proporcionado, pertinente, trascendente y aplicable, visto que de entrada el sistema de evaluación no limita la participación por no tratarse justamente de condiciones de admisibilidad. Bajo este orden de ideas, en nuestra resolución R-DCA-210-2013 del 22 de abril del 2013, este Despacho señaló sobre el tema: *"(…) Sobre este aspecto deben considerar los objetantes como primer orden, que la Administración goza de una total discrecionalidad para definir los factores de ponderación dentro un sistema de evaluación, debiendo observarse únicamente que los factores incorporados en el mecanismo resultante cumplan con cuatro reglas esenciales:*

proporcionados, pertinentes, trascendentes y que el sistema como tal resulte aplicable. El primero de ellos refiere al equilibrio o proporcionalidad que debe existir entre cada uno de los factores a evaluar, de manera que cada uno tenga su justo peso dentro del sistema de evaluación. El segundo y tercero corresponden respectivamente, a que los factores a evaluar deben ser pertinentes, es decir, que guarden relación con el objeto contractual y trascendentes o sea, que estos factores represente elementos que ofrezcan un valor agregado a la calificación. Finalmente, tenemos la aplicabilidad, que consiste en que este sistema de evaluación debe resultar aplicable por igual a las ofertas, pues puede ser que cumpliendo con los tres puntos anteriores, el sistema al momento de desarrollarlo o "correrlo" resulte de imposible aplicación. La anterior referencia es importante, por cuanto para tener por cuestionado algunos o todos los elementos del sistema de evaluación de un concurso, el objetante debe demostrar con claridad que ellos resultan contrarios a alguno de los cuatro puntos brevemente referenciados (…)". Ahora, y si bien la definición del sistema de evaluación es parte de las facultades discrecionales con las que cuenta la Administración, también es cierto que esta definición debe enmarcarse dentro de los supuestos antes explicados y asimismo dentro de los límites del principio de legalidad y lo estipulado en el artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública. Analizando todo lo anterior para el caso en concreto, se tiene que el objetante no realiza un debido ejercicio de fundamentación mediante el cual se pueda determinar el motivo del por qué el sistema de evaluación definido por la Administración resulta contrario a los criterios antes mencionados, a saber, proporcionable, aplicable, razonable y trascendente. Ejercicio que como fue mencionado anteriormente, corresponde al recurrente, según lo establece el artículo 178 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, razón por la cual se **rechaza de plano** este aspecto del recurso. **4) Sobre el presupuesto estimado referenciado en el SICOP:** Manifiesta el objetante que el cartel objeto de este recurso presenta sesgos inadmisibles respecto a la cuantía que se publicó en el Sistema Integrado de Compras Públicas, toda vez que se indica en el apartado primero de Información General que el presupuesto estimado es de 5.563.570 [CRC, siendo contrario a la naturaleza de esta contratación, que por sus características es de cuantía inestimable. Nótese que si lo anterior obedece a un requerimiento o limitación del sistema informático, la Administración está en la obligación de subsanarlo a fin de facilitar al oferente información clara y congruente con los servicios requeridos. Al respecto la Administración señala que lo indicado por el recurrente obedece a una condicionalidad del Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP), que solicita establecer un presupuesto para la contratación, que para los

efectos del presente se estableció el costo unitario previsto por la Administración por cada una de las líneas y códigos, lo que no corresponde al contenido dispuesto por la Administración para esta adquisición, el cual, tal como lo señala el recurrente es por demanda. Lo anterior, se encuentra debidamente comunicado en el pliego de condiciones en la sección 1, que se señala: "*Inicialmente esta contratación se ampara con la Solicitud de Contratación N° 0062020000200045, la que contiene los precios unitarios (incluyen un porcentaje del 13% del IVA) por cada línea de interés para esta contratación, queda entendido que la ejecución se efectuará a partir del año 2021 previo cumplimiento del procedimiento ordinario y sujeto al disponible presupuestario de tal año, todo lo cual faculta a la Administración para el inicio de los procedimientos sin contar con el respectivo disponible presupuestario, al tenor del Artículo 8 de la Ley de Contratación Administrativa -en adelante denominada LCA- y Artículo 9 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa - en adelante denominado RLCA-, no obstante, se inicia con base con la Solicitud de Contratación N° 0062020000200045 precitada, y no estará en forma limitada a los montos de la misma, dado que por la modalidad de contratación durante la ejecución se dependerá de las necesidades Institucionales, así como de disponibilidad presupuestaria. El presente procedimiento concursal tiene el propósito de seleccionar la oferta más conveniente para la Administración, para establecer una relación contractual de entrega según demanda de cuantía inestimable para la adquisición de materiales, colocados en planteles del MOPT para la atención de la Red Vial...*"Así las cosas, no existe el sesgo inadmisible que señala el recurrente, por el contrario el pliego de condiciones claramente señala la situación esbozada en cuanto al contenido presupuestario y su modalidad. **Criterio de la División.** Debe tenerse presente que el recurso de objeción ha sido establecido en nuestro ordenamiento, como un mecanismo para remover obstáculos que restrinjan injustificadamente los principios de contratación administrativa como el de la libre participación de oferentes o de igualdad de trato, también cuando el cartel contenga reglas contrarias con las normas de procedimiento o en general quebrante disposiciones expresas del ordenamiento jurídico. De manera tal que, tieneel objetante el deber de fundamentar la impugnación que realice, lo cual implica no solo hacer un señalamiento respecto a la presunta ilegalidad o ilegitimidad de una cláusula cartelaria, sino que unido a ese planteamiento debe desarrollarse el argumento con la claridad requerida para demostrar precisamente ésta. Ahora bien, se tiene que el apelante se limita a indicar que el presupuesto referenciado en el sistema Integrado de Compras Públicas no resulta congruente con la modalidad de la contratación. Al respecto, señala la Administración que el mismo versa en un requerimiento especifico de la

plataforma por lo cual se debía señalar un presupuesto estimado en dicho rubro, resultando conveniente citar que en el pliego cartelario en la clausula 1. del objeto contractual se estableció lo siguiente: *"(…)Inicialmente esta contratación se ampara con la Solicitud de Contratación N° **0062020000200045**, la que contiene los precios unitarios (incluyen un porcentaje del **13% del IVA**) por cada línea de interés para esta contratación, queda entendido que la ejecución se efectuara a partir del año 2021 previo cumplimiento del procedimiento ordinario y sujeto al disponible presupuestario de tal año, todo lo cual faculta a la Administración para el inicio de los procedimientos sin contar con el respectivo disponible presupuestario, al tenor del Artículo 8 de la Ley de Contratación Administrativa -en adelante denominada **LCA**- y Artículo 9 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa -en adelante denominado **RLCA**-, no obstante, se inicia con base con la Solicitud de Contratación N° **0062020000200045** precitada, y no estará en forma limitada a los montos de la misma, dado que por la modalidad de contratación durante la ejecución se dependerá de las necesidades Institucionales, así como de disponibilidad presupuestaria."* (El subrayado no pertenece al original) ". (Ver el expediente electrónico de la contratación en formato digital en SICOP al cual se accede en el sitio www.sicop.go.cr / indicando el número de procedimiento / [2. Información de Cartel] / versión actual / documento adjunto denominado "Especificaciones Técnicas y Condiciones Generales Adicionales").Por lo que, se puede concluir de dicha informaciónque dicha referencia no resulta ser ninguna limitación para el proceso de contratación o su respectiva modalidad, ni mucho menos deviene en una limitación a participar en el concurso. Asimismo, se tiene que tal y como explica la Administración la indicación que se tiene en el SICOP es un requisito de dicho sistema que pide establecer un presupuesto para la contratación, el cual según se expone se estableció del costo unitario previsto por la Administración por cada una de las líneas y códigos, pero expone que esto no corresponde al contenido dispuesto por la Administración para esta adquisición, el cual es por demanda, siendo que al amparo de lo indicado en el cartel de la contratación y lo explicado por el Ministerio al responder la audiencia especial tiene el deber de contar con el disponible presupuestario requerido para cubrir las obligaciones que se generen en el presente procedimiento de contratación. Por otro lado, no ha probado el recurrente que la Administración no cuente o no vaya a contar con el disponible presupuestario requerido para hacerle frente a las obligaciones de este concurso. Por lo que, se **rechaza de plano** este aspecto del recurso por falta de fundamentación. **5) Sobre el requerimiento de la apertura de procedimiento administrativo disciplinario:** Manifiesta el objetante que es fundamental que se individualice la responsabilidad administrativa o penal según corresponda, con las consecuencias que ello implique, de cada funcionario público que

participó en la redacción de este cartel pues es abiertamente contrario a lo establecido en el artículo 16 de la Ley General de Administración Pública. Por lo que, solicita se ordene al jerarca del Ministerio la apertura de un procedimiento administrativo disciplinario con las consecuencias administrativas o penales que ello implique, al/ los funcionarios públicos encargados de realizar los estudios técnicos para establecer las condiciones del cartel, así como al encargado (a) de justificar las razones por las cuales el presente cartel, pese a que limita la participación de posibles interesados y lesiona principios constitucionales, resulta la mejor opción en aras de satisfacer el interés público general y hacer un uso correcto de los fondos públicos. Por su parte la Administración indica que considera que el recurrente utiliza un medio no adecuado para realizar su petitoria, la cual debería realizarse una vez comprobados los hechos, siendo que en el caso ya se demostró que el mismo no tiene razón en sus alegatos y adicionalmente no brinda pruebas que demuestren dolo sobre los actos efectuados por los funcionarios públicos. Por lo que, solicita al órgano contralor valorar este aspecto desde una perspectiva legal, ya que el mismo (al ser improcedente es esta etapa procesal) podría representar la intención de transformase en un elemento persuasivo dirigida hacia los funcionarios públicos, en donde ya sea en el presente concurso o en futuros se inclinen por los argumentos e intereses parcializados expuestos por el recurrente, en lugar de valorar el interés Público e Institucional, como se ha logrado demostrar en el presente caso. **Criterio de la División.** Se le indica al recurrente que el recurso de objeción según lo establece el artículo 81 de la Ley de contratación Administrativa ha sido establecido en el ordenamiento jurídico como un mecanismo para remover obstáculos que restrinjan injustificadamente los principios de contratación administrativa como el de la libre participación de oferentes o de igualdad de trato, también cuando el cartel contenga reglas contrarias con las normas de procedimiento o en general quebrante disposiciones expresas del ordenamiento jurídico. Por lo que, la pretensión planteada por el objetante no puede ser conocida por este mecanismo al no ser el medio legal que resulta apropiado para resolver ese tipo de pretensiones, debiendo el objetante recurrir a la vía legal correspondiente en caso de que así lo decida. En virtud de lo anterior, se **rechaza de plano** este aspecto del recurso. Por último, sobre el documento presentado por la empresa recurrente **ROMMAR DEL SUR S.A.** el día dieciocho de enero de dos mil veintiuno, en el cual procede a replicar los argumentos expuestos por la Administración al contestar la audiencia especial conferida al efecto, se le indica a la gestionante que no existe dentro del trámite del recurso de objeción definido en la Ley de Contratación Administrativa, una etapa procesal para que pueda referirse a los

argumentos de la Administración. Asimismo, cualquier argumento que deseara exponer sobre el pliego de condiciones, debió hacerlo en el momento procesal oportuno, es decir, al momento de interponer el recurso de objeción, sin que exista tampoco una etapa procesal adicional para aumentar sus argumentos al respecto.----------

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en los artículos 81 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa, 178 y 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se resuelve: **1. SE RECHAZAN DE PLANO** los recursos de objeción interpuestos por las empresas **ROMMAR DEL SUR S.A. y QUEBRADORES PEDREGAL S.A.**, en contra del cartel de la **LICITACION PÚBLICA 2020LN-000012-0012400001,** promovido por el **MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS Y TRANSPORTE** para la "adquisición de materiales, colocados en planteles del MOPT para la atención de la red vial." **2)** Se da por agotada la vía administrativa. - **NOTIFÍQUESE.** ----------

Firmado digitalmente por KAREN MARIA CASTRO MONTERO
Fecha: 2021-01-25 15:11

Karen Castro Montero
Asistente Técnica

Firmado digitalmente por ANA KAREN QUESADA SOLANO
Fecha: 2021-01-25 15:06
Razón: firma

Ana Karen Quesada Solano
Fiscalizadora Asociada

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

AKQS/KMCM/ mtch
NI: 538, 816, 1004, 1499, 1503, 1538
NN: 01100(DCA-0374-2021)
G: 2021000732-1
Expediente: CGR-ROC-2021000851